



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU**  
**DOUTORADO EM DIREITO PÚBLICO**

**SALOMÃO RESEDÁ**

**A TEORIA DO *CONTRA NON VALENTEM AGERE, NON CORRUIT  
PRAESCRIPTIO* E O AMPLO ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS  
QUE, MESMO POR CAUSA TRANSITÓRIA, NÃO CONSEGUEM  
EXPRIMIR SUA VONTADE**

Salvador

2017

**SALOMÃO RESEDÁ**

***A TEORIA CONTRA NON VALENTEM AGERE, NON CORRUIT  
PRAESCRIPTIO E O AMPLO ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS  
QUE, MESMO POR CAUSA TRANSITÓRIA, NÃO CONSEGUEM  
EXPRIMIR SUA VONTADE***

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Senu – Doutorado em Direito Público da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Wilson Alves de Souza

Salvador  
2017

R432

Resedá, Salomão,

*A teoria contra non valentem agere, non corrui praescriptio* e o amplo acesso à justiça das pessoas que, mesmo por causa transitória, não conseguem exprimir sua vontade / por Salomão Resedá. – 2017.

400 f.

Orientadora: Professor Doutor Wilson Alves de Souza.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2017.

1. Acesso à justiça. 2. Pessoas com deficiência. 3. Prescrição (Direito).  
4. Segurança jurídica. I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 342.088

## TERMO DE APROVAÇÃO

SALOMÃO RESEDÁ

**A TEORIA CONTRA NON VALENTEM AGERE, NON CORRUIT  
PRAESCRIPTIO E O AMPLO ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS  
QUE, MESMO POR CAUSA TRANSITÓRIA, NÃO CONSEGUEM  
EXPRIMIR SUA VONTADE.**

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

---

Nome: Dr. Wilson Alves de Souza  
Instituição: Universidade Federal da Bahia

---

Nome: Dr. João Glicério de Oliveira Filho  
Instituição: Universidade Federal da Bahia

---

Nome: Dr. Maurício Requião de Sant'ana  
Instituição: Universidade Federal da Bahia

---

Nome:  
Instituição:

---

Nome:  
Instituição:

Salvador, / /2017.

À todos aqueles que realmente me apoiaram desde a  
discussão do tema, até o último ponto final.

## **AGRADECIMENTOS**

O ato de agradecer é a conduta de reconhecer as chances e o apoio que lhes são conferidos. Agradecer é curvar-se por sobre a bondade daqueles que te estendem a mão para a realização do seu sonho. Sendo assim, agradeço aos meus pais Emílio Salomão Pinto Resedá e Cléa Aparecida Ramos da Silva Resedá que, cada um com seu jeito peculiar, foi fonte de incentivo para a resistência na caminhada de construção da tese. Da mesma forma, agradeço à minha irmã Maria Vitória Resedá que se torna co-responsável pela construção de todo o texto já que foi a partir de nossas discussões jurídicas que o tema foi ganhando o corpo resultou neste trabalho de tese. Agradeço a Fernanda Orrico que, com seu jeito carinhoso, suportou os momentos de pressão quando o relógio sempre imprimia a sua condição irrefutável de senhor dos senhores. Deixo o meu agradecimento especial ao professor orientador Wilson Alves pela paciência e compreensão quando necessitei de sua ajuda para chegar até esse marco final, assim como aos funcionários da secretaria do PPGD que sempre foram bastante solícitos com as minhas demandas. Não poderia deixar de agradecer à minha Desembargadora Gardênia Pereira Duarte pelo apoio irrestrito à finalização da tese, sem isso, o caminho seria muito mais difícil. Por fim, agradeço aos meus amigos por terem entendido o momento de ausência e, principalmente, àqueles que nunca acreditaram, ou pior, duvidaram do término da tese, pois foi com esse desafio que sempre a vontade de crescer me alimentava. Hoje, com base nos ensinamentos familiares, universitários e da vida, consigo terminar mais uma etapa, o que me leva a agradecer a Deus, por permitir que tenha sempre mais um dia a ser preenchido na vida.

Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferente quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades (SANTOS, Boaventura de Souza, Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56)

## RESUMO

Toda construção a tese será feita em torno do problema da interrupção/suspensão do prazo prescricional daqueles que se encontram inseridos na previsão constante do art. 4º, III do Código Civil, em razão das alterações trazidas pela Lei 13.146/2015, e a garantia do amplo acesso à justiça. Para tanto, inicia-se a pesquisa a partir da análise evolutiva do ideal de acesso à justiça, desde sua noção mais singular, de exercício do direito de petição, à uma perspectiva mais moderna onde se busca a efetividade da prestação jurisdicional. Estabelecida essa premissa, passa-se a visitar a teoria das incapacidades, demonstrando a evolução existente entre os contornos trazidos por ambos os Códigos Civis vigentes no país até o momento e as modificações impostas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, erigindo a abordagem a partir de perspectiva crítica-descritiva. Por conta do recorte escolhido, surge a necessidade de abordar elementos referentes à teoria da vulnerabilidade, a fim de demonstrar a sua percepção por parte do ordenamento jurídico pátrio e suas situações exemplificativas já existentes. Solidificados estes pontos, alcança-se o outro pilar de sustentação do trabalho que envolve a abordagem dos elementos atrelados à prescrição, sempre a conduzindo à hipótese específica do art. 198, I do Código Civil. Estampados os pressupostos teóricos, segue-se para a análise dos parâmetros característicos da teoria do *contra non valentem agere, non corrui praescriptio*. Dentro deste paradigma, serão apresentados aspectos históricos e a abordagem comparativa de sua utilização em países estrangeiros através da citação de julgamentos ou análises doutrinárias pontuais, com o fito de demonstrar a viabilidade de seus contornos diante da moldura do direito brasileiro. Por fim, se realiza análise crítica e propositiva das barreiras de resistência qualificadas como mais importantes para a aplicabilidade da teoria do *contra non valentem agere, non corrui praescriptio* como elemento de viabilização do amplo acesso à justiça para aqueles que se encontram abrangidos pelo art. 4º, III do Código Civil nas hipóteses que tratem sobre o curso da prescrição da sua pretensão.

**Palavras-chave:** Acesso à Justiça; Estatuto da Pessoa com Deficiência; Prescrição; *Contra non valentem non corrui praescriptum*; segurança jurídica .



## ABSTRACT

All construction the thesis will be made around the problem of the interruption / suspension of the prescriptive period of those that are included in the review provided in art. 4, III of the Civil Code, due to the changes brought by Law 13.146/2015, and the guarantee of broad access to justice. To do so, the research begins from the evolutionary analysis of the ideal of access to justice, from its most singular notion, the exercise of the right of petition, to a more modern perspective in which the effectiveness of the jurisdictional provision is sought. Once this premise has been established, the theory of disability is examined, showing the evolution between the contours brought by both the Civil Codes in force in the country up to now and the modifications imposed by the “Statute of the Handicapped”, erecting the approach from critical-descriptive perspective. Because of the chosen cut, there is a need to address elements related to the theory of vulnerability, in order to demonstrate its perception by the legal order of the country and its existing examples. Solidified these points, the other pillar of support of the work is reached that involves the approach of the elements linked to the prescription period, always leading to the specific hypothesis of art. 198, I of the Civil Code. Stamped the theoretical assumptions, it follows for the analysis of the characteristic parameters of the theory of *contra non valentem agere, non corrui praescriptio*. Within this paradigm, historical aspects and the comparative approach of its use in foreign countries will be presented through the citation of punctual judgments or doctrinal analyzes, with the purpose of demonstrating the viability of its contents in the framework of Brazilian law. Finally, a critical and propositive analysis is made of the barriers of resistance qualified as most important for the applicability of the theory of *contra non valentem agere, non corrui praescriptio* as element of viabilization of the wide access to justice for those who are covered by art. 4, III of the Civil Code in cases that deal with the course of the limitation of its claim.

**Keywords:** Access to justice; Statute of the handicapped; Prescription Period; *Contra non valentem non correuir pairescriptum*; Legal certainty.

## RÉSUMÉ

Chaque bâtiment de la thèse sera faite autour du problème de l'interruption / suspension du délai de prescription de ceux qui sont insérés dans l'art pevisão constante. 4, III du Code civil, en raison des changements introduits par la loi 13146/2015, et d'assurer un large accès à la justice. Par conséquent, la recherche commence à partir de l'analyse de l'évolution de l'idéal de l'accès à la justice de sa notion la plus singulière, exercer le droit de pétition, à une perspective plus moderne qui cherche à l'efficacité des services judiciaires. Compte tenu de cette prémisse, va visiter la théorie des handicaps, ce qui démontre l'évolution actuelle entre les contours apportés par les deux codes civils en vigueur dans le pays à ce jour et les changements imposés par la condition des personnes handicapées, en érigeant l'approche de descriptive perspective critique. En raison de la coupe choisie, il est nécessaire d'aborder les aspects de la théorie de la vulnérabilité afin de démontrer leur perception par l'ordre juridique national et ses situations exemplaires existantes. Solidifiée ces points, on atteint l'autre pilier du travail de soutien impliquant la manipulation des éléments liés à la prescription, toujours menant à l'événement d'art spécifique. 198, I du Code civil. Hypothèses théoriques imprimés, il en résulte pour l'analyse des paramètres caractéristiques de la théorie par rapport aux non valentem Agere, non corrui praescriptio. Au sein de ce paradigme, approche historique et comparative à son utilisation dans les pays de estrageiros en citant des jugements ou analyse doctrinale spécifique sera présenté, dans le but de démontrer la faisabilité de leurs contonos sur le cadre de la loi brésilienne. Enfin, il effectue une analyse critique et ciblée des barrières de résistance qualifiés comme les plus importants pour l'applicabilité de la théorie contre les non valentem Agere, praescriptio non corrui comme un large accès des éléments permettant à la justice pour ceux qui sont couverts par l'art. 4, III du Code civil dans des affaires au cours de la prescription de sa demande.

**Mots Clés:** Accès à la justification; Fabriqué par handicapés; Prescription; Contra non valentem non corrui pascriptum; Sécurité juridique.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

ADIN - Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

CC - Código Civil

CIDPPD – Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência

CF – Constituição Federal

CP - Código Penal

CPC - Código de Processo Civil

DJE - Diário de Justiça Eletrônico

EPD – Estatuto da Pessoa com Deficiência

LC - Lei Complementar

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MP - Ministério Público

MS - Mandado de Segurança

RE – Recurso Extraordinário

REsp - Recurso Especial

RT - Revista dos Tribunais

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJ/BA – Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

TJ/DF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal

TJ/MG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJ/RJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJ/RS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJ/SP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>018</b>
<b>2. ACESSO À JUSTIÇA</b>	
2.1. INTRODUÇÃO.....	025
2.2 O ACESSO À JUSTIÇA AO LONGO DOS TEMPOS.....	030
<b>2.2.1 Os movimentos iniciais com a preocupação do acesso propriamente dito.....</b>	<b>030</b>
<b>2.2.2 A efetivação do contrato e o Estado como última alternativa na resolução dos conflitos.....</b>	<b>031</b>
<b>2.2.3 A retomada da importância do Estado-Juiz.....</b>	<b>032</b>
<b>2.2.4 O acesso à justiça e o caso brasileiro.....</b>	<b>033</b>
2.3 O ACESSO À JUSTIÇA: PARA ALÉM DO ACESSO.....	036
<b>2.3.1 Mauro Cappelletti e Bryant Garth e a análise do acesso à justiça: o Projeto Florence.....</b>	<b>040</b>
2.3.1.1 O ponto inicial do Projeto de Florence: o acesso.....	041
2.3.1.2 Do processo individual para a realidade coletiva, eis o segundo passo...	044
2.3.1.3 Terceira onda: uma perspectiva ampla do acesso à justiça.....	046
<b>2.3.2 O acesso amplo à justiça como um direito fundamental.....</b>	<b>048</b>
2.3.2.1 O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal e o acesso amplo à justiça.....	051
2.3.2.2 Cumprir o Contrato Social é garantir o acesso à justiça?.....	057
2.3.2.3 O acesso à justiça e a busca pela decisão justa.....	060
2.3.2.4 A perspectiva do ideal abstrato de justiça a partir do julgador “criativo”.....	066
2.4. ACESSO À JUSTIÇA X ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO DUAS FACES QUE SE ASSEMELHAM, MAS NÃO SE CONFUNDEM.....	070
<b>2.4.1 Do trato igual aos desiguais ao trato desigual aos desiguais.....</b>	<b>077</b>
<b>2.4.2 A igualdade, o acesso à justiça e o processo justo.....</b>	<b>083</b>
<b>2.4.3 O magistrado como peça fundamental ao acesso amplo à justiça.....</b>	<b>086</b>

2.5 O ACESSO AMPLO À JUSTIÇA: UM TRAMPOLIM PARA OUTROS DIREITOS.....	089
<b>2.5.1 O acesso à justiça e a dimensão social de atuação.....</b>	<b>091</b>
<b>2.5.2 Uma mudança necessária de perspectiva para se alcançar o acesso amplo à justiça.....</b>	<b>093</b>
2.6 O ACESSO À JUSTIÇA E A TEORIA DAS INCAPACIDADES: UMA VISÃO PANORÂMICA.....	096
<b>2.6.1 Apesar da evolução, a abordagem igual e o trato desigual ainda continuam.....</b>	<b>097</b>
<b>2.6.2 O acesso amplo à justiça e o olhar sobre o vulnerável: perspectivas iniciais.....</b>	<b>100</b>
<b>3 DA TEORIA DAS INCAPACIDADES</b>	
3.1 INTRODUÇÃO.....	102
3.2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA FORMAÇÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES.....	105
3.3 A QUESTÃO DO SER, OU NÃO SER, CAPAZ.....	108
<b>3.3.1 Código novo, porém, não tão novo.....</b>	<b>110</b>
<b>3.3.2 A pessoa e o sujeito de direitos.....</b>	<b>112</b>
<b>3.3.3 Capacidade e legitimação: esclarecimentos necessários.....</b>	<b>116</b>
3.4 HIPÓTESES DE INCAPACIDADE ABSOLUTA: UM OLHAR SOBRE A PREVISÃO LEGAL.....	119
<b>3.4.1 A primeira de todas as hipóteses: a incapacidade em razão da idade.....</b>	<b>119</b>
3.4.1.1 Da proteção da autonomia da vontade à proteção do indivíduo.....	121
3.4.1.2 A idade e a incapacidade presumida.....	126
<b>3.4.2 Outras hipóteses de incapacidade absoluta: para além da questão etária.....</b>	<b>130</b>
3.4.2.1 A expressão “loucos de todo o gênero” e sua incompatibilidade com o pensamento vigente.....	130
3.4.2.2 Os Surdos-Mudos e a incapacidade do sistema em ouvir seus anseios...	132
3.4.2.3 Os que não conseguem exprimir sua vontade também são incapazes.....	134
3.4.2.4 Brevíssimos apontamentos acerca dos ausentes.....	137
3.5 DAS HIPÓTESES DE INCAPACIDADE RELATIVA.....	138

<b>3.5.1 A primeira das hipóteses: a questão etária.....</b>	139
<b>3.5.2 O rol (original) do inciso II do art. 4º .....</b>	140
<b>3.5.3 Os excepcionais, sem o necessário desenvolvimento mental completo...</b>	144
<b>3.5.4 Aspectos da incapacidade relativa do Pródigo.....</b>	146
3.6 ADEQUAR A INCAPACIDADE À TUTELA DO INDIVÍDUO: UM CAMINHO IRREVERSÍVEL.....	149
3.7 UM NOVO HORIZONTE PARA A TEORIA DAS INCAPACIDADES.....	151
<b>3.7.1 A teoria das incapacidades e a segurança no trato negocial.....</b>	153
<b>3.7.2 O Código Civil de 2002 e a perda da oportunidade de evolução no trato do incapaz.....</b>	157
3.8 DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEU PROTOCOLO FACULTATIVO.....	158
3.9 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, E A BUSCA PELA HARMONIZAÇÃO DO DEFICIENTE FÍSICO.....	162
<b>3.9.1 A capacidade como uma das diretrizes para a pessoa com deficiência..</b>	163
3.9.1.1 A Lei 13.146/2015 e o espelho da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.....	165
3.10 A LEI 13.146/2015 E O REGIME DAS INCAPACIDADES.....	168
<b>3.10.1 A mudança (necessária) na percepção quanto ao deficiente físico.....</b>	171
<b>3.10.2 As mutações no regime das incapacidades e a hipótese da incapacidade daqueles que não puderem exprimir sua vontade, mesmo que por causa transitória: não se trata de uma simples alteração de artigos.....</b>	174
3.11 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE.....	177
<b>4. DA VULNERABILIDADE</b>	
4.1 INTRODUÇÃO.....	181
4.2 A PREOCUPAÇÃO COM O INDIVÍDUO.....	183
<b>4.2.1 Não há mais formalmente iguais, mas há vulneráveis .....</b>	184
4.2.1.1 O conceito de vulneráveis: do plano extra-jurídico para o plano endo-jurídico.....	186

4.2.1.2 Estar vulnerável não é, simplesmente, sofrer danos. A necessidade de uma abordagem fática para sua identificação.....	189
4.3 A VULNERABILIDADE X A INCAPACIDADE: EM BUSCA DE MAIOR EFETIVIDADE AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	194
<b>4.3.1 A relação de consumo e a vulnerabilidade do consumidor.....</b>	<b>196</b>
<b>4.3.2 A vulnerabilidade infanto-juvenil.....</b>	<b>203</b>
<b>4.3.3 A vulnerabilidade na relação trabalhista.....</b>	<b>209</b>
<b>4.3.4 A Vulnerabilidade do Deficiente Físico.....</b>	<b>214</b>
4.4 A NECESSIDADE DE POLÍTICAS E MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DA VULNERABILIDADE.....	220
<b>4.4.1 O ideal abstrato de justiça e o trato do vulnerável.....</b>	<b>220</b>
4.4.1.1 Desestruturar para reestruturar: esse é o caminho.....	222
<b>5. DA PRESCRIÇÃO E DAS CAUSAS QUE INTERFEREM NO SEU CURSO</b>	
5.1 INTRODUÇÃO.....	224
5.2 O TEMPO, A AQUISIÇÃO (OU PERDA) E O DIREITO (OU A PRETENSÃO).....	226
5.3 ASPECTOS HISTÓRICOS DA PRESCRIÇÃO.....	228
5.4 OS ELEMENTOS CONSTRUTIVOS DA PRESCRIÇÃO.....	230
<b>5.4.1 Consumada a prescrição, preservado o direito, porém fulminada a pretensão.....</b>	<b>232</b>
5.4.1.1 A prescrição e sua arguição em sede de exceção.....	234
5.4.1.2 A prescrição e sua exigência de disposição no texto legal.....	236
5.5 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. DOIS IRMÃOS UNIDOS PELO TEMPO, MAS SEPARADOS PELA PRETENSÃO.....	237
<b>5.5.1 A prescrição e a decadência e o vértice central: a estabilização das relações sociais.....</b>	<b>240</b>
5.6 A PRESCRIÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA.....	242
5.7 A PRESCRIÇÃO E A SEGURANÇA JURÍDICA.....	246
<b>5.7.1 A segurança jurídica como baliza estruturante do sistema e a efetivação da igualdade.....</b>	<b>248</b>

<b>5.7.2 A prescrição e a segurança jurídica através da consolidação da situação.....</b>	253
<b>5.7.3 A prescrição, a estabilização e a obrigação natural.....</b>	256
5.7.3.1 A pacificação social em decorrência da prescrição.....	258
<b>5.8 O PRAZO PRESCRICIONAL E OS ENTRAVES AO SEU TRANSCURSO.....</b>	260
<b>5.8.1 Um olhar sobre as hipóteses específicas de impedimento/suspensão da prescrição.....</b>	263
5.8.1.1 A prescrição e os cônjuges ou os companheiros.....	264
5.8.1.2 A prescrição e a relação entre ascendentes e descendentes.....	267
5.8.1.3 A hipótese dos tutelados e curatelados e a influência no prazo prescricional.....	268
5.8.1.4 A prescrição e as causas que alcançam a manifestação de vontade.....	270
5.8.1.5 Outras hipóteses de suspensão/impedimento do curso do lapso prescricional.....	272
<b>5.9 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, SUA IMERSÃO NA TEORIA DAS INCAPACIDADES E OS REFLEXOS NA PRESCRIÇÃO.....</b>	278
<b>5.9.1 A questão do inciso I do art. 198 e os entraves decorrentes da mudança legislativa.....</b>	280
<b>5.10 EXPLICANDO A TEORIA DO <i>CONTRA NON VALENTEM NON VALENTEM AGERE NON CORRUIR PRAESCRIPTO</i>.....</b>	284
<b>5.10.1 A impossibilidade de agir como o cerne da questão e as fontes originárias da teoria do <i>contra non valentem agere</i>.....</b>	285
5.10.1.1 O problema da discricionariedade e o temor quanto a teoria do <i>contra non valentem</i> .....	288
5.10.1.2 A ética e o justo como justificativa para a teoria do <i>contra non valentem</i> .....	291
<b>5.10.3 A teoria do <i>contra non valentem</i> como uma realidade palpável em alguns sistemas estrangeiros.....</b>	292
5.10.3.1 A teoria do <i>contra non valentem</i> no direito Inglês.....	294
5.10.3.2 A abertura do direito francês para a teoria do <i>contra non valentem</i> .....	295
5.10.3.3 Exemplos da incidência da teoria do <i>contra non valentem</i> no direito americano.....	296



5.10.3.4 Outros resquícios da incidência da teoria do <i>contra non valentem</i> .....	300
5.11 A TEORIA DO <i>CONTRA NON VALENTEM</i> , O INCISO I DO ART. 198 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E AQUELE QUE NÃO CONSEGUE MANIFESTAR SUA VONTADE.....	303
5.12 O QUE FAZER COM A TEORIA DO <i>CONTRA NON VALENTEM</i> ? HÁ VIABILIDADE À SUA INCIDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO.....	310
<b>6. VENCENDO OBSTÁCULOS QUANTO A APLICABILIDADE DA TEORIA DO <i>CONTRA NON VALENTEM</i>: EM BUSCA DO ACESSO AMPLO À JUSTIÇA</b>	
6.1 INTRODUÇÃO.....	315
6.2 UM HORIZONTE NOVO PARA UM INSTITUTO JURÍDICO MADURO.....	317
6.3 A PRESCRIÇÃO COMO O MEIO PARA O CUMPRIMENTO DO IDEAL DE JUSTIÇA E NÃO COMO UM FIM EM SI MESMO.....	319
<b>6.4.1 A prescrição como equilíbrio entre a justiça e a segurança jurídica.....</b>	<b>322</b>
<b>6.4.2 Para além da codificação: o indivíduo como foco central na percepção da segurança jurídica.....</b>	<b>324</b>
6.5 A TEORIA DA <i>ACTIO NATA</i> E A TEORIA DO <i>CONTRA NON VALENTEM</i> : O PRIMEIRO PASSO JÁ FOI DADO.....	326
<b>6.6.1 A <i>actio nata</i> e a boa-fé: sempre caminhando juntas de mãos dadas.....</b>	<b>328</b>
<b>6.6.2 A <i>actio nata</i> e sua incidência no direito brasileiro.....</b>	<b>331</b>
6.7 A TEORIA DO <i>CONTRA NON VALENTEM</i> COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO AMPLO À JUSTIÇA DAS PESSOAS IMPOSSIBILITADAS DE EMANAREM SUA VONTADE.....	335
<b>6.7.1 O Estado-Juiz mais sensível aos anseios de todos, ainda que diferentes entre si.....</b>	<b>338</b>
<b>6.7.2 A teoria do <i>contra non valente</i>, o direito à jurisdição e a busca pelo acesso à justiça.....</b>	<b>341</b>
<b>6.7.3 A teoria do <i>contra non valentem</i> e o rompimento de barreiras do vulnerável.....</b>	<b>344</b>

6.8 UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA ACERCA DA ATIVIDADE JURISDICIONAL: A COMPATIBILIDADE ENTRE A TEORIA DO <i>CONTRA NON VALENTEM</i> E O ACESSO AMPLO À JUSTIÇA.....	347
<b>6.8.1 A queda do “mito” da neutralidade.....</b>	<b>349</b>
<b>6.8.2 A busca pelo justo exige maiores poderes instrutórios.....</b>	<b>352</b>
6.9 A TEORIA DO <i>CONTRA NON VALENTEM</i> E O JUIZ QUE BUSCA A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....	354
6.10 O TEMOR DO ATIVISMO JUDICIAL E O DESESTÍMULO À TEORIA DO <i>CONTRA NON VALENTEM</i> .....	361
6.11 A TEORIA DO <i>CONTRA NON VALENTEM</i> COMO MECANISMOS DE TUTELA GARANTIDORA DO AMPLO ACESSO À JUSTIÇA DO VULNERÁVEL.....	365
<b>6.11.1 A inserção da teoria do <i>contra non valentem</i> e a sua adequação para a questão do impedimento/suspensão da prescrição.....</b>	<b>366</b>
<b>6.11.2 A motivação das decisões e a viabilidade de adoção de mecanismos não previstos expressamente na lei. A teoria do <i>contra non valentem</i> e a busca pela função primaz do processo: a garantia do acesso amplo à justiça.....</b>	<b>369</b>
<b>7. CONCLUSÃO</b>	<b>374</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>381</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Um dos temas mais caros ao direito é o acesso à justiça. Trata-se de um conceito polissêmico e que, exatamente, por conta disso, encontra-se sempre dentre aqueles por sobre os quais a doutrina se debruça com certa frequência. Estudos aprofundados sobre a questão do acesso à justiça foram desenvolvidos ao redor do mundo, ao longo dos anos, sem, contudo, esgotar sua amplitude.

Para o desenvolvimento do presente trabalho de tese, não há dúvidas de que a percepção da evolução do trato acerca do acesso à justiça se torna fundamental para a compreensão do todo, posto que perceberá que a interpretação que envolvia inicialmente a ideia de acesso à justiça como mero exercício do direito de petição foi acrescentada da noção atual de acesso à justiça como sendo decorrência da efetiva prestação jurisdicional, o que se pode denominar de amplo acesso à justiça.

Dentre os estudos realizados acerca da questão envolvendo o acesso à justiça, destaca-se a obra desenvolvida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth que durante anos acabou por estudar sistemas jurídicos diversos - basicamente de países qualificados como desenvolvidos – o intuito de identificar os pontos de obstrução à prestação jurisdicional efetiva. Sobre estes bloqueios foram sugeridas soluções que restaram denominadas pelos autores como “ondas” e que, a partir de então, passaram a ser idealizadas por diversas nações como a meta a ser seguida no intuito de fortalecer a atividade do Estado-Juiz. Apesar da amplitude do campo de pesquisa, o Brasil ficou fora do quadro de análises estruturantes, porém isso não impediu que os doutrinadores pátrios se debruçassem sobre o tema, utilizando-se, exatamente, dos ensinamentos constantes na obra que restou intitulada de “acesso à justiça”.

Diversas são as demonstrações legais existentes no corpo normativo pátrio que conduzem à conclusão da adesão pátria ao estudo desenvolvido pelos autores processualistas, deste as quais, destacam-se, apenas em caráter meramente exemplificativo: a promulgação da Lei 9.099/95 – que instituiu os juizados especiais -, a preocupação com as ações coletivas e, mais recentemente, a promulgação do Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – onde se demonstra uma clara preocupação com a adoção de medidas que incentivem a conciliação.

Porém, como dito, o acesso à justiça não se resume apenas à viabilização do exercício do direito de petição. Para muito além do ingresso no Poder Judiciário, o tema em questão possui

amplitude que alcança a prestação jurisdicional, na qual, para que possa ser completamente efetivado, imprime uma modificação completa da forma de percepção da atividade jurisdicional como um todo, afinal, de nada adiantaria assegurar a porta de entrada, se não houvesse a porta de saída.

Assim como ocorre com um Poder Judiciário lento, a sua versão desconexa com a realidade e os anseios sociais também não garante a segurança jurídica esperada. Aliás, ao contrário: será fonte de fomento de injustiças e sobreposição de forças, trazendo plena instabilidade ao convívio social. Diante disso, é possível afirmar que a complexidade das relações sociais atuais, imprime uma forte participação por parte do julgador, modificando a imagem anteriormente existente de sua participação na busca pelo ideal de justiça.

Despindo-se da condição de mero reprodutor legal – conhecido como “boca da lei” – ao juiz é exigida, atualmente, uma atividade hermenêutica muito mais intensa do que em tempos pretéritos. Não basta apenas a reprodução do quanto estampado na norma. Precisa-se de muito mais, haja vista que o atendimento aos princípios jurídicos é de fundamental importância para a manutenção do equilíbrio do sistema como um todo. Exatamente por conta disso que a atividade do magistrado, hoje, ganha contornos ainda mais importantes do que aqueles existentes outrora.

Não poderia ser outra a exigência social. Isso porque as alterações nas perspectivas dos conflitos sociais ganham uma propulsão ainda maior com o passar do tempo. A introdução de novas tecnologias e a evolução da ciência faz com que o sistema jurídico seja conduzido a uma percepção do ser humano antes inexistente. Direitos que antes não eram exergados passam a ser visualizados e conduzidos a patamar tal de importância que assumem *status* constitucional.

O direito pátrio experimenta tanto a evolução vinda da lenta mudança normativa interna, como da inserção de convenções internacionais, hipóteses estas que adentram no sistema jurídico com força de norma constitucional, como mencionado anteriormente. A submissão do direito brasileiro, às normas estrangeiras, em muitos casos, exige alteração da perspectiva interna, pois, trazem consigo, preceitos que não eram alcançados pelas leis nacionais ou com ela se tornaram incompatíveis.

Prova disso está, exatamente, na Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, que o Brasil se tornou signatário nos idos de 2008, também aderindo ao seu

protocolo facultativo. Trata-se, como o próprio nome já deixa evidente, de documento normativo que busca regulamentar a forma de trato das relações sociais envolvendo pessoas com deficiência. Estabelece princípios próprios, assim como constrói um conceito legal para deficiente físico, além de estampar regras específicas para o trato da matéria.

Diante disso, todos os países que se tornaram signatários deveriam criar, ou adequar, suas normas que envolvem o trato da matéria referente aos deficientes físicos para os parâmetros principiológicos estabelecidos na mencionada convenção. No Brasil, após anos de omissão normativa compatível, foi promulgada a Lei 13.146/2015, denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, cujo foco principal é, exatamente, a adequação dos preceitos constantes na mencionada convenção à realidade brasileira. Alterou-se a percepção do deficiente diante das normas jurídicas, incluindo-se, dentre outros fatores, um tratamento mais humanizado e igualitário deste grupamento social.

O corte foi de tal forma profundo que institutos antes estabilizados sofreram com a onda de reforma decorrente da promulgação da Lei 13.146/2015. Dentre eles, a teoria das incapacidades foi um dos grandes alvos desta mudança. Com o EPD, romperam-se, praticamente, todas as hipóteses de incapacidade absoluta, permanecendo apenas aquela vinculada à condição etária, além de excluir uma situação que vertia no sentido da incapacidade relativa – a que envolvia as pessoas sem desenvolvimento mental completo e as pessoas com deficiência mental – e incluiu a hipótese para qualificar a pessoa que mesmo por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade dentro desse rol.

Ocorre que, por se tratar um sistema jurídico, a alteração em uma de suas vertentes poderá refletir diretamente na outra: e foi o que aconteceu. A mudança impressa na teoria das incapacidades acabou por desaguar diretamente no trato do transcurso do lapso prescricional. Isso porque reza o art. 198, I do Código Civil que não correrá prescrição contra os absolutamente incapazes.

A partir de então, surge o problema da tese que se construirá a seguir: aquele que, mesmo por causa transitória ou permanente, não puder exprimir sua vontade, atualmente, é qualificado como relativamente capaz, o que implica dizer que contra ele correrá prescrição, mesmo quando não tiver condições de manifestar sua autonomia. Em assim sendo, como garantir o amplo acesso à justiça para tais pessoas, haja vista que, ainda que desprovido de sua vontade terão contra si o curso do lapso prescricional, sendo considerados como inertes pelo sistema jurídico?

Diante deste questionamento, inicia-se o presente trabalho com a abordagem acerca do conceito multifacetário de acesso à justiça. Para tanto, o trato direto com a fonte do trabalho desenvolvido por Cappelletti e Garth é de fundamental importância para desmistificar a perspectiva inicial de que o tema em comento resume-se apenas ao ingresso, ou seja, ao exercício do direito de petição. Como dito, perpassa por um complexo de interações muito mais amplo, que possui como intuito a tentativa de prestação jurisdicional eficaz e igualitária.

Busca-se demonstrar que, assim como é importante a garantia do ingresso no Poder Judiciário, também será a estruturação de um sistema onde a decisão judicial atenda aos anseios sociais, com o estabelecimento de parâmetros de atuação do magistrado neste sentido. Ou seja, assim como ocorre com o acesso à justiça em sua modalidade ingresso, não se pode deixar de lado a perspectiva do amplo acesso à justiça que assegura a busca pela decisão qualificada socialmente como justa.

Estabelecido este primeiro paradigma, passará para o segundo pilar necessário para a construção da tese: a abordagem da teoria das incapacidades. Analisando a sua estrutura vigente anterior às alterações impostas pela Lei 13.146/2015, percebe-se que, na realidade, toda construção desta teoria perfilha um caminho de exclusão do diferente. De fato, o legislador, com base em preceitos que estabelecem uma igualdade abstrata – denominada de isonomia formal – formatou a figura do indivíduo ideal, sendo ele o parâmetro desejado para a realização das interações sociais.

Aquele que não se adequava à moldura exigida pelo legislador para um sujeito apto a expressar sua vontade de forma autônoma e consciente era excluído do sistema, pois inserto no âmbito da teoria das incapacidades. Em outras palavras: significa dizer que a opção legislativa veio a partir da desqualificação jurídica daquele que não era compatível com o quanto desejado pelo criador da norma. Esta postura justifica a construção da, até pouco tempo, vigente teoria das incapacidades com suas hipóteses específicas.

O Estatuto da Pessoa com deficiência, por sua vez, alterou profundamente essa linha de raciocínio. Houve supressão de hipóteses e inclusão de outras, questões estas que serão tratadas no curso do segundo capítulo. Com isso, há uma mitigação à amplitude de atuação da mencionada teoria e o fortalecimento do reconhecimento da vulnerabilidade dos indivíduos.

Por falar em vulnerabilidade, este é o tema do terceiro capítulo. Ele será dedicado a abordar o tema referente aos contornos da vulnerabilidade e sua identificação social. O afastamento da igualdade formal e o reconhecimento da igualdade material foi a postura fundamental para a real concretização da vulnerabilidade no direito brasileiro. Com ela, começa-se a abandonar a perspectiva generalista trazida pela teoria das incapacidades, para imprimir no ordenamento a necessidade de averiguação pontual, as limitações dos sujeitos e o trato com a utilização de mecanismos hábeis a manter a isonomia material necessária.

Afinal, trabalhar com vulnerabilidade é, antes de mais nada, reconhecer o desequilíbrio no trato social não como algo excepcional, mas como uma situação rotineira e comum. Não há sujeitos plenamente iguais, como desejava a doutrina burguesa revolucionária. O que existe, na realidade, são sujeitos dotados de limitações tanto sociais, quando educacionais e econômicas, por exemplo, o que preenche perfeitamente a ideia de vulnerabilidade no trato com seu semelhante, quando posto em posição de fragilidade. Sistemas como o da relação de consumo, relação trabalhista, área infanto-juvenil e o tratamento social dado ao idoso refletem o reconhecimento prático – e, também, jurídico – desta posição de desigualdade.

De outro lado, há outro instituto que, também, se mostra consolidado ao longo dos tempos, mas que sofreu, ainda que indiretamente, com as alterações trazidas pela Lei 13.146/2015: trata-se da prescrição.

Voltado para uma perspectiva de manutenção da paz social e da segurança jurídica, a prescrição terá um capítulo destinado ao seu trato específico. Nele, buscar-se-á apresentar os contornos ideológicos que viabilizam a maneira de pensar em torno do tema da prescrição. Da mesma forma, toda sua estrutura legal, com a demonstração das hipóteses previstas em lei para os casos de interferência no curso do prazo prescricional.

No intuito de preservar o corte epistemológico sugerido para o desenvolvimento desta tese, o trato referente à prescrição não envolverá o estudo de suas hipóteses prazais configuradoras. Ou seja, não se estudará cada um dos prazos prescricionais, mas apenas a questão das situações em que a própria lei autoriza a interferência no curso destes lapsos temporais – sejam eles quais forem. Aliás, ainda no âmbito das influências no curso da prescrição, haverá outra limitação de abordagem temática, pois, neste tópico, somente interessará a abordagem feita referente às hipóteses de impedimento/suspensão da prescrição, deixando-se de lado o estudo destinado às questões de interrupção.

Focalizando a abordagem apenas nestas hipóteses, haverá a análise apenas das situações envolvidas nos arts. 197 a 200 do Código Civil de 2002. Em seguida, far-se-á um aprofundamento quanto à hipótese trazida pelo art. 198, I do Diploma Civilista, por ser ele o mais afetado pela transformação de pensamento inaugurado pela Lei 13.146/2011, abordando a amplitude do mencionado dispositivo após a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

É exatamente neste ponto que surge a incongruência sistêmica que se busca analisar. Isso porque, com a alteração na teoria das incapacidades, houver interferência direta na questão da amplitude da eficácia do quanto disposto no art. 198, I do CC/2002, o que resultará no tratamento desigual por determinado agrupamento social que parece de tutela mais atenta por parte do Estado-Juiz, exatamente, por se qualificar como vulneráveis. Para tanto, ainda no que se refere ao capítulo ora em trato, será inaugurada seção específica ao trato da teoria do *contra non valentem agere, non corrui praescriptio*.

Oriunda dos institutos romanos, esta teoria, apesar de ser utilizadas diretamente ou indiretamente em diversos países, ainda suscita controvérsias em sua adesão. Para os países que seguem o *civil law* – como o Brasil - a resistência à sua aplicabilidade se dá em razão da ausência de previsão legal expressa ou na impossibilidade de atuação do magistrado de forma tão discricionária. Exatamente por conta disso, a abordagem referente ao perfil da teoria do *contra non valentem*, como ficou conhecida, é de fundamental importância para que seja possível uma abordagem quanto aos argumentos de resistência à sua aplicação.

Por fim, estabelecidas as premissas e feita a análise de viabilidade de sua utilização diante do contorno atual do inciso I do art. 198 do Código Civil, inaugurar-se-á o último capítulo no qual serão analisadas algumas questões vinculadas a atuação do magistrado que acabam por desaguar na obstrução à aplicabilidade da teoria do *contra non valentem* e, por consequência, no reconhecimento de sua condição de mecanismo hábil a assegurar não apenas o acesso à justiça daqueles que, mesmo por causa transitória ou permanente, não conseguirem exprimir sua vontade, pois o que se verte com a utilização de tal teoria é a busca pela garantia do amplo acesso à justiça, envolvendo, nesta perspectiva, a solução eficaz da demanda.

Neste ínterim, o último capítulo do trabalho será dedicado à abordagem de pontos de resistência à aplicação da citada teoria. Hipóteses como a discricionariedade do magistrado e sua atuação no processo, além da hipótese de valorização da boa-fé do indivíduo que se encontra impedido



de manifestar a sua vontade. A perspectiva da atividade jurisdicional e uma necessária mudança do paradigma filosófico existente no direito brasileiro.

Exemplos de utilização daquela teoria existem em países como os Estados Unidos, Inglaterra e, mesmo em nações que adotam o sistema do *civil law* como no caso de Portugal, e da própria França, podem ser utilizados como parâmetros jurisprudenciais para a verificação dos efeitos decorrentes da utilização da mencionada teoria. De fato, a teoria do *contra non valentem* é uma realidade que deve ser observada diante da incongruência sistêmica existente na atualidade no direito brasileiro. A sua adequação dependerá da destruição das barreiras existentes no sistema à uma atuação do magistrado de forma mais dinâmica, afastando-se do julgador repetidor da norma para um juiz criativo, que se utiliza de certa discricionariedade para dos preceitos principiológicos existentes no sistema.

Em assim sendo, a pesquisa desenvolvida para elaboração da presente tese se perfaz a partir de parâmetros decorrente de análises doutrinária e jurisprudencial, tanto em doutrina nacional como em exemplares estrangeiros, na busca para a resolução do problema apresentado que busca investigar a viabilidade da utilização da teoria do *contra non valentem* no direito brasileiro como mecanismo de garantia do amplo acesso à justiça para aquelas pessoas que, mesmo por causa transitória ou permanente, não conseguem exprimir sua vontade, em face das alterações trazidas pela Lei 13.146/2015 e a amplitude do inciso I do art. 198 do Código Civil Brasileiro.

## 2. DO ACESSO À JUSTIÇA

### 2.1 INTRODUÇÃO

Falar em acesso à justiça é, sem sobra de dúvidas, uma árdua missão. Isso porque o tema proposto encontra grande complexidade desde o início do seu trato. A partir da própria identificação da semântica desta expressão já é possível encontrar divergências conceituais que merecem ser abordadas de forma mais cautelosa. Além disso, esta temática expande-se para além do restrito mundo do direito, alcançando diversas searas do conhecimento humano, dentre as quais, pode-se destacar a sociologia, história, antropologia, dentre outras.

De fato, a análise do conteúdo ora proposto se mostra muito mais difícil do que transparece num primeiro momento. A simples leitura da expressão “acesso à justiça” pode conduzir ao entendimento restrito, o que naufragará a atuação necessária para a compreensão mais ampla do substrato que dali floresce. Para aqueles que não possuem contato com os estudos necessários para a compreensão do tema, certamente, identificará o “acesso à justiça” como pressuposto meramente físico, onde o que se busca é a facilitação do ingresso ao Poder Judiciário.

Uma pequena experiência, sem qualquer cunho científico e contaminada pelo absoluto amadorismo, foi realizada com o único objetivo de indicar essa restrição semântica vinculada ao desconhecimento do conteúdo. Em uma sala de uma universidade particular da cidade de Salvador, na Bahia<sup>1</sup>, foi feita a seguinte pergunta a alunos que cursavam o quarto semestre do curso de direito: o que significa acesso à justiça?

Extraíndo-se as respostas mais rebuscadas, fornecidas por aqueles estudantes com maior experiência de vida – que, muitas vezes, estavam a cursar uma segunda faculdade e já tinham sua profissão devidamente estabelecida –, os alunos que ocupavam a faixa etária entre dezoito e vinte anos, responderam que o acesso à justiça seria o ingresso no Poder Judiciário através de apresentação de petição inicial.

---

<sup>1</sup> A pergunta foi realizada na sala do quarto semestre da Universidade do Salvador – Unifacs -, em abril de 2015.

A mesma pergunta, por sua vez, foi lançada - novamente sem qualquer critério científico, mas apenas como uma forma introdutória da temática a ser ministrada – para estudantes de um curso de especialização *stricto sensu* em Processo Civil na cidade de Goiânia, em Goiás<sup>2</sup>. Como já era de se esperar, apesar do cerne do questionamento ser o mesmo, as respostas conferidas pelos estudantes vieram acompanhadas de uma complexidade conceitual muito maior, fugindo apenas no âmbito primário para agregar outros elementos de cunho social e, até mesmo, psicológico, com uma perspectiva muito mais agregada ao ideal de isonomia da incidência do conceito abstrato de justiça do que, propriamente dito, do direito de peticionar.

Evidentemente, apesar da simplicidade vinculada a uma abordagem de garantia de acesso ao Poder Judiciário, esta primeira identificação conceitual não pode ser afastada. Desde que o Estado adotou para si o controle dos conflitos sociais, regulando a convivência conjunta através da incidência de normas criadas pelo Poder Legislativo que, por sua vez, é composto por representantes do Povo, a facilitação do seu acesso é uma questão de hipótese fundamental. Não poderia o detentor de tal capacidade fechar-se para o atendimento de apenas um grupo de indivíduos que compõem a sociedade ou, então, criar obstáculos árduos a serem ultrapassados pelo cidadão quando desejar utilizar dos serviços ofertados pelas Cortes do País.

Durante todo o período de existência do Brasil foram promulgadas sete Constituições<sup>3</sup>. Essa frequente mudança constitucional mostra para muito além de uma perspectiva evolutiva, uma necessidade e constante mutação no sistema de normas pátrio. Mesmo com uma abordagem genérica sobre o tema é possível identificar essa volatilidade com institutos que aparecem num regime constitucional, desaparecem no outro e voltam ao texto constitucional no seguinte<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> A pergunta foi feita para alunos do curso de pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil da ATAME-Goiânia, em maio de 2015.

<sup>3</sup> No curso histórico do país, foram promulgadas sete Constituições, nos seguintes períodos: Constituição de 1824; Constituição de 1891; Constituição de 1934; Constituição de 1946; Constituição de 1967; Constituição de 1988. Porém, vale lembrar a ressalva da Emenda Constitucional nº1 que, segundo o *site* do Superior Tribunal de Justiça: “O Brasil, desde a sua independência, teve sete Constituições: as de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. Alguns consideram como uma oitava Constituição a Emenda nº 1, outorgada pela junta militar, à Constituição Federal de 1967, que teria sido a Constituição de 1969. No entanto, a história oficial considera apenas sete.” STF. Supremo Tribunal Federal. *As constituições do Brasil*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97174>>; Acesso em: 12 maio 2015.

<sup>4</sup> Dispensar-se-á a análise minuciosa da história das constituições e dos direitos no país em razão do corte epistemológico ora proposto, mas, partindo-se de uma abordagem superficial, é possível perceber que o país experimentou momento de autoritarismo, como ocorreu com a carta magna de 1937 e de 1964 e momentos outros de redemocratização, como pode ser visto nas Constituições de 1946 e 1988. Apenas a partir desta perspectiva é possível concluir – sem adentrar mais profundamente – que enquanto vivenciando momento de opressão, direitos eram excluídos, enquanto que, mais tarde renasciam com o reencontro com a democracia.

Atualmente vive-se um momento de relativa estabilidade normativa constitucional<sup>5</sup>, pois há mais de uma década e meia reina sobre o complexo normativo pátrio um texto constitucional elaborado a partir de um movimento de ressurgimento da democracia. Por vinte e cinco anos, o país experimentou um período onde a força das armas tinha mais poder do que a do tratamento harmonioso entre as instituições públicas e entre os próprios cidadãos. A derrocada do regime de exceção e a introdução da atenção aos direitos fundamentais se deram de forma gradativa, ao longo de praticamente doze anos de transição, que acabaram por resultar na promulgação da Constituição Federal atualmente vigente.

Trata-se de um texto que se destaca pelo atendimento aos anseios pela estruturação de uma democracia efetiva, postura essa que lhe assegura a denominação de Constituição Cidadã. Apresenta um largo rol de direitos fundamentais, reflexo do pensamento que já ecoava da Europa desde o período pós-segunda guerra mundial. Aliado a isso, a alteração de pensamento com a formatação da constitucionalização do direito assegurou, ainda mais, a necessidade de atendimento dos ditames estabelecidos em seu texto.

Ocorre que, apesar desse farol de esperança instaurado em seguida às décadas de opressão militar, percebeu-se que a intenção do legislador deveria ultrapassar a mera elaboração normativa. Pensar num texto constitucional mais preocupado com cidadão, já foi um importante passo para o alcance da democracia<sup>6</sup>. Porém, a restrição a essa conduta não é suficiente para garantia da efetividade dos preceitos filosóficos ali estabelecidos. Para alcançar as estruturas sociais, se faz necessário o estabelecimento de uma nova postura do Poder Judiciário, assim como daqueles que pensam o seu exercício no âmbito teórico.

Todo sistema normativo nasce para assegurar o convívio social pacífico. Isso implica dizer que nenhuma norma deve surgir sem que haja atendimento à ordem ali contida. Este cumprimento do tão propalado “desejo do legislador” poderá ser feito em duas formas: de maneira voluntária

---

<sup>5</sup> Utilizou-se a expressão relativa, pois não se pode deixar de destacar que o texto constitucional vigente desde 1988 já experimentou 95 emendas constitucionais, o que deixa claro que apesar de não haver uma nova constituinte não é possível afirmar que a carta magna é dotada de irrestrita estabilidade

<sup>6</sup> Segundo o pensamento de Canotilho, “Por outro lado, para que os cidadãos possam exercer um direito individual, não basta que o seu exercício ou gozo se encontrem sancionados pela Constituição, visto os direitos individuais, por mais legítimos que sejam, terem dois limites necessários - o respeito do direito igual dos outros e a ordem pública. O exercício, por isso, dos direitos individuais supõe uma regulamentação pelo Estado sem o qual não passam de uma simples promessa.” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1164)

ou de em perspectiva coercitiva. Em qualquer delas, o que se observa é a efetividade da lei. É neste momento que o conhecimento popular afirma que a lei “pegou”.

Quando o comando legal é atendido de forma voluntária pelo indivíduo, não será necessário nenhum mecanismo coercitivo para impor a adoção da conduta estampada no texto abstrato. Ocorre, porém, que a convivência social envolve no “mundo real” as vontades de cada indivíduo, que, por sua vez, são passíveis de alteração a depender da situação atual em que o seu titular se encontre.

O legislador busca a aproximação do dispositivo normativo com a realidade social. Quando a modificação deste anseio coletivo ocorre, há a perda da eficácia social da norma jurídica, abrindo-se espaço para a sua revogação, com a respectiva ab-rogação ou derrogação. Por sua vez, em ocorrendo o não atendimento à ordem legal, deve existir mecanismos que assegurem que a abstração do legislador seja concretizada, o que deverá ser feito, em último plano através da atuação do Poder Judiciário.

Apesar de viabilizar a possibilidade de chancela de futuras demandas judiciais pela perspectiva extrajudicial, desde que não haja embates de interesses entre as partes, não se pode negar que apenas ao Estado-Juiz é conferida a possibilidade de julgar a oposição de interesses existente entre os componentes da sociedade.

Atualmente, porém, diante da morosidade e da complexidade para resolução dos conflitos apresentados ao Poder Judiciário, abre-se a hipótese, em situações específicas, mediante permissivo legal, de sua resolução a partir de mecanismos paralelos, onde a atuação da denominada “justiça privada” – denominada de arbitragem - é um caminho que poderá ser utilizado. Evidentemente, não se trata de uma imposição, mas de uma viabilização da conduta por meio de acordo prévio entre as partes, ou seja: a arbitragem não pode ser vista como uma via incidente sobre os indivíduos no conflito, mas, sim, uma alternativa disponibilizada pelo próprio sistema para a resolução das lides.

Portanto, apesar de ser uma afirmativa lógica, deve-se destacar que cabe ao Poder Judiciário, em sua função primordial, julgar os entraves sociais mediante os efeitos coativos de uma decisão – interlocutória, sentença ou acórdão -, em busca da sua pacificação, sempre que sua ingerência se faça necessária para manter a integridade dos direitos fundamentais. Assim como

ocorre com os demais Poderes, o Judiciário tem funções secundárias, de natureza administrativa e legislativa, classificadas como atípicas.

Sem dúvidas, diante da alteração brusca da linha filosófica adotada pelo sistema jurídico da maioria das nações, não há qualquer espanto em afirmar que a meta principal da função Estatal, em sentido macro, é o estabelecimento de condições harmoniosas às pessoas que compõem o círculo social<sup>7</sup>. Para tanto, estampam-se nas normas um rol – meramente exemplificativo – de Direitos Fundamentais que, numa abordagem mais ampla, são denominados de Direitos Humanos. Ocorre que a sua simples previsão normativa de nada valeria se não houvesse o estabelecimento das garantias de sua efetivação.

Interessante é o entendimento defendido pelo Konrad Hesse<sup>8</sup>, segundo o qual a interpretação constitucional é fundamental para consolidação da força normativa da Carta Magna. Passível de alterações ao longo dos tempos, a hermenêutica constitucional é essencial para a manutenção da integridade do texto, sem, contudo, fechar os olhos para os interesses sociais. A finalidade do legislador constituinte deve ser preservada ao máximo para assegurar a manutenção da estabilidade do sistema.

Neste ínterim, pode-se afirmar que tais garantias podem ser desenhadas como o direito conferido aos cidadãos para exigir dos poderes públicos a tutela protetiva dos seus direitos legalmente reconhecidos, utilizando-se, para tanto, dos meios processuais adequados. Em outras palavras, comunga-se do entendimento expresso por Canotilho, segundo o qual “a Constituição “é uma lei vinculativa dotada de efetividade e aplicabilidade. A força normativa da Constituição visa exprimir muito simplesmente, que a Constituição, sendo uma lei, como lei deve ser aplicada.”<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Para Luís Roberto Barroso, “Efetividade designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se substancia, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado. Para que possa ser efetiva, uma norma constitucional: a) não deve conter promessas irrealizáveis; b) deve permitir a pronta identificação da posição jurídica em que investe o jurisdicionado; c) deve ter o seu cumprimento assegurado por meios de tutela adequados. [...] para que as diversas situações jurídicas subjetivas criadas pela Constituição possam efetivamente realizar-se, é preciso que sejam dotadas de garantias. Vale dizer: devem existir instrumentos e procedimentos aptos a fazer atuar, concretamente, o comando abstrato da norma.” (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 231-233).

<sup>8</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de: MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991, p. 21.

<sup>9</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1136

## 2.2 O ACESSO À JUSTIÇA AO LONGO DOS TEMPOS

De fato, não há surpresa alguma em afirmar que a preocupação com o acesso à justiça não teve seu início na história atual. Apesar dos estudos mais profundos evoluírem a partir do pós-guerra, mais precisamente com o movimento de acesso à justiça, na década de 60, o tema se fez presente ao longo dos anos. Imbricado com o conceito abstrato de Justiça, o acesso também variou ao longo dos tempos, tendo como ponto de destaque precedente à Revolução Francesa, sem, contudo esquecer de marcos importantes anteriores.

### 2.2.1 Os movimentos iniciais com a preocupação do acesso propriamente dito

Apesar do estudo acerca do acesso à justiça ser qualificado doutrinariamente como recente, não se pode negar que remonta à Inglaterra do século XIII – a doutrina indica a data de 1215 – um dos movimentos civis de maior importância contra as condutas do governante, no caso do Rei João Sem Terra. Seus súditos buscavam o estabelecimento de um sistema judiciário imparcial e rápido. Diante disso, a aristocracia da época, a fim de evitar a insurgência das classes populares, decidiu por escrever um conjunto normativo que limitava os poderes do monarca com a adoção de mecanismos reguladores das cobranças de impostos.

A partir do falecimento do Rei, esta carta passou a ser a bandeira para defesa dos direitos ali contidos. Anos depois, ela foi utilizada na tutela de atos praticados pelo Parlamento Inglês e pelo Rei Charles I, sendo, então qualificada como efetiva “declaração de direitos”. Tal *status* assegurou-lhe a condição de fonte inspiradora para a construção da Constituição Americana, extraíndo-se do seu texto o conteúdo da quinta e sexta emenda, sendo, também, utilizada quando da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em 1948.

Destaca-se, para o tema, o texto pertencente à cláusula número 29 que trata do direito do indivíduo ao processamento justo e, principalmente, do acesso à justiça. Nele o legislador da época preocupou-se com a limitação aos abusos praticados por um Estado autoritário, deixando evidente a necessidade de submissão a um processo judicial antes de qualquer conduta que viesse a alcançar direitos pertencentes aos cidadãos.<sup>10</sup> Tratava-se, portanto, de um movimento

---

<sup>10</sup> “29) *No free man shall in future be arrested or imprisoned or disseised of his freehold, liberties or free customs, or outlawed or exiled or victimised in any other way, neither will we attack him or send anyone to attack him, except by the lawful judgement of his peers or by the law of the land. To no one will we sell, to no one will we*

que buscava a viabilização de um Poder Judiciário mais aberto aos indivíduos, sem que houvesse qualquer limitação vinculada à classe social, o que conduz a afirmar que, neste momento, a perspectiva do acesso à justiça voltava-se, exclusivamente para a viabilização do ingresso junto ao Poder Judiciário propriamente dito.

Tratava-se da necessidade de submissão do conflito ao julgo de um terceiro desinteressado, retirando-se, assim, todos os aspectos subjetivos que se encontrariam num julgamento efetuado pela própria autoridade estatal opressora. O foco central da cláusula retromencionada, portanto, estava na garantia pela isonomia do tratamento. O conflito existente entre o indivíduo e o ente estatal não poderia ser resolvido pelo próprio algoz, devendo ser direcionado a um órgão imparcial, que detinha para em si o dever de, em tese, aplicar os ditames legais que faziam parte da formação da estrutura estatal.

### **2.2.2 A efetivação do contrato e o Estado como última alternativa na resolução dos conflitos.**

Dentro do pensamento iluminista do século XVIII e XIX, o Estado era apenas um coadjuvante nas relações sociais. O contrato tinha seu ponto de destaque, pois preenchia o papel principal da relação jurídica. Com isso, a questão do acesso à justiça permaneceu apenas como o ingresso ao Poder Judiciário, pois caberia ao Estado-Juiz a regulamentação em segundo plano das interações sociais.

O ingresso ao Poder Judiciário, portanto, era excepcional e, por conta disso, em tese, desnecessário, haja vista que as relações sociais existentes eram reguladas pelas regras contratuais que, por sua vez, eram previamente estabelecidas pelos indivíduos que travavam a interação social especificamente. Atuação do órgão estatal para julgar o conflito era algo dispendioso, o que resumia sua incidência apenas para o âmbito das classes mais abastadas

---

*refuse or delay right of justice*". Texto extraído da Carta Magna (MAGNA, Carta. Disponível em: <[http://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/citizen\\_subject/transcripts/magna\\_carta.htm](http://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/citizen_subject/transcripts/magna_carta.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2015). Em tradução livre: Nenhum homem livre deverá no futuro ser detido, preso ou privado de sua propriedade, liberdade ou costumes, ou marginalizado, exilado ou vitimizado de nenhum outro modo, nem atacado, senão em virtude de julgamento legal por seus pares ou pelo direito local. A ninguém será vendido, negado ou retardado o direito à justiça



economicamente. Neste momento, não interessava a atuação estatal, mas, sim, a manutenção da postura escolhida entre os contratantes.

Deste comportamento surgem grupamentos que não conseguem se manter na igualdade impressa pelo sistema jurídico. Seja por conta da sua incapacidade intelectual, ou mesmo econômica, a valorização das regras decorrentes dos acordos de vontade demonstrou que não havia a manutenção no meio social da isonomia artificialmente estabelecida pelos parâmetros filosóficos. Era necessário o fortalecimento da intervenção estatal, não para fulminar com a liberdade tão propalada, mas, sim para lhe garantir contornos mais efetivos.

Neste momento inicial, com a queda do encantamento pelo mundo perfeito inexistente, percebeu-se a necessidade de buscar elementos e condições que habilitassem a todos o acesso ao Poder Judiciário propriamente dito, pois seria ele o fiel da balança na manutenção do equilíbrio das relações sociais. Ou seja, seria o julgador o elemento fundamental para o desenvolvimento de uma sociedade, realmente, igualitária, por ser desprovido de interesse específico no conflito, mas, sim, na manutenção da ordem social. A garantia, portanto, pelo ingresso propriamente dito, é o primeiro passo para a efetivação do ideal de justo.

### **2.2.3 A retomada da importância do Estado-Juiz.**

Com o passar do tempo, a mutação dos anseios sociais confere ao ideal de acesso à justiça um perfil diferenciado daquele existente outrora. Isso não significa dizer que a preocupação com o ingresso ao Poder Judiciário deixa de existir, não é este o foco da questão. O que ocorre, na realidade, é o aumento dos significados que permeiam tal instituto, reconhecendo-se a pluralidade conceitual do presente tema.

À singular preocupação com a questão do ingresso propriamente dito, foi acrescida a atenção à prestação jurisdicional, haja vista que, em épocas clássicas, o Estado permanecia praticamente inerte à atividade dos membros da sociedade, pois sua regência feita pela autonomia da vontade expressa na relação contratual. A postura omissa decorrente do Iluminismo começou a ruir, pois mostrou-se muito mais tolerante aos anseios da classe rica do que para a população como um todo, o que representa um comportamento por demais contraditório em face do pilar da igualdade tão propalado.

O desequilíbrio imanente às relações sociais passou a ser enxergado com mais evidência diante da mitigação do pensamento burguês revolucionário dominante. Com isso, o Poder Judiciário caminha no sentido de figurar com mais destaque no centro dos conflitos, no exercício do poder que lhe era próprio, ou seja, regularização dos entraves decorrentes das interações entre os indivíduos. Em assim sendo, se fazia necessária uma atuação ampla e liberta de quaisquer preceitos ou ditames, onde todos pudessem ser atendidos com uma prestação jurisdicional eficiente, cuja aplicação do ideal de justiça buscado por toda a sociedade fosse uma realidade palpável e não apenas uma abstração filosófica.<sup>11</sup>

A inserção do *Welfare State* provocou uma grande alteração na forma como o Estado se posiciona perante a sociedade. Diante disso, a sua implantação de maneira incompleta acabou por resultar num maior demandismo perante o Poder Judiciário, face às ofensas aos direitos sociais reconhecidos a partir de então. De fato, diante dos conflitos bélicos ocorridos no meado do século XX, houve a necessidade de tutela maior por parte do Estado na busca pelo equilíbrio entre as distorções sociais. Estabelecem-se, para tanto, normas de caráter programático e conceitos abertos com o objetivo de assegurar uma amplitude cada vez maior de sua incidência.

#### **2.2.4 O acesso à justiça e o caso brasileiro**

Fazendo um corte mais incisivo sobre o tema, observa-se que no Brasil a situação fática exposta apenas ganha contornos semelhantes ao mencionado anteriormente a partir da década de 80 do século passado, diante da abertura democrática – ainda gradativa – experimentada desde então. Apesar de se reinserir na democracia, o país deparou-se com um desequilíbrio social muito eviente: as classes sociais eram bem definidas e a linha divisória entre ricos e pobres não poderia ser omitida por um simples passe de mágica. O Estado brasileiro não se apresentou da forma como se imaginava quando da opressão resultante da ditadura militar.

---

<sup>11</sup> Neste sentido, destaca-se o pensamento de Maria Tereza Sadek, para quem: “O Judiciário tem, cada vez mais, ocupado um lugar central na arena pública. Seu papel como instituição política e como órgão encarregado de prestação de serviços tem sido objeto de discussão. Diagnósticos referindo-se a uma crise são constantemente repetidos. E, em igual medida, são propostas mudanças. Estamos, desse ponto de vista, distantes hoje do tempo em que questões sobre a justiça diziam respeito apenas a especialistas. O debate tem se intensificado, chamando a atenção não só de juristas e operadores do sistema de Justiça, mas também de congressistas, da grande imprensa e de representantes da sociedade civil. Mesmo organismos internacionais, outrora mais preocupados com temas estritamente econômicos, têm alertado para a urgência de reformas nas instituições de Justiça (SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. 278p. (Pesquisas, n. 23), p.13)

Os anos subsequentes, incluindo-se neles a crise social vista na década de 90, foram resultado direto de postura omissa do Estado, tanto no que se refere à implantação de políticas sociais e educacionais, como na medida de gestão de suas riquezas. A consequência direta deste comportamento foi a crescente necessidade de atuação do Poder Judiciário como protagonista de uma – ainda permanente – busca pela resolução das demandas sociais.

Este painel acabou por resultar numa forte preocupação nacional com a questão do acesso à justiça. Todo o pensamento sustentado por Mauro Capelletti e Bryan Garth<sup>12</sup> nos idos da década de 60 emergiram na sociedade brasileira a partir da abertura democrática experimentada pelo país. O reconhecimento de uma série de direitos sociais ocorridos a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 imprimiu uma nova forma de pensamento e de observação dos espaços públicos e sociais quanto ao seu mecanismo de atuação. Neste sentido, a auto-regulamentação decorrente dos contratos passou a ser mitigada, pois a ideia de igualdade decorrente das relações contratuais ruiu-se diante do complexo de interesses em que as relações sociais encontravam-se envoltas<sup>13</sup>.

De fato, desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, houve a expansão dos direitos sociais, demonstrando a maior intervenção pública na área social, o que imprimia modificações estruturantes nas atribuições do Estado. O mundo novo que se abria diante dos olhos do direito brasileiro chamava atenção dos juristas, pois vinha acompanhado de uma linha de raciocínio mais desprovida de procedimentos formais e detentora de conceitos abertos e abstratos incidentes sobre a lei.

Esse mesmo Estado que passou a reconhecer a garantia de direitos antes inexistentes se posiciona perante a sociedade como a tábua de salvação para a efetivação da previsão normativa

---

<sup>12</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

<sup>13</sup> E interessante julgado, o STF já demonstrava, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988 preocupação com a questão da autonomia da vontade irrestrita. Quando do julgamento do RE 79770, o Ministro Xavier de Albuquerque mitigou a aplicação da autonomia da vontade à considerações de natureza social e econômica, conforme se observa: “ - O aluguel é a contraprestação justa do capital posto à disposição do locatário, e, conseqüentemente, pode ser revisto bienalmente, sempre que a escala móvel convencional não atingir os fins a que se propos. O aluguel a ser fixado deverá decorrer de todos os fatores que normalmente nele influem: depreciação da moeda, custo de construção, situação mais ou menos própria para os negócios, aumento do custo de vida, rentabilidade do capital posto à disposição do locatário, etc. A lei de luvas é uma lei de equidade, que se exerce nos dois sentidos. Assegura ao locatário a estabilidade e ao locador a rentabilidade. Considerações de natureza social e econômica afastam, sob pena de nulidade, o princípio da liberdade de contratar, e a regra pacta sunt servanda, sempre que a justiça do aluguel ou a estabilidade do fundo de comércio sejam ameaçadas. Embargos conhecidos. Rejeitados os da primeira embargante e recebidos os do segundo. (RE 79770 EDv, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/1977, DJ 31-03-1978 PP-01830 EMENT VOL-01089-02 PP-00546 RTJ VOL-00084-03 PP-00881

abstrata. Não por outro motivo que cabe reconhecer que “a percepção da noção de acesso à justiça passa por uma leitura ético-moral da Constituição, cabendo aos juízes e tribunais a missão de guardar os 'valores' sociais reconhecidos pela Constituição de 1988.”<sup>14</sup>

Diante do exposto, é possível identificar dois momentos referentes ao início do movimento do acesso à justiça. O primeiro deles, a partir de uma perspectiva mais global, tem seu ponto de surgimento após os conflitos bélicos decorrentes da Segunda Guerra Mundial. Por sua vez, numa perspectiva mais circunscrita à realidade brasileira, este caminho passou a ser percorrido a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e do reconhecimento dos direitos sociais dali decorrentes.

Efetivamente, este movimento figurou-se como uma das mais importantes expressões decorrentes da radical transformação do pensamento jurídico e da forma como o Estado se posiciona diante dos membros da sua sociedade. As mutações originárias a partir das reformas legais implantadas no pós-guerra deixam evidente o desejo por um Estado não mais omissivo, mas sim incidente e atuante na busca pelo equilíbrio das relações sociais<sup>15</sup>. Afinal, de nada adiantaria a previsão normativa abstrata se não houvesse a sua efetivação no universo fático, seja ele de forma voluntária pelos membros sociais ou pela imposição do cumprimento por parte do Estado-Juiz.

Os embates meramente teóricos para a construção de uma ciência do direito não atendem mais ao que se espera do Estado. A razão da sociedade pulsa de forma incontestante na busca pela efetivação dos direitos desde então reconhecidos. Não há mais espaço para análises puristas das normas, desprovidas de toda e qualquer interferência da realidade social. Os conflitos existem

---

<sup>14</sup> TEIXEIRA, João Paulo Fernandes Allain. *Acesso à justiça, proporcionalidade e “pílula vermelha”*: entre racionalidade e hermenêutica. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (coord.). *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p.91.

<sup>15</sup> A título ilustrativo, destaca-se, o pensamento de José Rubens Morato Leite: “os grandes discursos e as narrativas norteadoras que deram fundamentação às formas de saber, ao modo de organização da vida, à regulação dos procedimentos comportamentais, às práticas uniformes de representação social e às configurações centralizadas da estrutura do poder passaram por questionamentos radicais, por processo de descentralização, por múltiplas redefinições e por realidades emergenciais. Está-se diante de uma crise paradigmática motivada pela passagem da sociedade industrial para a digital, da sociedade nacional para a sociedade global, da cultura unitária lógico-formal cartesiana para a cultura dos espaços fragmentados, plurais e virtuais. Vive-se o declínio e o esgotamento de uma cultura monolítica, linear, determinista, hierárquica, totalizante. Por outro lado, assiste-se ao descortinar complexo de processos novos e potencialidades criadoras, capazes de instaurar direções múltiplas que favorecem representações conceituais, individualidades subjetivas e fluxos diferenciados.” (LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antônio Carlos (org.) *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão clássica das novas Confluências Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. VII)

e a negativa ao seu reconhecimento seria apenas um comportamento destoante da realidade fática.<sup>16</sup>

Ao Estado-Juiz não cabe apenas a manutenção dos ditames legais diante do caso prático. Sobre seus ombros impõe-se uma obrigação muito maior, na medida em que há o reconhecimento de direitos sociais que, ao contrário da linha filosófica anteriormente existente, não caminha no sentido de existência de uma norma devidamente amoldada. Há, a partir da abertura da democracia brasileira e da promulgação da Carta Magna vigente, um complexo normativo muito mais difícil de se atuar, se comparado com os preceitos pretéritos, na medida em que se faz necessária a colmatação dos conceitos abertos ali existentes.

A sociedade expõe suas chagas que antes eram escondidas em ideais de igualdade abstratos e a questão do acesso à justiça passa a ser vista não apenas como o ingresso propriamente dito. Trata-se de um direito social que abrange um complexo de questões muito mais amplo do que a abordagem anteriormente existente. O rompimento da igualdade abstrata conduziu o magistrado a um parâmetro antes inexistente: a busca pela efetivação do conceito abstrato de justiça que, por sua vez, pode se encontrar para além do texto legal.

### 2.3 O ACESSO À JUSTIÇA: PARA ALÉM DO ACESSO

Como se sabe, partindo-se do pressuposto segundo o qual o procedimento legislativo é por demais lento quando comparado com os novos anseios sociais, verifica-se que a mera aplicação do dispositivo legal não tem o condão, por si só, de assegurar a exatidão do suprimento do conceito abstrato de justiça. Isso porque, em alguns casos, a evolução das interações sociais se mostra a passos largos do atravancado procedimento de elaboração, ou mesmo, modificação da norma existente.

---

<sup>16</sup> “Há um bom tempo, prevalece em nossos meios jurídicos o paradigma racionalista de ciência, mediante o qual os saberes jurídicos são submetidos a um rigoroso corte epistemológico, dividindo a investigação sobre o fenômeno direito. As chamadas ciências jurídicas são postas em planos paralelos, sem qualquer possibilidade de interseção entre seus saberes e âmbitos de atuação, por ainda ser verificada uma atitude arraigada na cultura dos juristas, ao elegerem a pureza dos elementos cognoscíveis como meta à consecução de resultados, somente assim considerados científicos.” (GOMES NETO, José Mário Wanderley. *Alternatividade jurídica: proposta de aliança entre o conhecimento científico e a práxis jurisdicional*. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley; PEREIRA, Mirian de Sá (org.). *Sociologia do direito e do direito alternativo: ensaios pós-graduados em homenagem a Cláudio Souto*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 138)

A mera aplicação da lei não é o fim da atividade judicial. Deve-se ter em mente que a simples questão do seu cumprimento restrito reflete uma evidente limitação em sua atuação. Para muito além da concretização do comando legal, está a preocupação de que esta ordem seja efetivamente cumprida, através de uma decisão judicial posta em tempo hábil e com capacidade de produção real de efeitos. Não se pode esquecer que, em decorrência direta deste fato, também, caberá ao magistrado a análise do dispositivo de lei de acordo com os interesses atuais da sociedade como um todo.

As regras não se apresentam como algo desimportante. Ao contrário: elas ainda permanecem como um ponto fundamental para a engrenagem do direito pátrio, afinal, todo o sistema jurídico brasileiro é erguido sobre o regime do *civil law*, mas, para muito além delas, o julgador deve ser preocupar com o atendimento aos princípios. Daí decorre o pensamento segundo a qual o julgador não deve se restringir à aplicação basicamente da lei. Deverá ultrapassar esse limite para alcançar o atendimento aos princípios, fazendo com que o direito não possa ser mais visto a partir de pontos isolados e incomunicáveis.<sup>17</sup>

Ao criar uma rede protetora, o Estado assume para si o dever de garantir a prestação uma atividade hábil para casos de resolução de descumprimento ao comportamento legalmente exigido. Afasta-se a possibilidade de autotutela<sup>18</sup>, sendo este um requisito excepcional. O juiz

---

<sup>17</sup> Para José Mário Wanderley Gomes Neto, “é provavelmente neste momento que se estabelece o *turning point* da investigação científica sobre o direito: o fator interdisciplinaridade, outrora concebido como pecado capital contra a pureza epistemológica a que se propunha a ciência formal do direito, surge como elemento primordial para a transformação do paradigma formal e racionalista num prisma capaz de apreender a realidade substantiva, nas suas múltiplas representações” (Ibidem, p.143)

<sup>18</sup> A autotutela, atualmente, é aceita apenas em casos extremamente excepcionais no ordenamento jurídico brasileiro. Apenas quando a própria lei assim permite é que será concedido ao cidadão a possibilidade de reagir na defesa de um direito que lhe pertence, sem, contudo, acionar o Poder Judiciário para tanto. Tratam-se de hipóteses específicas e rarefeitas dentro do sistema normativo. Como exemplo, cita-se a hipótese da legítima defesa da posse, prevista no art. 1.210, § 1º do Código Civil, ou mesmo a legítima defesa trazida pelo Direito Penal em seu art. 25. Aliás, cumpre salientar que a maior liberdade ou não para o exercício da autotutela será conferida de acordo com a liberalidade do legislador. Baseando-se nos anseios sociais, ele poderá modificar o *status* existente, também havendo previsão acerca da legítima defesa em condutas de um Estado em face do outro.

Numa análise histórica é possível perceber que o direito brasileiro taxava como legítima defesa a conduta equiparada à homicídio praticado pelo marido em face de sua esposa por conta de prática de adultério por parte desta última, ou mesmo pelo crime de injúria. Tal comportamento era aceito pelo ordenamento jurídico como uma excludente de ilicitude abraçada pela proteção da legítima defesa, que, no caso, era tipificada como “legítima defesa da honra”. Neste sentido, destaca-se o precedente dos idos de 1968 exarado pelo STF: **LEGÍTIMA DEFESA DE HONRA** - Não existe em homicídio praticado pelo marido, no auge da indignação, quando a esposa o injuriou por palavras, gestos e ameaças contra a honra conjugal. Não incorre em nulidade remediável por habeas corpus, o Acórdão que submeteu a novo júri o réu absolvido sob aquele fundamento. (HC 46158, Relator (a): Min. ALIOMAR BALEEIRO, Segunda Turma, julgado em 22/10/1968, DJ 27-12-1968 PP-05541 EMENT VOL-00751-14 PP-05163). (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 14 fev. 2016)

Posteriormente, passou-se a repudiar tal hipótese de legítima defesa, conforme se observa do precedente do Tribunal de Justiça de Pernambuco, datado de 2009, posicionamento este seguido pelos Tribunais pátrios até os

será o agente capaz de tutelar os conflitos entre os indivíduos. Será ele o detentor da autorização estatal para o processamento e julgamento de uma ação na qual serão expostas as razões de cada um dos conflitantes. Com isso, mediante sua análise e hermenêutica normativa, haverá a decisão impositiva onde as partes deverão suportar a ordem emanada pelo representante legal do Estado.

Portanto, partindo desse pressuposto, pode-se afirmar que o acesso à justiça é muito mais polissêmico do que se imaginava num primeiro momento. Ele ultrapassa a aplicação do texto normativo em sua essência pura para alcançar elementos mais amplos, na medida em que, o que se busca é a efetivação deste direito social com a garantia de atendimento por parte do Poder Judiciário dos anseios conflituosos que lhe são apresentados. Porém, para além disso, o acesso à justiça voltado para uma percepção da garantia a uma justiça que seja não apenas

---

dias atuais: **PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ALEGAÇÃO DE QUE O JULGAMENTO FOI MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. IMPROCEDÊNCIA. VEREDICTO EM CONSONÂNCIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO. OPÇÃO DOS JURADOS POR UMA DAS TESES APRESENTADAS NO DECORRER DO PROCESSO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA. INEXISTÊNCIA. CONDUTA DO RÉU SE MOSTROU INCOMPATÍVEL COM AS BALIZAS DO ART. 25 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO INDISCREPANTEMENTE.** 1.As provas presentes nos autos indicam que o réu praticou o crime descrito na denúncia, de modo que não se pode falar em decisão contrária às provas dos autos. Além do mais, a decisão do Júri só deve ser anulada quando totalmente divorciada do acervo probatório constante do processo, o que não ocorre na hipótese vertente. 2.Não há amparo legal que sustenta a legítima defesa da honra conjugal com causa excludente de ilicitude no crime de homicídio, tentado ou consumado, ainda mais quando se constata que a suposta agressão à honra do ofendido não foi atual nem iminente, bem como que o ofendido não utilizou moderadamente os meios necessários. (TJ-PE - Apelação Criminal: ACR 175888 PE 00000475520048170140. 4ª Câmara Criminal. Rel. Gustavo Augusto Rodrigues De Lima. Julg. 28 de julho de 2009).

No âmbito internacional, Antônio Celso Alves Pereira, em interessante trabalho sobre o tema, destaca que: “O direito de legítima defesa individual ou coletiva é assegurado aos Estados nos termos do artigo 51 da Carta da ONU e reiterado nas Resoluções 1368, de 12/09/2001 e 1373, de 28/09/2001, ambas do Conselho de Segurança. Trata-se de um dos direitos fundamentais do Estado. A legítima defesa está também consagrada na Carta da OEA, em seu artigo 21. Contudo, é preciso ficar claro que as Cartas da ONU e da OEA, além da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, asseguram ao Estado o direito de ação militar em legítima defesa individual ou coletiva apenas em caso de agressão armada consumada. O Estado não pode alegar que agiu em legítima defesa, portanto, dentro do quadro legal configurado pelo artigo 51 da Carta da ONU, se o suposto agressor não iniciou, de forma clara e inofismável, o ato de agressão. Uma vez agredido por ato de força, o Estado pode tomar as medidas cabíveis para se defender e imediatamente comunicar ao Conselho de Segurança para que este tome as providências que julgar necessárias para sustar a agressão. Se o Conselho de Segurança não age de pronto, o Estado agredido pode continuar se defendendo militarmente, devendo, contudo, cessar a defesa tão logo consiga rechaçar a agressão. A legítima defesa é, desta forma, uma faculdade subsidiária, provisória e controlada.

De fato, foi no século XX, a partir da proibição da guerra como meio de solução de controvérsias internacionais dos Estados, que o instituto da legítima defesa, como exceção permitida de recurso à força, ingressou de forma convencional no direito internacional, embora Hugo Grotius já o mencionasse em *De Jure Belli ac Pacis* ao escrever “(...) que esse direito de se defender provém, imediatamente e, em primeiro lugar, da natureza que confia a cada um de nós o cuidado de nós mesmos, e não da injustiça ou do crime daquele que nos expõe ao perigo”. Portanto, como se verá adiante, o direito de legítima defesa do Estado tem seus fundamentos no costume internacional. (PEREIRA, Antônio Celso Alves. *A legítima defesa no Direito Internacional contemporâneo*. Disponível em: < [http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2010/RID\\_2010\\_01.pdf](http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2010/RID_2010_01.pdf)>; acesso em: 22 dez. 2015).

aquela formal, prevista no comando legal, mas, sim a efetiva: aquela que assegure o preenchimento do conceito indeterminado de Justiça, propriamente dito.

Diante da postura adotada pelo Estado, também lhe incumbirá a obrigação de garantir a efetividade da sua função. Isso implica dizer que o Poder Judiciário não poderá exercer técnicas de seletividade no atendimento das demandas que lhe são propostas. Também não poderá imprimir caminhos por demais longos ou prestações que se arrastem ao longo dos anos até o pronunciamento judicial.

Afinal, de nada adiantaria um Estado-Juiz que assegurasse aos seus cidadãos o ingresso ao órgão julgador se este ao aplicar norma qualificada que pronunciamentos destoantes com os anseios sociais e, além disso, se ao determinar o cumprimento de uma ordem judicial, por exemplo, esta não pudesse mais ser atendida por conta da demora na prestação jurisdicional. Sendo assim, percebe-se que o trato da matéria é muito mais polissêmico do que se imagina em um primeiro momento, o que resulta em diversos parâmetros de estudos que abrangem uma multidisciplinariedade incontestável.<sup>19</sup>

De fato, sendo o acesso à justiça polissêmico, a preocupação com seus mecanismos de efetivação também deve ser ampla. Sendo assim, a análise dos obstáculos ao seu pleno exercício se faz necessária, o que deve ser construído de acordo com os parâmetros de abordagem de cada uma das propostas dos estudos a ser realizados. Diante disso, nesta obra, a análise será feita a partir do viés jurídico do tema trazido pelos estudos de Mauro Capelletti e Bryant Garth, em seu denominado “Projeto de Florence”, deixando ao largo, perspectivas outras, como, por exemplo, a social e histórica. O acesso à justiça, portanto, deve ser visto como mecanismo de efetivação de direitos, diante dos quais devem ser ultrapassados obstáculos existentes no curso do caminho para sua concretização.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Em atenção aos ensinamentos de José Mário Wanderley Gomes Neto, a abordagem sobre acesso à justiça deve ir “além dos estudos acerca do texto normativo, utilizando-se de ferramentas epistemológicas multidisciplinares para a compreensão de um objeto complexo, cujas ramificações estendem-se por matérias antes isoladas em seus conhecimentos específicos, todavia, dirigidas a pontos necessários de interseção, para que o sistema jurídico não quede ineficaz na sua tarefa de regular o comportamento social e de fornecer subsídios institucionais à pacificação dos conflitos de interesses.” (Ibidem)

<sup>20</sup> Mauro Capelletti e Bryan Garth, em sua obra denominada Acesso à Justiça, analisaram os principais elementos justificadores dos obstáculos ao acesso à justiça, reconhecendo a necessidade de criação de soluções práticas para a resolução dos problemas apresentados, hipóteses estas denominadas pelos autores como ondas de renovação.



### 2.3.1 Mauro Capelletti e Bryant Garth e a análise do acesso à justiça: o Projeto Florence

Retornando um pouco no tempo, nos idos dos anos 60, o mundo passou a observar com mais cautela a questão do acesso à justiça. Com os olhos mareados de tanto derramar lágrimas diante das ofensas a direitos elementais ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, os juristas se propuseram a fazer valer um rol de direitos qualificados como fundamentais por serem inerentes ao indivíduo e, para tanto, observaram uma luz para garantir a sua efetivação. Tratou-se de uma busca incansável que até os dias atuais vem se desenvolvendo e aperfeiçoando-se.

O movimento não se resumiu apenas a uma nação. Ao contrário: alcançou diversos países que, após os conflitos bélicos da década de 40, se viram diante da necessidade de alteração do entendimento acerca da atividade judicial como um todo. O que se buscava era a manutenção da integridade dos direitos fundamentais do homem, afastando-se, assim, a possibilidade de novas experiências com as cores da batalha mundial que há pouco houvera terminado. Portanto, o debate mais aprofundado fez nascer um parâmetro estruturante: o reconhecimento do acesso à justiça como um direito fundamental do homem.

Partindo-se de pesquisas que duraram mais de meia década, os juristas Italianos Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>21</sup> elaboraram um relatório amplo sobre o tema. Denominado de “Projeto Florence”, os autores conseguiram construir uma base teórica sobre o acesso à justiça quebrando paradigmas antes existentes quanto ao seu ideal a partir do reconhecimento de existência de obstáculos para a efetivação da prestação jurisdicional. Este foi um trabalho ambicioso que mapeou a questão em diversas nações e que, exatamente por isso, ganhou a notoriedade necessária a assegurar o seu reconhecimento como um pilar de análise necessária quando do estudo do tema<sup>22</sup>.

Os juristas construíram, então, um estudo diante do que restou consagrado um feixe com três pontos considerados como obstáculos para o exercício da prestação jurisdicional: o aspecto econômico, organizacional e procedimental. A resolução deste tripé resultaria na formatação

---

<sup>21</sup> GARTH, Bryant G ; CAPELLETTI, Mauro. *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*. Disponível em: < <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142/>>; acesso em : 21 fev. 2016.

<sup>22</sup> Para João Paulo Fernandes Allain Teixeira: “A questão do acesso à justiça ganha notoriedade sobretudo com o Projeto Florença, liderado por Mauro Cappelletti, que propugna um processo civil comprometido com a inclusão do maior número possível de jurisdicionados. Neste contexto, é imposição democrática a possibilidade de o cidadão efetivamente recorrer ao Estado-Juiz em busca de tutela de seus direitos.” (TEIXEIRA, João Paulo Fernandes Allain. *Acesso à justiça, proporcionalidade e a “pílula vermelha”*: entre racionalidade e hermenêutica. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (coord.). *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador: Jus Podvm, 2008, p.88)

estrutural necessária para um acesso à justiça eficiente e, acima de tudo eficaz. Aliás, exatamente diante da identificação da problemática, os autores caminharam para a construção de sugestões para a resolução de tais problemas, o que restou denominado de “ondas revolucionárias”.

#### 2.3.1.1 O ponto inicial do Projeto de Florence: o acesso

Partindo-se de uma visão macro, o que se percebe é que a construção do sistema de chancela do acesso à justiça proposto pelos autores caminha, inicialmente, do ponto mais elementar do tema em estudo. Trata-se do reconhecimento de certa problemática, basicamente, partindo-se do acesso como ingresso propriamente dito. Não se refere apenas a questões físicas, como, no caso, ingressar no Poder Judiciário por sua estrutura, como fóruns, cartórios, etc. Vai além disso, pois apresenta uma análise neste primeiro plano quanto ao acesso no que se refere ao exercício do direito de petição propriamente dito.

A primeira preocupação estampada no projeto de Florence surge com o elemento fundamental para a busca pelo alcance do conceito abstrato de justiça: a garantia do exercício da demanda necessária para tanto. Afinal, de nada adiantaria a estruturação do “braço” do Estado aplicador da tão propalada justiça, se os indivíduos não pudessem acessá-lo. Estabelece-se, portanto, a necessidade de observância deste elemento primaz para que, a partir de então, se desenvolvam as demais camadas qualificadas como obstáculos, e que impediriam o alcance do preenchimento, e porque não, do próprio exercício, do conceito abstrato de justiça.

A manutenção de uma justiça para apenas alguns dos membros da comunidade significa ferir de morte o ideal mais elementar do justo. A estruturação de obstáculos para a efetivação do real acesso à justiça resultaria no desequilíbrio das forças inerente aos indivíduos que formam a sociedade, haja vista que o poder do individual se sobreporia ante ao coletivo. A falta de um mecanismo de freio das vontades singulares acabaria por resultar numa provável desobediência coletiva da legislação que, em tese, seria criada como a reunião dos interesses genéricos da sociedade.

Aliás, a questão do ingresso ao Poder Judiciário como sendo um direito inerente à cada indivíduo pode ser refletida nas ideias dos juristas italianos, como se buscou levantar nos parágrafos anteriores. Antes de questionar a efetividade da prestação jurisdicional, cabe ao

Estado permitir que todos aqueles que assim desejem possam ter a facilidade de reclamar a resolução dos conflitos que lhes retiram o equilíbrio e a convivência pacífica.

Esta preocupação incidente demonstra a busca do movimento reformista em alcançar parcela da sociedade desprovida de condições financeiras, sociais, intelectuais ou mesmo culturais de reivindicar direitos que lhes são assegurados, assim como prover o seu pleno exercício.

A gratuidade àqueles desprovidos de condições econômicas deve ser encarada como um dos passos a ser dado para o cumprimento da primeira “onda reformista”. Tanto no critério da prestação de atendimento por parte de defensores custeados pelo Estado, quanto na suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais, a preocupação do sistema jurídico acerca do tema se mostra legítima e justificada para o atendimento do dever maior de manutenção do atendimento amplo a todos pelo Estado-Juiz<sup>23</sup>.

Porém, é necessário deixar um alerta para uma questão singular decorrente da gratuidade judiciária: a sua concessão não poderá ser utilizada como mecanismo de manipulação do processo. A inexistência do dever de pagar as custas exigidas para o processamento do feito

---

<sup>23</sup> A Ministra Ellen Gracie, quando da relatoria do HC 100104/RJ afirmou expressamente que a gratuidade judiciária é uma faculdade garantia para assegurar o acesso à justiça daqueles que não provêm de capacidade econômica para custar os valores cobrados para o funcionamento do Poder Judiciário. Estes, por sua vez, não podem ser utilizados como fundamento para se eximir de obrigações impostas por decisão judicial, por ser essencialmente garantidor do acesso à justiça. No caso, o alimentante utilizou-se da gratuidade que lhe foi conferida para buscar a suspensão da ordem de prisão contra si conferida por inadimplemento da obrigação alimentar contra si imposta. Segundo a Ministra Relatora, a gratuidade judiciária somente abrange a viabilização de acesso ao Poder Judiciário, não podendo ser utilizada, como já dito, como justificativa para inadimplência de outras obrigações. Sendo assim, destaca-se a ementa do julgado: **DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEVEDOR DE ALIMENTOS. DECRETO FUNDAMENTADO. INCAPACIDADE ECONÔMICA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. EFEITO PRÁTICO DA MEDIDA. EXCESSO DE PRAZO INEXISTENTE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.** 1. Constrangimento ilegal que estaria sofrendo o paciente, em razão da decretação de sua prisão por atraso no pagamento da pensão alimentícia devida à sua filha. 2. Inexiste falta de fundamentação para a decretação de sua prisão, pois, para legitimar a prisão civil, basta o atraso das prestações alimentares. 3. A ação de habeas corpus, de rito sumário, não se presta à dilação probatória, ainda mais sobre fatos que demandariam profundo reexame do quadro fático-probatório, pois relacionados à capacidade econômico-financeira do executado. 4. A gratuidade de justiça visa facilitar o amplo acesso ao Poder Judiciário, e não pode o devedor de alimentos se eximir de seu dever de prestá-los por ter sido beneficiado por esse direito. 5. O afastamento do trabalho é efeito lógico da prisão, não podendo o paciente basear-se em tal fato para alegar a ausência de efeito prático da sua prisão, mormente quando já lhe foi conferida oportunidade para pagar sua dívida em liberdade. 6. Conforme o § 1º do art. 733 do Código de Processo Civil, o juiz poderá decretar a prisão do devedor de alimentos pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses. Fixada a prisão do paciente em 60 (sessenta) dias, não existe excesso de prazo. 7. Habeas corpus denegado. (HC 100104, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, DJe-171 DIVULG 10-09-2009 PUBLIC 11-09-2009 EMENT VOL-02373-02 PP-00345 RT v. 98, n. 890, 2009, p. 165-169) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 22 mar. 2016)

não garante ao beneficiário a exclusão da obrigação decorrente de imposição de multas por comportamentos dissidentes daqueles que se espera durante o curso do processo.

Como se tem buscando demonstrar nos parágrafos anteriores, a isenção ao pagamento de custas processuais resulta, sim, na viabilização do trato isonômico dos membros da sociedade. O seu não atendimento representaria a exclusão de camadas da comunidade da possibilidade de condução dos seus conflitos ao Poder Judiciário, o que desaguaria na opressão dos detentores do poderio econômico ou político sobre os demais.

Vale lembrar que, na medida em que se garante que todos podem acessar o órgão julgador para a resolução dos seus problemas, surge um complexo de normas comportamentais que devem ser seguidas no curso do processamento do feito. A infração a algum desses comportamentos, resultará na imposição, por exemplo, de multas por parte do Estado-Juiz que não podem ser vinculadas à gratuidade judiciária. Não é porque há um benefício que isenta do pagamento de custas que a desobediência ao comportamento imposto pela lei resulte na impossibilidade de imposição das punições legalmente previstas.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Neste sentido, destaca-se o seguinte julgado do STF: **QUINTO E SEXTO “AGRAVOS REGIMENTAIS” - EXTEMPORANEIDADE - IMPUGNAÇÃO RECURSAL PREMATURA, DEDUZIDA EM DATA ANTERIOR À DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO, E, TAMBÉM, TARDIA, PORQUE REGISTRADA APÓS O DECURSO DO PRAZO RECURSAL - ACÓRDÃO QUE, EM SEDE DE AGRAVO, IMPÕS MULTA, À PARTE AGRAVANTE, PELO EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER - LEGITIMIDADE DE TAL SANÇÃO PROCESSUAL (CPC, ART. 557, § 2º) - PRÉVIO DEPÓSITO DO VALOR DA MULTA COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DE NOVOS RECURSOS - VALOR DA MULTA NÃO DEPOSITADO - JULGAMENTO COLEGIADO POR TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - INTERPOSIÇÃO, CONTRA O ACÓRDÃO, DE “AGRAVO REGIMENTAL” - INADMISSIBILIDADE - ERRO GROSSEIRO - CONSEQÜENTE INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL - RECURSOS DE AGRAVO NÃO CONHECIDOS.** - A intempestividade dos recursos tanto pode derivar de impugnações prematuras (que se antecipam à publicação das decisões) quanto decorrer de oposições tardias (que se registram após o decurso dos prazos recursais). Em qualquer das duas situações - impugnação prematura ou oposição tardia -, a consequência de ordem processual é uma só: o não conhecimento do recurso, por efeito de sua extemporânea interposição. - O recorrente, quando condenado a pagar, à parte contrária, a multa a que se refere a legislação processual, somente poderá interpor “qualquer outro recurso”, se efetuar o depósito prévio do valor correspondente à sanção pecuniária que lhe foi imposta. A ausência de comprovado recolhimento prévio do valor da multa, mesmo por aquele que seja beneficiário da gratuidade, importará em não conhecimento do recurso, eis que a efetivação desse depósito prévio atua como pressuposto objetivo de recorribilidade. Doutrina. Precedentes. - A exigência pertinente ao depósito prévio do valor da multa, longe de inviabilizar o acesso à tutela jurisdicional do Estado, visa a conferir real efetividade ao postulado da lealdade processual, em ordem a impedir que o processo judicial se transforme em instrumento de indevida manipulação pela parte que atua em desconformidade com os padrões e critérios normativos que repelem atos atentatórios à dignidade da justiça (CPC, art. 600) e que repudiam comportamentos que se traduzem na interposição de recursos utilizados com intuito manifestamente protelatório (CPC, art. 17, VII). - O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma idéia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé - trate-se de parte pública ou cuide-se de parte privada - deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo. - Não se revela admissível “agravo regimental” contra acórdão emanado de órgão

### 2.3.1.2 Do processo individual para a realidade coletiva, eis o segundo passo

Ao assegurar o acesso à justiça para todos, o Poder Judiciário ficará sujeito ao volume de demandas imposto pela própria sociedade. Isso significa dizer que: inexistindo filtros para expor ao Estado Julgador o conflito social, este restará aberto para a percepção de qualquer demanda, o que pode resultar no retardo da prestação jurisdicional, em razão do grande fluxo de demandas. Esse problema foi abordado pelo Projeto de Florence como sendo a segunda onda, ou seja, aquela voltada para uma percepção mais coletiva dos conflitos sociais, rompendo a barreira do volume de demandas singulares para se preocupar com um tratamento diverso.<sup>25</sup>

Neste caso, a preocupação suscitada pelos autores volta-se para a questão da incapacidade do processo civil de cunho eminentemente individualista em garantir a tutela dos interesses difusos ou coletivos. Afirmavam os juristas que o processo civil sempre foi estruturado a partir de um campo de batalha entre particulares onde a busca era para a resolução dos seus próprios interesses individuais. A perspectiva coletiva não tinha o reflexo necessário, fazendo com que se afastasse de uma concepção social.

Sugeria-se, então, a alteração na perspectiva que considerava apenas como direito aquele pertencente à um indivíduo, pois quando coletivos, em tese não tinha um titular específico. Enxergar sob uma perspectiva mais ampla conduziu a alterações em elementos fundamentais do processo, como a citação, e o direito de defesa, haja vista que, em sendo difuso, deve haver a indicação de um representante que atuará em atenção aos interesses da coletividade. Além disso, no cunho da atividade do magistrado, a decisão não deve se resumir ao anseio de uma só pessoa, mas, sim, ultrapassar esse parâmetro para alcançar seus efeitos para todos os sujeitos do grupo, ainda que não tenham interferido diretamente no processo.

Não há dúvidas de que essa segunda onda foi de fundamental importância para a sociedade massificada dos dias atuais. A manutenção da perspectiva individualista do processo em nada adiantaria diante das demandas coletivas que surgem com a vivência moderna. A resolução dos

---

colegiado (Turma ou Plenário) do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Tratando-se de erro grosseiro, mostra-se inaplicável o princípio da fungibilidade recursal. Precedentes. Doutrina. (AI 801247 AgR-AgR-AgR-AgR-AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-231 DIVULG 05-12-2011 PUBLIC 06-12-2011) (Ibidem)

<sup>25</sup> Segundo Mauro Cappelletti e Bryan Grath: “Centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. Sem dúvida, uma verdadeira “revolução” está-se desenvolvendo do processo civil” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p.18)

conflitos sociais a partir de uma perspectiva singular e pontual terá a capacidade de resultar no alcance do ideal de justiça, e, por via de consequência, na percepção de segurança jurídica, afinal pouco adiantaria a resolução do conflito de “a”, se existem outras letras no alfabeto experimentando a mesma ofensa a seus direitos.

A partir de então, o sistema jurídico passou a enxergar com outros olhos a questão das demandas envolvendo direitos coletivos. Aprimoraram-se as normas a fim de assegurar a sua tutela, evitando-se, com isso, a proliferação de diversas manifestações judiciais em processos singulares. Houve, na verdade, a tentativa de racionalização da atividade judicial diante de um conflito mais amplo do que aquele resumido na seara individual.

Especificamente no Brasil, é possível perceber que o legislador incorporou a ideia de buscar a tutela do coletivo na medida em que elaborou diversos mecanismos para a sua efetivação, como no caso da ação civil pública, na possibilidade de impetração de mandado de segurança coletivo, na tutela em face de ofensas ao meio ambiente ou mesmo as previsões constantes no Código de Defesa do Consumidor.<sup>26</sup>

Portanto, ao possibilitar que o cidadão exercitasse o seu direito ao acesso à justiça, facilitando o ingresso num primeiro plano, o Estado-Juiz poderia ser acionado para resolver diversas demandas em módulos individuais, quando, na realidade, haveria a viabilidade de uma abordagem subjetivamente mais ampla, na medida em que os sujeitos atuantes em cada processo estariam, de uma forma ou de outra, ligados entre si<sup>27</sup>.

De nada adiantaria ter uma justiça que fosse acessível e que conseguisse a resolução de demandas numa perspectiva mais coletivizada do que individual, se esta decisão elaborada e prolatada pelo representante do Estado apto para tanto fosse desprovida da efetividade em seu

---

<sup>26</sup> Art. 81, Parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor - A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeito deste código os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, ou transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária com uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”

<sup>27</sup> “A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais.” [...] “A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 51)

exercício. Um comando judicial sem a eficácia necessária para produzir os efeitos nela contidos não passaria de uma mera folha de papel preenchida com tinta que modelam as letras nela inclusas. Portanto, para além do ingresso ao Poder Judiciário, o movimento compromete-se com a potencialização do processo enquanto mecanismo apto a assegurar a efetividade dos direitos pertencentes a cada indivíduo.

### 2.3.1.3 Terceira onda: uma perspectiva ampla do acesso à justiça

A efetividade do Estado-Juiz no cumprimento de sua função primordial é o requisito final para a sustentação do acesso à justiça. O rompimento do equilíbrio social assegurado pelo comportamento moldado pela lei era merecedor de reprimenda efetiva por parte do magistrado no exercício da sua atividade de protetor dos direitos dos indivíduos<sup>28</sup>. As diversas áreas de estudo, envolvendo, por exemplo, não só o aspecto jurídico, mas o social, econômico, entre outros, foi fundamental para a construção de um projeto que até os dias atuais é merecedor de atenção e análise quando se trata com o tema referente ao acesso à justiça.

A terceira onda estabelecida por Cappelletti e Garth decorre de uma preocupação mais voltada para a efetivação do processo propriamente dito. Trata-se de hipótese em que se busca, uma mudança brusca na forma como se encara o procedimento existente até o momento, pois sugere alteração dos preceitos formais com estruturação, se necessário, de novos Tribunais dotados de maior flexibilidade de rito, a fim de que se assegure a efetivação da prestação jurisdicional.<sup>29</sup>

De nada adiantaria a identificação do acesso à justiça se não houvesse a possibilidade e efetivação da decisão judicial. O parâmetro exercitado até então, de um procedimento lento e formalizado resultaria, sem dúvidas, na ausência da efetividade da prestação jurisdicional. O

---

<sup>28</sup> “Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos de “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso” (Ibidem, p.68)

<sup>29</sup> “encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não rejeita inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial” (Ibidem, p. 4)

sistema proposto, então, entraria em colapso na medida em que asseguraria a porta de entrada, sem, contudo, manter a porta de saída.

No direito brasileiro, a preocupação com essa terceira onda também é facilmente identificada diante de uma constante mutação legal na busca pela efetividade da prestação jurisdicional. O reconhecimento da viabilidade da tutela antecipada em 1994 e a promulgação da Lei dos Juizados Especiais, no ano seguinte - lei 9.099/95 - são demonstrações evidentes da intenção do legislador em cumprir a meta de eliminação das barreiras identificadas por Cappelletti e Garth.

Não há dúvidas de que a denominada terceira onda renovatória está vinculada com o aperfeiçoamento da técnica judicial, pois preocupa-se, muito, não apenas com o ingresso – aspecto este abordado na primeira onda -, mas com questão mais profunda, pois alcança a efetividade da decisão judicial, ou seja, a análise a partir do resultado da manifestação judicial para a resolução do problema. Afinal, de nada adiantaria assegurar o acesso propriamente dito, se não fosse possível existir um processo judicial hábil a garantir que a decisão judicial proferida produza os seus resultados esperados.

Outro aspecto atinente à este movimento está no incentivo à adoção de mecanismos de valorização de resolução de conflitos através de uma estrutura extrajudicial. Fomenta-se, portanto, a mediação, a conciliação, a arbitragem e outros mecanismos que possam ser considerados como hábeis à satisfação do jurisdicionado. Com isso, busca-se garantir o acesso amplo à ordem jurídica.

De fato, apesar da proposta originária acerca de uma análise puramente processualística da questão envolvendo o acesso à justiça, o Projeto de Florence ganhou matizes muito mais salientes, pois alcançou uma perspectiva para além da linha inicialmente traçadas. Tornou-se, sem dúvidas, um grande trabalho de cunho empírico efetivo cuja formação ergueu-se a partir de um conglomerado de perspectivas subjetivas e objetivas nunca antes observado<sup>30</sup>. Dentro do caldeirão foram colocados ingredientes que envolviam desde conflitos existentes no Poder Judiciário propriamente dito, às leis vigentes, passando pelas dissonâncias econômicas e sociais

---

<sup>30</sup> Segundo Boaventura de Souza Santos: “Neste domínio, a contribuição da sociologia consistiu em investigar sistemática e empiricamente os obstáculos ao acesso efetivo à justiça por parte das classes populares com vista a propor as soluções que melhor os pudessem superar. Muito geral pode dizer-se que os resultados desta investigação permitiram concluir que eram de três tipos esses obstáculos: económicos, sociais e culturais.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 11.ed. São Paulo: Cortez, 2006, p.168)



dos indivíduos envolvidos, assim como a necessidade de atendimento aos interesses difusos e a garantia de uma maior importância aos sujeitos coletivos, entre outros.

O marco inicial traçou um caminho para uma abordagem metodológica processual, porém o seu resultado acabou por desaguar numa biópsia muito mais ampla, pois alcançou o parâmetro da preocupação quanto à efetividade dos direitos sociais. Não por outro motivo que a partir de então a expressão “acesso à Justiça” passou a ser vista como sendo de definição difícil, em face da sua multiplicidade de abordagem. Em seu livro intitulado “Acesso à Justiça”, os autores idealizadores do Projeto de Florence deixam claro que a abordagem ali existente partirá do ingresso ao Poder Judiciário como exercício de uma premissa básica para a garantia do atendimento à justiça social.<sup>31</sup>

### **2.3.2 O acesso amplo à justiça como um direito fundamental**

Sem sombra de dúvidas, a garantia ao amplo acesso à justiça marcou os sistemas jurídicos mais importantes da segunda metade do século XX. Tratou-se de temática que irradiou por diversos âmbitos, alcançando tanto o denominado primeiro mundo, como, também, alguns países qualificados como subdesenvolvidos, tendo como responsável pela sua valorização o pensamento constitucionalizado da hermenêutica do ordenamento jurídico. O esforço das Cartas Magnas na busca pela manutenção e efetivação das garantias individuais foi fundamental para sustentar os contornos atualmente visíveis.

Apesar de ser um movimento relativamente recente na história do direito constitucional, o reconhecimento e inserção de Direitos considerados como fundamentais ao ser humano foi de fundamental importância para a evolução da presente temática. Isso porque o indivíduo foi visto como detentor de um mínimo existencial capaz de assegurar a sua condição de ser humano. A ninguém é dada a condição de isento completamente de direitos. Aliás, atualmente, soa, até

---

<sup>31</sup> Esta é a postura adotada pelos autores quando esclarecem que: “Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.” [...] “Nossa tarefa, neste Relatório, será a de delinear o surgimento e desenvolvimento de uma abordagem nova e compreensiva dos problemas que esse acesso [efetivo] apresenta nas sociedades contemporâneas. Originando-se, talvez, da ruptura a crença tradicional na confiabilidade de nossas instituições jurídicas e inspirando-se no desejo de tornar efetivos – e não meramente simbólicos – os direitos do cidadão comum, ela exige reformas de mais amplo alcance.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p.8)

mesmo, absurda a ideia de considerar um ser humano desprovido de direitos mínimos, como acontecia com os escravos.

As manchas na história ficaram para trás, mas para haver o sepultamento de tais atrocidades – lembre-se, mais uma vez, que a Segunda Grande Guerra Mundial foi um bom exemplo da ausência de direitos fundamentais mínimos aos Judeus – foram necessárias diversas pás de cal.

As gerações (ou dimensões, para alguns<sup>32</sup>) dos direitos fundamentais foram evoluindo ao longo do tempo<sup>33</sup>. Aliás, essa capacidade de amoldar-se aos interesses da sociedade continua presente, o que significa dizer que tais direitos ainda permanecem em constante maturação. Inclusive, atualmente, há quem diga que o plexo de direitos fundamentais se encontra na quinta geração<sup>34</sup>, ultrapassando a tutela do indivíduo para alcançar a coletividade.<sup>35-36</sup>

---

<sup>32</sup> Segundo André Ramos Tavares: “é preciso anotar que os autores têm preferido falar em gerações, querendo significar gerações sucessivas de direitos humanos. A ideia de “gerações”, contudo, é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as “gerações” ou “dimensões” dos direitos humanos. Daí a razão da preferência pelo termo “dimensão” (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. atual. Amp. São Paulo: Saraiva, 2012, p.358)

<sup>33</sup> Para Alexy: “A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-se no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade de fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível na maior medida possível, a controles intersubjetivos. Isso, no entanto, pressupõe clareza tanto acerca das estruturas das normas de direitos fundamentais quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. De forma alguma é possível dizer que tal clareza já exista em grau suficiente. Quando se examina a caracterização teórica-estrutural dos direitos fundamentais e de suas normas na jurisprudência e na literatura, o que se encontra é um quadro desconcertante.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 43)

<sup>34</sup> Para Gilmar Mendes, Paulo Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho: “Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração” [...] “A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. [...] Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dar-se-á a compreensão.” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 224)

<sup>35</sup> Sustenta Thadeu Augimeri que: “A problemática do acesso à justiça, conquanto já fosse sentida desde o início do século passado, fez perceber sobremaneira no segundo pós-guerra, até porque o direito de acesso à justiça, com a consagração constitucional dos chamados “novos direitos” passou a ser fundamental para a própria efetividade destes.” (LIMA, Thadeu Augimeri de Góes. *Tutela Constitucional do Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora. 2013, p. 122)

<sup>36</sup> Segundo Canotilho: O pluralismo, ancorado numa teoria de inputs dos grupos é, ao mesmo tempo, uma teoria empírica e uma teoria normativa. Como teoria empírica pretende captar a realidade social e política das democracias ocidentais, nas quais todas as decisões políticas se reconduziriam a interesses veiculados pelos vários grupos sociais. Como teoria normativa — o pluralismo como ideia dirigente — a teoria pluralista pressuporia um sistema político aberto, com ordens de interesses e valores diferenciados e que, tendencialmente, permitiria a todos os grupos a chance de influência efectiva nas decisões políticas. Desta forma, realizar-se-ia a aspiração da distribuição de poderes por vários subsistemas concorrentes, substituindo-se a concorrência liberal de ideias pelo interesse concorrente dos grupos. Ao mesmo tempo, conseguir-se-ia obter uma dimensão igualitária, na medida em que, estando no sistema pluralístico todos os interessados tendencialmente organizados da mesma maneira, todos eles teriam uma quota de influência e mobilização” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 403)

Neste sentido, preleciona Boaventura de Souza Santos<sup>37</sup> que a inserção destes direitos – sejam eles o de primeira geração, ou de quarta geração – trazem a necessidade de institucionalização de mecanismos para a sua concretude<sup>38</sup>. Estes, por sua vez, demandam um Poder Judiciário efetivo que demonstre a possibilidade de defesa e a capacidade de desestímulo de condutas ofensivas. Sem tal mecanismo, falar-se-ia, apenas, em declarações políticas ordinárias, sem qualquer efetivação<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. Revista de Processo. v. 10, n. 37, jan./mar. 1985, p. 121-139.

<sup>38</sup> Neste sentido, afirma o autor que: “Não se trata de um problema novo. No princípio do século, tanto na Áustria como na Alemanha, foram frequentes as denúncias da discrepância entre a procura e a oferta da justiça e foram várias as tentativas para minimizar, quer por parte do Estado (a reforma do processo civil levada a cabo por Franks Klein na Áustria) (Klein, 1958; Denti, 1971), quer por parte dos interesses organizados das classes sociais mais débeis (por exemplo, os centros de consulta jurídica organizados pelos sindicatos alemães) (Reinfner, 1978). Foi, no entanto, no pós-guerra que esta questão explodiu. Por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos económicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado do bem-estar transformou o direito ao acesso efectivo à justiça um direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e económicos passariam a meras declarações políticas de conteúdo e função mistificadores.” (Ibidem, p. 129)

<sup>39</sup> Especificamente no direito brasileiro, pode-se dizer que houve inúmeros movimentos que buscavam a efetivação do acesso à justiça nos moldes apontados no Projeto Florence. Diversas reformas foram experimentadas até a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil. Houve o estabelecimento de jurisprudência ampliativa da garantia da gratuidade judiciária, com, por exemplo, o seu alcance para as pessoas jurídicas – desde que comprovada a sua necessidade – assim como a ausência de poderes especiais para seu pleito e a desnecessidade de manifestação expressa da tão propalada “declaração de pobreza”.

Outro elemento que demonstra a preocupação do sistema com a questão da prestação da atividade jurisdicional e, além disso, da prestação efetiva da atividade jurisdicional foi a criação dos Juizados Especiais. A introdução ao sistema da Lei 9.099/95 representou uma das maiores demonstrações do legislador da busca pelo amplo acesso à justiça. Ao classificar as demandas, taxando algumas como sendo de complexidade reduzida, o ordenamento reconhece a necessidade de afastamento do trato isonômico entre todas as ações.

A lei 9.099/95 produzia seus efeitos de forma linear. Os Juizados de Causas Comuns passaram a ser conhecidos pela sociedade e suas facilidades – como a ausência de pagamento de custas processuais até a prolação da sentença – foram reconhecidas pela população como sendo de grande valia. Ocorre que, com a abertura dessa possibilidade, houve o incremento ao Poder Judiciário de um considerável volume de demandas reprimida. Aqueles que desistiam de levar ao magistrado os seus conflitos, sob o argumento de demora na prestação jurisdicional, passou a ver nos Juizados uma possibilidade de atendimento às suas demandas.

Então, percebeu-se que apenas abrir as portas do Poder Judiciário não era o suficiente, pois retornava-se ao eixo de apenas garantir o acesso ao direito de petição. Pouco adiantaria assegurar a possibilidade de recebimento da petição inicial se a porta de saída ainda se encontrasse obstaculizada. Afinal, por mais diligente que fosse o magistrado, o grande número de demandas acabaria por inviabilizar o funcionamento da máquina judicial.

Apesar do incremento, cada vez maior, no volume de demandas, percebeu-se que se tratavam de temas repetidos. A gravidade da situação, então, tornou-se ainda mais presente, pois restou claro que apesar de garantir o acesso ao Poder Judiciário a ineficaz prestação jurisdicional estava causando descrédito nas relações travadas entre as pessoas, ou mesmo com o Estado. O respeito à uma decisão judicial estava esvaindo-se, não pela intenção de descumpri-la, mas, pela simples questão de sua ausência.

Diante disso, o foco passou para o aperfeiçoamento da tutela coletiva. O que antes era insignificante no Código de Processo existente, passou a ser encarado de uma forma diferenciada no pós-constituição. A reboque desta mudança, veio a identificação das demandas repetitivas e do julgamento em lote. O estabelecimento de um posicionamento consolidado a partir da afetação pela repercussão geral de um paradigma foi uma solução encontrada na busca pelo esvaziamento das demandas idênticas que tramitam junto no Poder Judiciário.

Diversos foram os esforços na garantia do efetivo acesso ao Poder Judiciário. O sistema legal brasileiro compartilha da mesma preocupação constante em territórios alienígenas. Países como a Alemanha, Portugal, Itália, França, Inglaterra e Estados Unidos também experimentaram alterações que tendiam a uma maior efetividade na prestação jurisdicional

### 2.3.2.1 O inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal e o acesso amplo à justiça

Nos últimos cem anos, o direito passou por uma profunda modificação filosófica com a alteração do seu eixo de controle do Direito Civil para o Direito Constitucional, instaurando-se o que se denomina de constitucionalização do direito. Trata-se de um fenômeno geral e que, como tal, não poderia omitir-se a alcançar outras áreas do direito como um todo. Sendo assim, o feixe de princípios constitucionalmente reconhecidos passou a incidir diretamente sobre os diversos ramos do universo jurídico.

A mencionada mudança, por sua vez, não se resumiu apenas ao universo doutrinário. Para muito além disso, o mundo prático também experimentou comportamentos diversos diante do trato anteriormente praticado. A atividade desenvolvida pela jurisdição ganha contornos novos. Há uma valorização do devido processo legal e da ampla defesa. A preocupação com o alinhamento das forças processuais passa a ser ainda mais constante, pois reflexo do direito material que, também, experimentou da constitucionalização outrora mencionada.

A queda da autonomia da vontade irrestrita e a sobreposição da autonomia privada demonstra uma maior preocupação do sistema jurídico pátrio com a modelação de um complexo normativo mais equânime, permeando atenção ao princípio da isonomia expresso como direito fundamental na Carta Magna. Por consequência, ideais como o do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa têm sua importância reformada na medida em que são considerados como direitos fundamentais, previstos no art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

Exatamente por conta da importância impressa diante de todo o sistema jurídico, o acesso à justiça não poderia passar ao largo da estrutura dos direitos fundamentais. Apesar da democratização tardia da política brasileira, a questão do acesso à justiça não foi esquecida pelo legislador constitucional que trouxe em seu art. 5º, XXXV, da Carta Magna, a previsão a ela atinente com a chancela de direito máximo.

Segundo Boaventura de Souza Santos, nos países periféricos, à semelhança do que ocorre com o Brasil, o reconhecimento do acesso à justiça como um direito fundamental não se trata apenas de uma proposta metodológica que busca apenas a desobstrução do Poder Judiciário e a consequente ampliação de sua atuação. Refere-se a uma postura muito mais ampla, pois a democratização, neste caso, acaba por afetar diretamente o próprio funcionamento do Poder Judiciário com a mutação do sistema ao qual se busca o acesso. É, portanto, nos dizeres do

autor, uma alteração do próprio pensamento do Estado-Juiz, modificando-se, por consequência, suas premissas mais básicas.<sup>40</sup>

Apesar de grande parte da efetivação do momento social de acesso à justiça encontrar reflexos no Projeto Florence, no Brasil o direito pátrio apenas experimentou a intensificação das discussões décadas após, mais precisamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, consequência direta da (re)democratização do país<sup>41</sup>. Com isso, não se pode dizer que os estudos do acesso à justiça no direito brasileiro tiveram os mesmos contornos daqueles utilizados pelos países em que o trabalho de Capelletti e Garth teve incidência desde sua origem.

Lembra Eliane Botelho Junqueira<sup>42</sup>, que o despertar do interesse do direito brasileiro não teve relação direta com a justificativa mundial decorrente do trabalho dos juristas italianos. Para a autora, o movimento interno foi o mecanismo justificador dessa alteração de pensamento, pois o país estava a experimentar a abertura política e a retirada das amordaças de diversas instituições públicas e privadas que tiveram sua atuação mitigada durante o período ditatorial.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Para o mencionado autor: “a nova concepção do acesso ao direito e à justiça. Na concepção convencional busca-se o acesso a algo que já existe e não muda em consequência do acesso. Ao contrário, na concepção [de democratização] [...], o acesso irá mudar a justiça a que se tem acesso. Há aqui um sistema de transformação recíproca, jurídico-política” (SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007. 120 p. (Coleção questões da nossa época, v. 134), p.33)

<sup>41</sup> Vale destacar o alerta de Elaine Botelho Junqueira, para quem: “apesar da investigação sobre processos decisórios formais e informais coordenada por Felipe Augusto de Miranda Rosa na década de 70, não se pode falar de uma produção sistemática na área direito e sociedade, ou seja, de uma linha de investigação sobre temas e instituições jurídicas, antes dos anos 80. Localizada não na área das ciências sociais, mas sim entre bacharéis de direito sociologicamente orientados, a sociologia do direito no Brasil surge, coincidentemente ou não, com as primeiras pesquisas sobre acesso à Justiça – tema cuja amplitude permite incluir toda e qualquer investigação sobre o Poder Judiciário e sobre formas alternativas de resolução de conflitos – é, portanto, (re)escrever, a partir de um novo recorte, a trajetória da sociologia do direito brasileira e a sua vinculação a discussões político jurídicas presentes na história recente do Brasil.” [...] “a análise das primeiras produções brasileiras revela que a principal questão naquele momento, diferentemente do que ocorria nos demais países, sobretudo nos países centrais, não era a expansão do *welfare state* e a necessidade de se tornarem efetivos os novos direitos conquistados principalmente a partir dos anos 60 pelas “minorias” étnicas e sexuais, mas sim a própria necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso tanto em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da histórica marginalização sócio-econômica dos setores subalternizados e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós-64. [...] Os motivos para o despertar do interesse brasileiro no início dos anos 80 para esta temática, portanto, devem ser procurados não neste movimento internacional de ampliação do acesso à Justiça, mas sim internamente, no processo político e social da abertura política e, em particular, na emergência do movimento social que então se iniciava” (JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo*. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n. 18, 1996/2, p.1-2)

<sup>42</sup> JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à Justiça: Um olhar retrospectivo*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>>; acesso em: 02 maio 2015.

<sup>43</sup> Segundo a autora, “Invertendo o caminho clássico de conquista de direitos descrito por Marshall (1967),<sup>7</sup> o caso brasileiro não acompanha o processo analisado por Cappelletti e Garth a partir da metáfora das três “ondas” do “access to justice movement”. Ainda que durante os anos 80 o Brasil, tanto em termos da produção acadêmica como em termos das mudanças jurídicas, também participa da discussão sobre direitos coletivos e sobre a informalização das agências de resolução de conflitos, aqui estas discussões são provocadas não pela crise do

No caso brasileiro, o seu reconhecimento veio a reboque com a possibilidade da identificação de direitos sociais antes inexistentes. O acesso à justiça, inicialmente, foi de grande importância, pois não havia a preocupação embrionária de se garantir às minorias os direitos reconhecidos às maiorias, mas, sim, a possibilidade de alcance de direitos básicos que antes não eram levados aos cidadãos. Ou seja, na hipótese pátria, não se tratava da expansão do *Welfare State*, mas, basicamente do seu reconhecimento para os indivíduos que se encontravam alijados de direitos fundamentais por conta do longo período ditatorial experimentado pelo país.<sup>44</sup>

Apesar de experimentar o movimento de valorização do acesso à justiça um pouco mais tarde do que os países europeus, o direito brasileiro não ficou imune à mudança de pensamento. A onda de valorização do ser humano através de imersão no princípio da dignidade da pessoa humana chegou ao território pátrio no momento pós-ditadura. Havia, neste momento, grande discussão acerca da questão referente aos direitos sociais, oprimidos por muito tempo sob os cassetetes e botinas dos militares. A construção da inovação veio com a elaboração da Carta Magna vigente até os dias atuais.

Não se tratava de um mero documento político de intenções. A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo sistema, pois chancelou a alteração de pensamento na qual as regras delas emanadas deveriam recair sobre o sistema de uma forma hierárquica, o que significa dizer que de todo o funcionamento das regras deve-se voltar para fazer valer os direitos constitucionalmente previstos. A nova ordem instaurada forçou a mutação da amplitude da questão pública e social no âmbito do direito brasileiro, haja vista que o direito privado se afasta do grau de importância que anteriormente lhe era agregado.

O reconhecimento de direitos sociais antes subjugados incrementou a preocupação com o funcionamento do Poder Judiciário. As gerações de direitos fundamentais estavam, agora, expressamente previstas no Diploma Constitucional e dentre eles, o acesso à justiça restou estampada expressamente no rol do seu art. 5º. Não se poderia negar que os órgãos judicantes

---

Estado de bem-estar social, como acontecia então nos países centrais, mas sim pela exclusão da grande maioria da população de direitos sociais básicos, entre os quais o direito à moradia e à saúde” (JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à Justiça: Um olhar retrospectivo*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>>; acesso em: 02 maio 2015)

<sup>44</sup> Para Eliane Botelho Junqueira: “o caso brasileiro não acompanha o processo analisado por Cappelletti e Garth a partir da metáfora das três “ondas” do “access-to-justice movement”. Ainda que durante os anos 80 o Brasil, tanto em termos da produção acadêmica como em termos das mudanças jurídicas, também participe da discussão sobre direitos coletivos e sobre informalização das agências de resolução de conflitos, aqui estas discussões são provocadas não pela crise do Estado de bem-estar social, como acontecia então nos países centrais, mas sim pela exclusão da grande maioria da população de direitos sociais básicos, entre os quais o direito à moradia e à saúde.” (Ibidem)

exerceriam um importantíssimo papel no desenvolvimento da democracia que acabara de nascer após um período nebuloso de abusos e limitações de liberdade.

A promulgação da Constituição Federal foi de fundamental importância para a efetivação do acesso à justiça em seus diversos matizes. Ao reconhecer sua condição de direito ocupante do topo do sistema jurídico, abriu a possibilidade de criação de inúmeros instrumentos para a defesa de direitos dos indivíduos – sejam eles na perspectiva individual propriamente dita, coletiva ou difusa. Portanto, quando na maioria dos países qualificados como desenvolvidos a sua abordagem era focalizada como mecanismos de implementação de atuações de expansão de direitos aos grupos minoritários, no Brasil, a sua gênese se perfaz no reconhecimento, efetivo, de determinados direitos considerados como básicos, mas suprimidos em razão da opção política adotada até então.

A tutela estatal de resolução de demandas sociais deverá ser prestada de forma ampla, com a celeridade necessária para o atendimento dos anseios e consequente pacificação social, o que não significa que a decisão jurídica deverá ser exarada de qualquer forma. A questão da celeridade processual não pode ser confundida com a pressa na resolução da demanda. Esta última deve ser vista como uma pecha no exercício da atividade judicial, enquanto que a primeira, é a representação do necessário equilíbrio concreto existente na racionalidade entre a busca ideal pelo preenchimento do conceito de justiça e a sua efetivação.

A atividade jurídica exercida pelo Estado perfilha-se dentre as mais importantes por ele desenvolvida. Diante disso, a imposição de empecilhos de forma injustificada para que o cidadão provoque e exija o cumprimento desta função fere direitos qualificados como fundamentais<sup>45</sup>. Não por outro motivo, que o legislador constituinte deixou expresso em seu rol

---

<sup>45</sup> Desenvolvendo estudos sobre o tema, Deborah L. Rhode afirma que: *“Equal justice under law” is one of America's most firmly embedded and widely violated legal principles. It embellishes courthouse entries, ceremonial occasions, and occasionally even constitutional decisions. But it comes nowhere close to describing the justice system in practice. Millions of Americans lack any access to the system, let alone equal access. An estimated four-fifths of the civil legal needs of the poor, and the needs of an estimated two- to three-fifths of middle-income individuals, remain unmet. Governmental legal services and indigent criminal defense budgets are capped at ludicrous levels, which make effective assistance of counsel for most low-income litigants a statistical impossibility. We tolerate a system in which money often matters more than merits and equal protection principles are routinely subverted in practice”* (RHODE, Deborah L. *Acces do Justice*. New York. Oxford University Press. 2004, p. 36) Em Tradução livre: « Justiça igualitária sob a lei » essa é um dos princípios mais rígidos e amplamente violados. Ele torna mais atraente as entradas à corte, em ocasiões cerimoniais e, ocasionalmente em decisões constitucionais. Mas não consegue descrever de perto o sistema de justiça na prática. Milhões de americanos são privados do acesso ao sistema, muito menos ao sistema igualitário. Estima-se que quatro quintos daqueles que necessitam de uma atuação legal cível são pobres e que três quartos daqueles qualificados como classe média não possuem atendimento satisfatório. Os serviços jurídicos ofertados pelo governo e os orçamentos direcionados à defesa criminal daqueles qualificados como indigentes são limitados à níveis absurdos, o que torna a assistência

do art. 5º, XXXV, que o denominado direito fundamental ao acesso à justiça quando previu que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Apesar da previsão constitucional explícita, a ideia de acesso à justiça não se mostra tão simples e fácil como se parece num primeiro momento. O transcorrer dos tempos acabou por resultar em alteração da sua formatação diante de perspectivas pretéritas que apenas espelhavam a garantia formal de ingresso em juízo com o conflito que buscava a pacificação mediante uma decisão judicial. Sendo assim, havia uma abordagem inicial bastante simplista quando se suscitava esta questão, posto que se resumia apenas à efetivação do ingresso ao Poder Judiciário. Em outras palavras, era uma visão romântica que partia de um prisma individualista, pois preocupava-se, apenas, com o indivíduo que conseguia ultrapassar as barreiras para oferta da sua demanda.

Por sua vez, as intensas alterações sociais não passaram ao largo da ideia de acesso à justiça. A sociedade modificava-se diante dos seus próprios parâmetros anteriormente existentes, o que acabava por desaguar numa perspectiva diferenciada da questão envolvendo o tema em tela. Resumir-se apenas ao ingresso era insuficiente para os parâmetros atuais, posto que para além da resolução de lides individuais, o Poder Judiciário passou a carregar consigo a tutela de concretização de direitos sociais. Ou seja, reconheceu-se que o acesso à justiça era muito mais complexo e profundo do que o simples ingresso no órgão julgador do Estado, pois ultrapassava as portas dos fóruns e as petições iniciais, para alcançar a dinâmica plena que resulta não só na prolação de uma decisão judicial, mas, principalmente, na construção de uma ordem emanada por um magistrado que seja efetiva e plausível de cumprimento por parte daquele que a ela se submete.

A dificuldade no enclausuramento do ideal de acesso à justiça apenas a partir de um parâmetro perceptivo conduziu os autores Mauro Cappelletti e Bryan Garth<sup>46</sup> a reconhecerem que a expressão “acesso à justiça” qualifica-se como sendo de difícil definição, ante ao seu caleidoscópico de atuações. Exatamente por conta desta sua peculiaridade ela perfaz-se como sendo requisito de fundamental importância para a construção das premissas mais básicas do ideal de justiça, pois modula-se através de dois pilares fundamentais: a possibilidade de ingresso

---

técnica de um advogado para a maioria dos litigantes de baixa renda como uma impossibilidade estatística. Nós toleramos um sistema em que o dinheiro importa mais do que méritos e a proteção isonômica a princípios são, rotineiramente, subvertidas na prática.”

<sup>46</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 03.



e a atividade exercida por parte do magistrado, como representante do Estado, na solução dos conflitos a ele apresentado, sempre na busca por resultados efetivos.

Qualquer obstáculo fomentado ou mantido ao acesso à justiça resultará em ofensa direta a direitos fundamentais dos indivíduos, pois ferirá uma das pedras basilares na construção de uma sociedade que busca amoldar-se ao conceito abstrato de justiça<sup>47</sup>. Em sua obra acerca do tema, Wilson Alves de Souza elenca um rol de hipóteses que interferem na garantia o acesso à justiça.<sup>48</sup> Não se trata, efetivamente, de uma preocupação apenas com aqueles elementos que restringem o momento inicial da formação da atividade judicial.<sup>49</sup>

Para muito além disso, reconhece o autor que ao se tratar do tema em tela, deve-se ultrapassar a questão do mesmo ingresso ao Poder Judiciário, afirmando que para além da facilidade do exercício do direito de petição, deve haver a atenção às garantias processuais estabelecidas nos princípios constitucionais; a satisfação dos problemas educacionais e socioeconômicos, restando consagrada a informação sobre a titularidade e amplitude dos direitos; os aspectos culturais e, por fim, o custo do processo.<sup>50</sup>

Todos esses elementos são, na visão do mencionado autor, obstáculos que devem ser encarados de frente pela sociedade, a fim de se encontrar solução viável para ultrapassá-los. Tratam-se de contenção ao amplo acesso ao poder judiciário, resultando na exclusão de determinados indivíduos de acordo com a sua capacidade econômica, volume técnico de defesa, conhecimento dos direitos e deveres, entre outros.<sup>51</sup> Somente desta forma, seria possível assegurar a manutenção da integridade dos direitos inerentes a cada indivíduo.

---

<sup>47</sup> Segundo Wilson Alves de Souza: “Por outras palavras, o acesso à justiça é, ao mesmo tempo, uma garantia e em si mesmo também um direito fundamental; mais do que isso, é o mais importante dos direitos fundamentais e uma garantia máxima, pelo menos quando houver violação a algum direito, porque havendo essa violação, todos os demais direitos fundamentais e os direitos em geral ficam na dependência do acesso à justiça (SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à Justiça*. Dois de Julho: Salvador, 2011, p. 84)

<sup>48</sup> Segundo o autor há inúmeros problemas que são focalizados com obstáculos ao acesso à justiça, dentre os quais, cita o problema educacional, socioeconômico, cultural, o custo do processo e o tempo gasto para o deslinde do feito. (Ibidem)

<sup>49</sup> Ibidem, p. 30

<sup>50</sup> Ibidem, p. 36

<sup>51</sup> Apresentando críticas ao sistema americano de justiça e seu custeio, Deborah L. Rhode sustenta que: “*In conventional usage, the concept seems largely procedural. "Equal justice" is usually taken to mean "equal access to justice," which in turn is taken to mean access to law. But as is frequently noted, a purely procedural understanding by no means captures our aspirations. Those who receive their "day in court" do not always feel that "justice has been done," and with reason. The role of money and special interests in the legislative process often skews the law to insure that the "haves come out ahead." Procedural hurdles and burdens of proof may prevent the have-nots from translating formal rights into legal judgments. And post-judgment power relations*

### 2.3.2.2 Cumprir o Contrato Social é garantir o acesso à justiça?

Por falar em garantidor do atendimento à justiça social, surge questionamento que ultrapassa os limites desenhados pelo Projeto de Florence. Nele, como mencionado, a preocupação ateu-se, basicamente, ao funcionamento do Poder Judiciário. Os idealizadores italianos preocupavam-se com a construção de medida de resoluções para obstáculos no exercício do direito ao acesso à justiça, pois sem ele, haveria, segundo a perspectiva ali desenhada, o estabelecimento de graves instabilidades sociais, pois, ou existiria preferências na tutela de direitos de determinadas classes, ou omissão plena por parte do Estado-Juiz, o que poderia conduzir à prevalência da regra do mais forte.

Porém, ao que transparece, pouco não se deteve necessariamente com a vinculação do acesso à justiça e os contornos da norma a ser aplicada. Não era outro o comportamento esperado. Isso porque, no momento histórico em questão, ainda havia grande interferência do movimento positivista puro, onde as leis eram fontes predominantes e que resultavam na necessidade incontestada do atendimento ao quanto estabelecido pelo comando ali constante.

---

*between the parties may make legal victories too expensive and difficult to enforce, or may prompt legislative backlash. Those who win in court may still lose in life.*

*These difficulties are seldom acknowledged in bar discussions regarding access to justice. Their prevailing theme is that more is better, and their focus is on how to achieve it. But these discussions leave a host of conceptual complexities unaddressed. Even from a purely procedural standpoint, what does meaningful access to law imply? If, as is commonly assumed, it also entails access to legal assistance, how much is enough? For what, for whom, and from whom? What kinds of matters and which potential clients should receive assistance? When do legal services need to come from lawyers rather than from other qualified providers? Should government funding extend only to those who are officially deemed poor or to all of those who cannot realistically afford lawyers? How much claiming and blaming is our society prepared to subsidize? How do legal needs compare with other claims on our collective resources? And, most importantly, who should decide? (RHODE, Deborah L. *Acces do Justice*. New York. Oxford University Press. 2004, p. 46).* Em tradução livre: Numa perspectiva ordinária, o conceito transparece numa grande perspectiva procedimental. "Igualdade de justiça" costuma ser entendida como "igualdade de acesso à justiça", o que, por sua vez, significa acesso ao direito. Mas, como é frequentemente observado, um entendimento puramente procedimental não capta nossas aspirações. Aqueles que gastam seu "dia no tribunal" nem sempre sentem que "a justiça foi feita", e com razão. O papel da moeda e dos interesses especiais no processo legislativo muitas vezes prejudicam a lei para garantir que os "ricos saem à frente". Os obstáculos processuais e os ônus da prova podem impedir que se traduzam direitos formais em julgamentos legais. E as relações de poder pós-julgamento entre as partes podem fazer vitórias legais muito caras e difíceis de impor, ou podem provocar reações legislativas. Aqueles que ganham no tribunal podem ainda perder na vida.

Essas dificuldades raramente são reconhecidas nas discussões sobre o acesso à justiça. Seu tema predominante é que mais é melhor, e seu foco está em como alcançá-lo. Mas essas discussões deixam uma série de complexidades conceituais sem solução. Mesmo do ponto de vista puramente processual, o que implica o acesso significativo ao direito? Se, como é comumente assumido, também implica acesso a assistência jurídica, quanto é suficiente? Para quê, para quem, e de quem? Que tipos de assuntos e quais clientes potenciais devem receber assistência? Quando os serviços jurídicos precisam vir de advogados e não de outros provedores qualificados? O financiamento do governo deve estender-se apenas aos que são oficialmente considerados pobres ou a todos aqueles que não podem realisticamente pagar advogados? Quanto reivindicar e culpar nossa sociedade está preparada para subsidiar? Como as necessidades legais se comparam com outras reivindicações sobre nossos recursos coletivos? E, o mais importante, quem deve decidir?

Durante muito tempo, em decorrência do ideal oriundo da Revolução Francesa, o direito brasileiro – e os demais sistemas alienígenas que decorreram do Direito Francês – trouxe para si a norma como sendo o fim de toda aplicação jurídica. Isso significa dizer que a justiça somente seria alcançada com o ideal básico de subsunção, onde a regra deveria encaixar perfeitamente com o caso prático apresentado. Aquilo que não se amoldasse de forma adequada seria desinteressante para o sistema e, com isso, desprovido de significado a justificar o movimento de toda a máquina judicial.

A desobediência aos ditames legais representa uma flagrante ofensa à vontade coletiva, pois conforme o entendimento exposto por Rousseau em sua obra “Do Contrato Social”<sup>52</sup>, a lei se desenhava como sendo a expressão da ânsia de todos e, por conta disso, deveria ser respeitada, assim como se faz com os preceitos religiosos. Tratava-se de uma forma hábil para estancar a vontade dos homens que detinham o poder. Por ser uma criação da coletividade, em sua formatação havia a designação dos anseios do todo em detrimento ao que desejava o particular.

O filósofo parte da ideia de que a vida do indivíduo é tangenciada pelo encontro de vontades entre os seres que compõem o agrupamento social, o que é, por ele denominado de contrato social. Sustenta que este acordo é construído em torno do Estado que, por sua vez, nada mais seria do que a organização das forças de cada indivíduo num elemento singular. Essa reunião, então, assegura ao Estado, a soberania da necessidade coletiva sobre a particular em atenção ao bem comum<sup>53</sup>.

É exatamente a partir dessa noção de união de forças e de coletividade que Rousseau constrói o seu conceito de justiça. Segundo o pensador, a reunião de vontades que se somam acaba por resultar numa relação de tal forma coesa que dificilmente a ofensa a uma destas vontades não reflita na coletividade. Sendo todos, então, formadores das leis e, por consequência, do Estado, cada um dos membros é dotado de isonomia, o que demonstra a efetiva configuração do conceito de justiça.

Somente com o estabelecimento de um corpo normativo é que se assegura a liberdade dos indivíduos que compõem o contrato social, pois o reconhecimento de direitos destinados a cada

---

<sup>52</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: L&PM, 2007.

<sup>53</sup> Para Rousseau, “Ora, como os homens não podem engendrar novas forças, mas somente unir e dirigir aquelas que existem, não têm outro modo, para se conservarem, que o de formar, por agregação, um conjunto de forças que possa sobrepujar a resistência, de acioná-las para um único objetivo e fazê-las operar em concerto.” (Ibidem, 2007, p. 26)

garante-lhes o exercício da vontade. A formação do Estado confirma a transmutação do estado de natureza para o cívico. Isso faz com que não haja a hierarquia das vontades individuais, resultando na ausência de sobreposição de direitos entre os indivíduos. Apenas o Estado deve subjugar a vontade do particular.<sup>54</sup>

Ao construir o convívio social, o homem abre mão do exercício da força física para se submeter à força moral imposta pelo Estado<sup>55</sup>. Assim, restaria assegurada a liberdade do cidadão, pois diante do ente abstrato, todos são iguais, já que suas vontades são as fontes formadoras da legislação. Simplificando, se cada um é detentor de uma peça do quebra-cabeça, o desenho final decorrente do alinhamento das partes pertencerá a todos em igualdade, pois, cada pessoa posicionou uma estrutura na formação do todo.

Porém, apesar da perfeita construção teórica, na sua incidência prática, Rousseau reconhece que a paz social não é algo facilmente alcançado. Isso porque, durante a elaboração das leis, há, sim, a imposição da vontade de um grupo determinado de pessoas que afastam as leis humanas da perfeição das leis naturais. Acredita o pensador que o homem é bom por natureza – daí o reconhecimento de que a lei natural é boa, perfeita – e que há uma desvirtuação do indivíduo quando da vivência em comunidade. Não o individual, mas o coletivo é que desnatura a condição de bondade e tranquilidade do ser humano<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> “Esta passagem do estado de natureza ao estado civil produz no homem uma mudança notabilíssima, substituindo em sua conduta o instinto pela justiça, e dando às suas ações a moralidade de que não dispunha anteriormente. É só então que, a voz do dever sucedendo ao impulso físico e o direito ao apetite, o homem, que até então apenas havia olhado para si mesmo, é forçado a agir tomando como base outros princípios e consultando sua razão antes de ser influenciado por suas tendências” (IbIdem, p. 31)

<sup>55</sup> Prosseguindo nos ensinamentos de Rousseau: “O mais forte nunca é suficientemente forte para ser sempre o senhor, se não transformar sua força em direito, e a obediência em dever. Daí o direito do mais forte, direito tomado ironicamente na aparência (...). A força é uma potência física, não vejo qual moralidade poderá resultar de seus efeitos. Ceder à força, é no máximo um ato de prudência. Em que sentido poderá ser um dever?” (IbIdem, p. 20)

<sup>56</sup> Em posicionamento contrário há o pensamento de Hobbes, segundo o qual o homem é detentor maldade por sua própria natureza. A convivência comunitária, na realidade, seria apenas um mecanismo de defesa contra-ataques mais fortes do que o que poderia suportar, o que levaria o indivíduo à morte. O Estado de animosidade é bastante saliente nesta linha de pensamento, posto que o homem somente se reunia com seu semelhante a fim de sobreviver a ataques vindos de outro agrupamento ou outro indivíduo que, por ser mau de natureza, atacaria apenas para sanar seus desejos.

Esta contraposição de pensamento é destacada na teoria filosófica que se debruça sobre o estudo de ambos pensadores. Nos dizeres de Miguel Realle, “Hobbes contrapõe-se o otimismo de Jean-Jacques Rousseau, crente da bondade natural dos homens, que teriam vivido um período paradisíaco, até o momento em que, pela má-fé de alguns, teriam sido levados a aceitar um pacto leonino de sociedade. Para Rousseau, o homem natural é um homem bom que a sociedade corrompeu, sendo necessário libertá-lo do contrato de sujeição e de privilégios, para se estabelecer um contrato social legítimo, conforme a razão (REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 138)

O ideal de justiça, portanto, seria o atendimento ao comando legal. Apenas neste trilhar é que seria possível se falar em paz social, pois, assim, restaria assegurada a liberdade individual, e por consequência o atendimento à vontade de cada indivíduo. O Estado acompanharia o exercício desta autonomia, limitando-a com a moldura da lei. Apenas desta forma é que seria possível se falar em comportamento justo: os homens são livres, porém com o exercício de sua vontade limitado ao parâmetro estampado na Lei que, por sua vez, é a reunião dos anseios de todos os componentes do contrato social.

A mudança de pensamento e a introdução de um horizonte antes não visualizado resultou no reconhecimento segundo o qual o “contrato social”, em alguns casos, não se apresenta com a justiça que se espera. A sociedade em constante ebulição consegue explodir em situações antes inexistentes, o que imprime ao Poder Judiciário uma atenção redobrada para as situações a ele apresentadas, pois os conflitos dali decorrentes podem, simplesmente, não constar no arcabouço normativo ou, simplesmente, imprimir uma necessária interpretação divergente daquela praticada até os dias atuais. Isso implica dizer que, muito mais do que o cumprimento do quanto determinado na norma, o Estado-Juiz deve buscar garantir o amplo acesso à justiça com o estabelecimento de decisão justa.

### 2.3.2.3 O acesso à justiça e a busca pela decisão justa

Apesar de não ser o foco central do presente trabalho, não se pode deixar de tecer comentários – ainda que limitados – sobre o complexo conceito de justiça. Isso porque, perfilhando uma análise ampliada e superficial sobre o tema, percebe-se, desde já, que a perspectiva do “justo” atualmente não se coaduna de forma perfeita com aquele mesmo parâmetro existente anteriormente, posto que a ideia de justiça, antes, era alcançada com o atendimento aos ditames legais, postura esta questionada na época hodierna.

De fato, a missão que busca preencher – ou pelo menos tentar fazê-lo – o conceito de “justiça” é por demais árdua e demandaria um ensaio específico sobre o tema. Essa expressão tem em sua essência da pluralidade semântica, o que autoriza a sua incidência em diversas perspectivas que poderão abranger tanto o próprio sujeito em seu aspecto intrínseco, como as condutas por ele perpetradas.

Segundo o pensamento de Platão<sup>57</sup>, apesar da ideia de justiça encontrar-se além da intelectualidade dos homens, sua percepção se torna palpável desde o momento em que cada indivíduo vem à lume. Por ser algo divino, a justiça não é alcançada, mas sim reconhecida pelo ser humano, pois precedente à sua existência. O que se constrói com a evolução social é a justiça dos homens, sendo esta relativa e falível, pois passível de imputações equivocadas.

Partindo-se dessa configuração ideal, aos homens caberia apenas a atividade inspiradora. Em outras palavras, diante dessa justiça divina imutável, deveriam ser extraídos os princípios considerados como adequados para o governo da Politéia, o que, por sua vez, era uma atividade destinada aos filósofos. Trata-se, assim, de um ideal que ultrapassa a capacidade humana.

A noção de justiça ultrapassa as medidas da *psiché* humana, alcançando a todo e qualquer infrator, que não poderá se omitir da sua incidência. A limitação humana não pode ser utilizada como baliza para reduzir a amplitude do conceito determinado pelo filósofo grego.

A dificuldade com o estabelecimento da noção de justo se prolonga no tempo e incendeia o pensamento de diversos filósofos ao redor do mundo. Resgatando o entendimento de Platão, a ideia de Justiça para Santo Agostino<sup>58</sup>, parte de uma perspectiva metafísica, lastreada na palavra decorrentes dos escritos religiosos. Para este pensador, haveria uma cidade de Deus com suas leis (*lex aeterna*) e a Cidade dos Homens com suas normas próprias (*lex temporalem*). Isso demonstra a manutenção da discussão já travada entre a lei divina e a lei dos homens, analisando a sobreposição de uma para com a outra, ou mesmo o estudo das suas diferenças.

Voltam-se os olhares, novamente, para os ideais platônicos de justiça divina irretocável e justiça humana como sendo algo transitório e eivado de perfeição. A criação do ser humano deve conjugar com aquela apresentada pelo divino, porém, deverá limitar-se ao âmbito atual, não podendo ampliar sua atuação para além do comportamento social, pois este é de atuação da justiça divina.

Enraizada nos planos celestiais, esta justiça se baseia nas leis divinas que, como já mencionados, são perfeitas, infalíveis, imutáveis e justas em sua essência. Um ponto interessante a se destacar é que, segundo Santo Agostino, a justiça divina não é apenas aquela

---

<sup>57</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 88

<sup>58</sup> AGOSTINHO, Santo. *Os pensadores*. 5 ed. São Paulo: Nova Cultura, 1999. p. 100

criada por Deus, mas, também, uma justiça que se perfaz na própria justiça humana, ou, em outras palavras, também será aquela lei que Deus cria através dos homens.

Caberá às leis dos homens se inspirarem na lei divina, pois esta é a mais importante fonte legal existente. Apesar disso, ainda nascem com falhas, o que é consequência direta das imperfeições inerente ao ser humano. Apenas o Deus é perfeito, sendo que toda a criação decorrente do indivíduo carregará consigo falhas, sendo, portanto, levadas a um nível menor de importância.

O magistrado moderno não está mais vinculado a uma divindade ou a uma lei superior àquela construída pelo legislativo, porém, não por isso, afasta-o da obrigação de sempre se questionar sobre o que vem a ser o justo na condução de um rito procedimental ou mesmo na construção de sua decisão. Sem se afastar dos pilares de sustentação do ordenamento jurídico, terá ele a liberdade de gerir os contornos necessários para a busca de uma decisão que permeie pela efetivação da justiça. Para tanto, a saliência da valorização da ética deverá ser sempre sustentada pelo julgador quando da adoção das condutas necessárias para o correto processamento do feito.

Aliás, a questão envolvendo a ética como elemento configurador da justiça vem sendo destacado desde os pensamentos de Aristóteles<sup>59</sup>. Em seus escritos, afirma o filósofo grego que Justiça seria a reunião dos pontos de vista dos sábios; da opinião dos componentes da sociedade e das experiências práticas. A reunião destes elementos será analisada e avaliada dentro de uma visão ampla do problema.

Apresenta divergência do pensamento platônico, na medida em que possui elementos meios metafísicos e mais reais ao que busca a coletividade. Porém, concorda no sentido de que a propalada “justiça dos homens” deve ser exercitada no plano político. Juntamente com a coragem, a benevolência e demais virtudes, o autor trabalhou com o ideal de Justiça em sua obra *Ética a Nicômaco*.

Com um forte cunho ético, Aristóteles afirma que o homem é um animal naturalmente político e que tem como fito a convivência em sociedade. Sabedor da ideia de bem e mal; de justo e injusto, o ser humano tende a comportar-se de forma ética para que haja a pacificação da convivência com seu semelhante e, por via de consequência, da aplicação da justiça quando houver um desvio de comportamento. O estabelecimento de um comportamento e de uma

---

<sup>59</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 90.

educação dentro de parâmetros éticos é de fundamental importância para o desenho do ideal de justiça.

O processo civil não pode ser visto como um fim em si mesmo. Apesar do pensamento Aristotélico remeter à priscas eras, a inspiração em seu ideal de eticidade deve ser salientada no trato da temática. O que se coloca em evidência não é apenas a incidência da norma jurídica abstrata ao caso concreto. Para muito além disso, o sistema processual deverá ter os olhos voltados para os resultados que a sociedade espera de um julgamento equânime e que se consiga a efetiva pacificação do conflito<sup>60</sup> apresentado com a demonstração para a coletividade das desvantagens da manutenção daquela tensão.

Sobre o tema, destaca-se o pensamento de Hume sobre justiça. Para este autor, o ideal de justiça não é algo natural, pois existe a partir do egoísmo de cada indivíduo e da sua generosidade limitada, vinculado à escassez de recursos naturais suficientes para prover a vontade de cada pessoa. Sendo assim, o pensamento comunga do sentimento de que Justiça deve ser algo vinculado às impressões de cada um. Não há uma justiça universal, mas apenas pontuais que, de acordo com sua linha de entendimento, é formada pelos anseios de cada agrupamento social.

É interessante destacar que para o autor, não existe um conceito de justiça racional, mas apenas subjetiva. Sente-se aquilo que é justo, pois não é possível dissociar-se o dever de justiça das impressões sentimentais. Com isso, o conceito de justiça ganha maleabilidade para que haja sua alteração no transcorrer dos tempos. Inexistiria, portanto, uma justiça única e imutável.

Nesta linha de intelecção, deve-se lembrar que este ideal é formado a partir dos elementos psíquicos de cada indivíduo; de cada agrupamento social, pois construído em decorrência de dois aspectos essenciais: a experiência histórico-cultural adquirida e a sua satisfação. Assim seria possível alcançar o ideal de justiça, o que torna sua percepção variável.

---

<sup>60</sup> Para Francesco Carnelutti: “O gérmen da discórdia é o conflito de interesses. Quem tem fome, tem interesse em dispor de pão com que se saciar. Se são dois os que têm fome e o pão basta apenas para um, surge o conflito entre eles. Conflito que, se os tais são incivis, se converte numa luta: em virtude desta, o mais forte se sacia e o outro continua com fome. Em contrapartida, se fossem inteiramente civis ou civilizados, dividiriam o pão entre eles, não segundo suas forças, mas segundo suas necessidades. Mas pode ser também um estado de ânimo do qual não surja a luta, mas que lhe propicie surgir de um momento para outro: um dos dois quer todo o pão para si e o outro se opõe a isso. Uma situação dessas ainda não é a guerra entre ambos, mas a contém em potência, de onde se conclui que alguém ou algo deve intervir para evitá-la. Esse algo é o processo, que se chama civil porque ainda não surgiu o delito que reclama a pena; e a situação, frente a qual intervém, toma o nome de litígio ou lide” (CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um PROCESSO*. 4ª. ed. trad. Hebe Caletti arencó. Sorocaba: Editora Minelli, 2006. p. 3)



A justiça, para Hume, seria inventada pelo homem, posto que não é natural. Ela decorre de impressões humanas que estão vinculadas às experiências de vida e servem para a construção dos julgamentos morais. Isso significa dizer que o conceito de justiça é posto como algo diretamente vinculado ao ser humano e não relacionado com um jusnaturalismo, o que significa dizer que cada pessoa possuirá um senso de justiça próprio, pois detentor, na sua formação, da conjugação das experiências de vida. “Se houvesse um amor universal entre todas as criaturas humanas, ele se manifestaria do mesmo modo”<sup>61</sup>.

Partindo-se da ideia do contrato social anteriormente mencionada, afirma-se que o comportamento justo seria aquele adotado em conformidade com o dispositivo legal e, por consequência, o atendimento à justiça estaria na subsunção por parte do magistrado do fato concreto à norma abstrata de maneira incontestada. Qualquer conduta que passasse à margem do quanto determinado legalmente carregaria consigo a pecha de uma postura injusta, pois não atenderia aos anseios da coletividade<sup>62</sup>.

Esta perspectiva, segundo Clarissa Braga Mendes<sup>63</sup>, compreende o preenchimento do ideal de justiça a partir da linha denominada de legalista, ou seja, a justiça formal, que, por sua vez conduziria de forma mais facilitada ao desejo de manutenção da segurança jurídica. Ora, conhecendo-se a lei, haveria uma determinada previsibilidade dos efeitos desejados pelo sistema, o que significa dizer que bastaria a identificação da norma para que fosse possível prever o resultado de cada ato adotado pela pessoa.

Porém, além do viés formal, não se pode esquecer a existência da justiça pelo seu âmbito material – também conhecida como ideia substancial de justiça. Para tais casos, a mencionada autora suscita os ensinamentos de Nicola Abbagnano para concluir que esta outra face do ideal de justiça abrange a eficiência propriamente dita da norma, ou seja, a capacidade que a regra legal tem de atuar diretamente nas relações travadas entre os indivíduos.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> HUME, David. *Tratado Sobre a Natureza Humana. As circunstâncias de justiça*. In: MAFFETONE E VECA (Orgs.). A ideia de justiça de Platão a Rawls. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 169.

<sup>62</sup> KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. Trad. João Batista Machado. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.4

<sup>63</sup> MENDES, Clarissa Braga. *Segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2010. Disponível em: < [http://imagens.idp.edu.br/component/docman/doc\\_download/173->](http://imagens.idp.edu.br/component/docman/doc_download/173->); acesso em: 25 maio 2015.

<sup>64</sup> Conclui a autora: “Portanto, esse filósofo define Justiça a partir da eficiência do sistema normativo frente a uma determinada estrutura social. A questão que orbita em torno desta capacidade ou eficiência de uma norma em possibilitar as relações humanas é se saber qual o critério para aferir esta capacidade.” (Ibidem)

De fato, aderindo ao entendimento de Herbert Hart, a ideia de justiça deve ser vista como algo complexo. Em sua obra “O conceito de Direito”<sup>65</sup>, o mencionado autor afirma que quando se fala em justiça, deve-se elaborar uma análise partindo-se do preceito de tratamento de maneira igual casos semelhantes além do estabelecimento de critérios que consigam diferenciar o que são qualificados como casos semelhantes ou não, pois pode haver hipóteses em que tal identificação não se apresente de forma evidente. Portanto, perfilhando o entendimento elaborado por Hart, a ideia de justiça estaria preenchida quando atendido o princípio da igualdade em sua perspectiva material, o que assegura o tratamento desigual aos desiguais na medida em que se desigualem.<sup>66</sup>

Michel J Sandel afirma, em sua obra “Justiça” que “as teorias de justiça antigas parte da virtude, enquanto que as modernas começam pela liberdade”<sup>67</sup>. Apesar da perspectiva múltipla que o ideal de justiça apresenta, segue-se a linha de entendimento segundo a qual a mera observância restrita do quanto contido no texto de lei não será suficiente para a sua concretização. Portanto, ao afirmar que o indivíduo tem o direito ao acesso à justiça, na perspectiva ora utilizada, ultrapassa-se a limitação de mera provocação do Estado para alcance de uma decisão formalmente justa, mas, a busca por uma manifestação judicial que seja capaz de trazer a sensação do justo para toda coletividade de forma eficaz na perspectiva dos fatos.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 4.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p.174

<sup>66</sup> Para Clarissa Braga Mendes, “o próprio ordenamento jurídico oferece mais de uma solução juridicamente possível ao mesmo caso. Isso se observa ante a verificação cotidiana da existência de decisões diferentes para casos idênticos. Observe-se, ainda, que o “ordenamento” jurídico nada tem de “ordenado”, trata-se, na verdade, de um todo desorganizado de normas, se examinado abstratamente, e que somente se organiza no momento da aplicação. Portanto, é o intérprete que racionaliza a irracionalidade do ordenamento jurídico a partir de um caso posto a exame para, posteriormente, aplicar determinada norma. Esse procedimento de racionalização é a própria aplicação do Direito.” (MENDES, Clarissa Braga. *Segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2010. Disponível em: <[http://imagens.idp.edu.br/component/docman/doc\\_download/173->](http://imagens.idp.edu.br/component/docman/doc_download/173->); acesso em: 25 maio 2015)

<sup>67</sup> SANDEL, Michael J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2013, p. 18

<sup>68</sup> Em seu livro, “Justiça. O que é fazer a coisa certa” Michael J. Sandel utiliza-se de diversos exemplos para busca a explicação do ideal de justiça a partir da perspectiva de pensadores filosóficos clássicos. Diante de sua linha de entendimento, o autor afirma que: “Nos dias atuais, a maioria das discussões sobre justiça é a respeito de como distribuir os frutos da prosperidade ou os fardos dos tempos difíceis e como definir os direitos básicos dos cidadãos. Nesses campos, predominam as considerações sobre bem-estar e liberdade. Mas discussões sobre o que é certo e o que é errado nas decisões econômicas nos remetem frequentemente à questão de Aristóteles sobre o que as pessoas moralmente merecem, e por quê.” [...] “Para saber se uma sociedade é justa, basta perguntar como ela distribui as coisas que valoriza – renda e riqueza, deveres e direitos, poderes e oportunidades, cargos e honrarias. Uma sociedade justa distribui esses bens da maneira correta; ela dá a cada indivíduo o que lhe é devido. As perguntas difíceis começam quando indagamos o que é devido às pessoas e por quê.” [...] “A ideia de que a justiça significa respeitar a liberdade e os direitos individuais é, no mínimo, tão familiar na política contemporânea quanto a ideia utilitarista de maximizar o bem-estar” (Idem, pp. 20/28/29)

#### 2.3.2.4 A perspectiva do ideal abstrato de justiça a partir do julgador “criativo”

Com a evolução social passou-se a reconhecer que não seria mais possível restringir as hipóteses de intervenção do Poder Judiciário apenas aquelas situações em que houvesse previsão normativa. Os anseios sociais eclodiam em constante mutação, fazendo com que a permanência do Estado nos moldes positivistas absolutos resultasse diretamente na falência de sua estrutura protetiva e efetiva de direitos. O clamor por um magistrado menos afastado da realidade social e mais atuante dentro do quanto deseja a coletividade era um caminho que se apresentava em cores vivas ao Estado-Juiz.

A necessidade de preparação de um julgador com uma imersão social maior do que aquele apresentado pela Revolução Francesa é chancelado por Alexy. Em sua obra “Teoria da argumentação jurídica”, o autor afirma que a aplicação da lei não pode ser decorrente apenas de uma vinculação lógica do fato abstrato à hipótese fática real. Tal conclusão alcançada pelo autor decorre do reconhecimento de que a construção normativa poderá resultar em expressões que são utilizadas de forma imprecisa. Além disso, reconhece a possibilidade de conflito de normas, diante de sua multiplicidade, sem contar com as inúmeras lacunas existentes no próprio sistema.<sup>69</sup>

Para resolver tal conflito, deve-se mudar a perspectiva retirando a norma como o fim da concretização da justiça para reconhecer a necessidade ao atendimento dos interesses do ser humano. Ele é o fim de toda atuação estatal e não o seu meio. Conforme menciona John Rawls<sup>70</sup>, apenas com a relocação do indivíduo ao seu patamar de objetivo central da existência do Estado é que será possível se falar em aplicação da justiça, sendo esta a virtude primária das instituições sociais com a defesa da igualdade e valorização da igualdade entre seus membros.

Percebe-se que a preocupação, de acordo com os novos ditames filosóficos, volta-se para o efetivo atendimento aos anseios sociais. A valorização apenas teórica das normas jurídicas não possui mais espaço numa sociedade que destaca como característica própria o dinamismo das suas relações. Não se fala mais, por exemplo, em igualdade meramente formal; o simples ideal de que todos são iguais perante à lei cede espaço para a busca pela igualdade material, ou seja,

---

<sup>69</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de SILVA, Zilda Hutchinson Schild. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 17

<sup>70</sup> RAWLS, John. *Teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

onde todos são efetivamente iguais e para assegurar essa isonomia deve-se adotar mecanismo legais de tratamento desigual.

Com isso, passou-se a reconhecer a necessidade de imputação da ética na aplicação das normas. As experiências decorrentes dos regimes totalitários Nazistas e Fascistas fizeram com que o positivismo ortodoxo passasse a ser questionado. Apenas obedecer ao ditame legal não, necessariamente, representará o atendimento ao desejo da sociedade que justifica sua existência. O reconhecimento da incompatibilidade faz surgir o movimento interpretativo denominado de “pós-positivismo”.

Há a abertura do pensamento sobre a eficácia das normas do sistema jurídico. Ao magistrado recai a preocupação, não apenas, com a aplicação do texto legal em sua perspectiva estritamente positivista, mas, muito além, deve permanecer atento com os desejos que a sociedade imprime para uma convivência harmoniosa<sup>71</sup>. Passou-se, então, a se atentar com o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, valorizando a incidência dos princípios constantes na Carta Magna, sejam eles implícitos ou explícitos.<sup>72</sup>

Diante disso, é equivocado restringir o acesso à justiça ao mero direito de postulação ao Poder Judiciário. Para muito além, trata-se de um princípio que abrange a busca pela efetivação de um direito inerente ao indivíduo que poderá, ou não, estar expresso nas leis, posto que advindo, em muitos casos, da incidência principiológica existente no sistema. A manutenção da porta de entrada do Poder Judiciário aberta para todos aqueles que participam dos conflitos sociais é apenas uma ponta do *iceberg*, pois dentro das águas ainda há muito mais para ser desbravado. Não se quer apenas o ingresso, mas o exercício de um direito fundamental nascido a partir da perspectiva de pacificação da vivência social, o que significa dizer que a efetividade da decisão prolatada pelo magistrado deve ser o epílogo da estrutura que ora se ergue.

---

<sup>71</sup> Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de seus comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. apud BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3.ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 287)

<sup>72</sup> Defende Ronald Dworkin que o sistema jurídico deve ser formado pelos princípios, por serem estes superiores às leis e, como tal, vinculativos das práticas tanto dos operadores dos direitos como de qualquer outro cidadão. (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 492)

Os Tribunais se despem de sua condição de meros reprodutores legais, nos dias atuais. Magistrados surgem com maior intensidade na realidade social, buscando a efetividade de suas decisões. De nada adiantaria a manifestação prolatada numa decisão judicial se dela não se conseguisse extrair o comando interventor no conflito que a originou. Da mesma forma, pouco útil seria a construção de uma sentença lastrada em lei que não mais atende à dinâmica dos interesses sociais, pois em incompatibilidade com os princípios modernos do sistema jurídico.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> Segundo Boaventura de Souza Santos, os Tribunais Portugueses, atualmente, possuem um protagonismo muito maior do que o que era visto anteriormente. Afirma o autor que este é um movimento que foi imposto ao Poder Judiciário diante de omissões e falhas dos demais Poderes que compõem o Estado, além de uma maior consciência político-social dos indivíduos na busca pela reparação da violação dos seus direitos. Neste sentido, destaca-se o pensamento do autor: “Os estudos que tenho realizado ao longo dos anos sobre o papel e o desempenho dos tribunais em Portugal e outros países mostram que desde a década de 1990 o protagonismo social e político dos tribunais tem vindo a aumentar um pouco por toda a parte. Este protagonismo é particularmente visível no caso dos tribunais constitucionais (TC) e dos supremos tribunais com competência constitucional (STJ). As causas variam segundo o contexto, mas é possível agrupá-las em três grandes conjuntos: as transições políticas; a crise de legitimidade dos outros órgãos de soberania (o poder legislativo e o poder executivo); e a maior consciência dos direitos e da violação dos direitos por parte dos cidadãos, combinada com o maior acesso ao direito e aos tribunais. As transições políticas que determinaram o protagonismo dos tribunais foram obviamente as transições de governos autoritários para governos democráticos e começaram muito antes da década de 1990. Ao longo do século XX, foi-se disseminando a ideia, pioneiramente avançada na Europa por Hans Kelsen na Constituição da Áustria de 1920, de que os governos democráticos devem estar efectivamente vinculados à Constituição por via de controlo jurisdicional. As transições democráticas mais significativas foram as que puseram fim aos seguintes regimes autoritários: o nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália (1945-49); o fascismo em Portugal e na Espanha (1974-76); as ditaduras militares na América Latina (década de 1980); o comunismo dos países da Europa Central e de Leste (1989 e anos seguintes); o apartheid na África do Sul (1993-1996). O desempenho dos tribunais no controlo constitucional posterior às transições tem sido desigual. A instabilidade política de algumas delas fez com que, por exemplo, na Rússia, Boris Yeltsin suspendesse por decreto o TC em 1993 e que, na Argentina, Carlos Menem aumentasse de 5 para 9 o número dos juízes do TSJ, a fim de poder garantir uma maioria de juízes cordatos. Em muitos outros casos, o desempenho tem constituído um contributo importante para a consolidação dos regimes democráticos. Na década de 1990, o TC da Hungria era o órgão do Estado mais respeitado pelos cidadãos, por garantir a irreversibilidade da transição para a democracia. Na África do Sul, os líderes políticos (Mandela e de Klerk) que negociaram o fim do apartheid deixaram intencionalmente por resolver algumas questões políticas para que fossem assumidas pelo TC e, na maioria dos casos, o tribunal não se furtou a essa tarefa.

O outro conjunto de factores que tem ditado o maior protagonismo e visibilidade dos tribunais superiores tem a ver com a omissão política ou mesmo crise de legitimidade dos outros órgãos de soberania, o Legislativo e o Executivo. A omissão política pode resultar de impasses entre as forças políticas no Governo e na oposição ou da falta de prioridade atribuída por essas forças a certas matérias importantes para grupos de cidadãos e contempladas na Constituição. Foi esta omissão que levou o TC da Colômbia, criado pela Constituição de 1991, a protagonizar uma brilhante jurisprudência intercultural (direitos dos povos indígenas) que serve hoje de modelo para toda a América Latina. A crise de legitimidade dos outros órgãos de soberania pode estar associada à corrupção, à crescente distância entre líderes políticos e cidadãos de que resultam decisões políticas irracionais e injustas, em violação patente de preceitos constitucionais. Foi dessa crise que os tribunais italianos emergiram na cena pública, na década de 1990, protagonizando a maior investigação criminal contra a classe política e empresarial da Europa do pós-guerra. Esta acção judicial ficou conhecida por Mãos Limpas e envolveu centenas de personalidades conhecidas.

O terceiro factor do maior protagonismo dos tribunais diz respeito à crescente consciência dos direitos cívicos, políticos, económicos e sociais por parte dos cidadãos, associada à ideia de que as violações dos direitos são injustas e devem ser punidas e reparadas. Para que destas duas ideias resulte o maior protagonismo dos tribunais é necessário ainda (1) que os tribunais sejam independentes e o direito processual facilite o acesso, (2) que sejam corrigidas as assimetrias no acesso aos tribunais (nas nossas sociedades, tem menos acesso quem mais dele precisa), (3) que um número significativo de magistrados viva a paixão racional de contribuir para a democracia fazendo valer os direitos, mesmo que com isso tenha de correr alguns riscos. Enumero todas estas condições para mostrar que, por esta via, o protagonismo dos tribunais não é fácil. Mas a verdade é que tal protagonismo tem

“A justiça é um bem público que deve estar ao serviço do desenvolvimento econômico e social e aprofundamento da democracia”<sup>74</sup>. Com essas palavras Boaventura de Souza Santos afirma que a primeira década do século XXI foi o momento em que a justiça ganhou sua maior visibilidade posto que para além da demonstração de sua estrutura e conflitos internos, os Tribunais passaram a incidir mais diretamente sobre os conflitos que lhes eram apresentados. O protagonismo ao qual o Poder Judiciário se pôs é fruto do desenvolvimento da teoria trazida a partir do trabalho de Cappelletti e Garth e que ganhou novas feições com o desenvolvimento de estudos e pesquisas que passaram a suscitar, como já mencionado, não apenas a garantia do acesso como peça importante para o desenvolvimento de uma sociedade, mas a prolação de uma decisão efetiva, que desague em resultados incontestes para a sociedade como um todo.

Ada Pellegrini Grinover, ao comentar acerca do Projeto Florence, estabelece dois paradigmas resultantes de sua análise. Para a autora o acesso à justiça estabelecido naquele trabalho perpassa pela perspectiva do método de pensamento e de um programa de reformas, o que demonstra um padrão interessante, pois resulta na alteração da visão acerca do problema da prestação da atividade jurisdicional, posto que inaugura a abordagem a partir do cidadão, ou

---

vindo a ser socialmente exigido com cada vez maior insistência, e as razões disto são complexas. Primeiro, as agências internacionais e ONG de ajuda ao desenvolvimento nunca promoveram a luta pelos direitos por parte das classes populares com o medo de que essa luta despertasse impulsos socialistas que acabariam por ser aproveitados pelo "comunismo internacional". Foi só depois da queda do Muro de Berlim que o financiamento do sistema judicial e do acesso ao direito se transformou em prioridade internacional. Além de não haver o perigo do "uso político" do acesso ao direito, era preciso virar os tribunais para as necessidades da economia de mercado. Segundo, a viragem neoliberal fez com que os governos se envolvessem em cada vez mais graves violações do direito e dos direitos. Sempre que os tribunais se mostraram acessíveis, os cidadãos não perderam a oportunidade. O caso mais notável é o do STJ da Índia, que tem ocupado um lugar privilegiado nas expectativas de cidadãos vulnerabilizados, ainda que nem sempre tenha correspondido a essa expectativa. Em tempos recentes, os tribunais brasileiros têm tido um papel significativo na efetividade de algumas políticas sociais, por exemplo, no domínio da saúde. O terceiro factor, e talvez o mais decisivo nos próximos anos, é o inconformismo dos cidadãos perante a eliminação dos direitos sociais e económicos quando os media lhes mostram todos os dias como mesmo em situação de crise os ricos e os super-ricos não cessam de acumular riqueza. A violação dos direitos passa a ser vista como o outro lado do sequestro da democracia e os tribunais passam a ser as instâncias de penúltimo recurso, antes da explosão social.” (SANTOS, Boaventura de Souza. *Tribunais e Democracia*. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ces.uc.pt/index.php?col=opinio&id=8195#.WP3dz9LyuUk>>; Acesso em: 12 maio 2015)

<sup>74</sup> Segundo o autor, “Esta foi a década da visibilidade judicial e o que ela permitiu ver é motivo de desassossego para os cidadãos. Antes de mais, a visibilidade do sistema judicial em conflito consigo próprio ou com o sistema político, em ambos os casos longe do que os cidadãos esperam dele. A última década foi marcada por momentos em que a tensão institucional, usando a comunicação social como palco, atingiu os limites do admissível numa democracia consolidada, se é que não os ultrapassou: alterações aos regimes de férias judiciais; subsistema de cuidados de saúde; regalias remuneratórias; conflitos entre as cúpulas da magistratura judicial e do Ministério Público sobre os poderes na condução do processo judicial, em especial, na condução da investigação criminal; conflitos dentro dos corpos profissionais, entre o Bastonário da Ordem dos Advogados e respectivos Conselhos Distritais, entre a Associação Sindical de Juizes e o Conselho Superior da Magistratura, entre o Sindicato do Ministério Público e a Procuradoria-Geral da República. Estes conflitos institucionais aprofundaram as percepções negativas dos portugueses sobre o sistema judicial e minaram a sua legitimidade social”. (SANTOS, Boaventura de Souza. *Justiça: A década da visibilidade*. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ces.uc.pt/index.php?col=opinio&id=2007#.WP3fhNlyuUk>>; Acesso em: 12 maio 2015)

seja, daquele que se utiliza da justiça e não por aquele que a presta, ou seja, o Estado. “Como programa de reforma, o verdadeiro acesso à Justiça significa buscar os meios efetivos que façam as partes utilizarem plenamente o Estado na solução dos seus conflitos.”<sup>75</sup>

#### 2.4 ACESSO À JUSTIÇA X ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO DUAS FACES QUE SE ASSEMELHAM, MAS NÃO SE CONFUNDEM

Não se pode negar que diante da complexidade existente nas relações sociais, o próprio conceito de justiça, há um afastamento entre o acesso à justiça e o acesso ao direito, já que a primeira linha estaria vinculada ao quanto estabelecido no Projeto de Florence – ou seja, à retirada das barreiras existentes para a prestação da atividade jurisdicional, desde o ingresso propriamente dito ao Poder Judiciário, até a sua saída, com a prolação da decisão judicial e o seu respectivo trânsito em julgado.<sup>76</sup> Enquanto isso, a segunda linha de entendimento segue a ideia de que a manifestação do Estado-Juiz não deve ser oca de eficácia, devendo ser preenchida com o atendimento aos interesses sociais vigente.

Apesar da diferenciação apresentada, não se trata de uma mutação eivada de incompatibilidade entre ambos. Para além disso, o acesso à justiça e o acesso ao direito são facetas que se complementam e, exatamente, por conta disso, devem caminhar de mãos dadas em sintonia para que se consiga chegar ao resultado final desejado por ambos: a busca da pacificação social. Exatamente por se tratar de postura complementares, afirma-se que há um acesso à justiça e um acesso amplo ou efetivo à justiça, sendo que em tais casos, a manutenção da harmonia entre ambos é a postura ideal para a construção de uma sociedade equilibrada.

No caleidoscópio de hipóteses que se vertem ao acesso à justiça, o ingresso ao Poder Judiciário é uma de suas singulares facetas. Há diversos outros caminhos que devem ser cumpridos para a sua efetivação. Ultrapassa-se, portanto, conforme preceitua Eduardo Cambi, o mero aspecto

---

<sup>75</sup> Ainda seguindo os pensamentos da Autora, cumpre destacar que, segundo ela: “Como método de pensamento, o acesso à Justiça leva a uma inversão do enfoque do problema, que há de ser visto agora do ponto de vista do ‘consumidor’ da Justiça, e não do Estado. Isso também conduz a uma abrangente interpretação do §4º do artigo 153 da Constituição, por ele não se assegura apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas se garante o acesso a uma justiça imparcial; a uma justiça igual, contraditória, dialética, cooperatória, que ponha à disposição das partes todos os instrumentos e os meios necessários que lhes possibilitem, concretamente, sustentarem suas razões, produzirem provas, influírem sobre a formação do convencimento do juiz.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 245)

<sup>76</sup> SOUZA, Wilson Alves. *Acesso à Justiça e a Responsabilidade Civil do Estado por sua Denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. Coimbra, 2006, p.19

formal procedimental, pois envolve elementos outros que se espraiam para dentro da relação processual, alcançando a efetividade do direito. Em assim sendo, ao que transparece, o alcance do acesso à justiça amplo deverá ser feito diante da análise do caso específico, pois apenas a concretude da hipótese fática é que manter a acolmatação dos preceitos abstratos ora em comento<sup>77</sup>.

Garantir o acesso à justiça é assegurar aos cidadãos o atendimento aos seus anseios. Isso não significa dizer que haverá a prolação sempre de decisões favoráveis à quem pleiteia, mas representa o ideal da prestação da atividade jurisdicional sempre focada na pessoa, apresentando resultados práticos para a efetivação do ideal de Justiça. É se preocupar com a proteção dos direitos dos indivíduos que compõem a sociedade, especialmente os qualificados como vulneráveis aplicando-se comportamentos diferenciados e, na maioria dos casos, protetivos, que assegurem o desenvolvimento da igualdade no trato social. Trata-se, portanto, sem dúvidas, de um direito fundamental inerente no sistema jurídico e com reflexo em toda a sua estrutura.

A questão do acesso à justiça brasileiro perfilhou por dois pilares: o primeiro marcado pelos estudos referentes à sua viabilidade numa perspectiva coletiva, posicionamento este que muito se assemelha ao ideal decorrente da segunda onda reformista de Capelletti e Garth; outra vertente buscava analisar e, por conseguinte, sugerir alterações, para a grande demanda processual existente. Tinha-se como meta a análise de elementos e mecanismos para a solução dos conflitos individuais, fossem eles pela via judicial ou extrajudicial.

Não se trata, num primeiro momento, de garantia de acesso às minorias. Isso porque, na sociedade brasileira, por muito tempo, quem não tinha acesso à justiça era a maioria da população. A postura negativa de ingresso fazia com que a preocupação do acesso se efetivasse

---

<sup>77</sup> Para Fabiana Alves Mascarenhas e Giselle Picorelli Yacoub: “a preocupação com a real fruição dos direitos - não apenas sob o enfoque formal - levou à redefinição do direito do acesso à Justiça, cujo conteúdo superou a mera possibilidade de estar em juízo, acrescentando-se outros importantes aspectos, orientados à garantia de uma resposta efetiva. O Estado com o dever de apresentar resultado útil ao conflito posto em juízo, através de meios adequados e eficazes, permeados sempre pela efetividade. Nesse contexto, demonstrado está que quando se remete a acesso à Justiça, não se deveria visar apenas o acesso formal das pessoas aos órgãos jurisdicionais, mas também o acesso real, com a proteção efetiva e concreta dos seus direitos e interesses. Vale lembrar que no Brasil, a partir de 1988, com a Constituição Federal, passou-se a assegurar, expressamente - através do Princípio da Inafastabilidade ou Princípio do Direito de Ação -, a proteção de direitos, sejam eles privados, públicos ou transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos), garantindo a apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça a direito, de acordo com o disposto no art. 5º, inciso XXXV”. (MASCARENHAS, Fabiana Alves; YACOUB, Giselle Picorelli. *Acesso à justiça e efetividade na tutela dos direitos: Um olhar para além das reformas*. Encontro Nacional do CONPEDI. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p.145).



muito mais nos contornos do Projeto de Florence em sua primeira onda de obstáculo e solução. A construção social emergida para utilização do Poder Judiciário privilegiava classes mais abastardas, sendo que boa parte da população apenas acessava os Tribunais como réus, não tendo a possibilidade de exercício do seu direito.

De fato, Boaventura de Souza Santos<sup>78</sup> já havia identificado essa necessidade de aproximação da prestação jurisdicional com o que buscava o cidadão comum. Na década de setenta, o autor desenvolveu um estudo empírico a partir do convívio direto na realidade social de uma favela<sup>79</sup> no Estado do Rio de Janeiro durante o período de seis meses. Durante este tempo, passou a analisar o comportamento daquela comunidade como um núcleo social com características próprias que acabaram por resultar na criação de um “direito próprio” denominado pelo autor de Pasárgada.

A partir de então, foi feito um levantamento comparativo entre o sistema jurídico ditado pelo ente estatal e o criado pela comunidade, o que acabou por resultar na demonstração da efetiva dificuldade do cidadão daquela localidade em conseguir a prestação jurisdicional por parte do Estado Juiz. Diante disso, o autor relatou os comportamentos dos indivíduos para a resolução dos seus conflitos de interesses, o que deixou evidente que o Estado, nem sempre seria o destinatário final de tais questões.

Na marcante contribuição de Boaventura de Sousa Santos, acima da demonstração da falibilidade do acesso à justiça, estava a identificação da ausência de monopólio pleno do Estado para a formatação de legislação. Restou evidenciado pelo autor a ocorrência de

---

<sup>78</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada*. *Law and Society Review*, v.12, n.1, outono 1977, p.5-126. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/i354484>>. Acesso em: 8 jul. 2015.

<sup>79</sup> Afirma o autor que: “A favela é um espaço territorial, cuja relativa autonomia decorre, entre outros fatores, da ilegalidade coletiva da habitação à luz do direito oficial brasileiro. Esta ilegalidade coletiva condiciona de modo estrutural o relacionamento da comunidade enquanto tal com o aparelho jurídico-político do Estado brasileiro. No caso específico de Pasárgada, pode detectar-se a vigência não-oficial e precária de um direito interno e informal, gerido, entre outros, pela associação de moradores, e aplicável à prevenção e resolução de conflitos no seio da comunidade decorrentes da luta pela habitação. Este direito não-oficial - o direito de Pasárgada como lhe poderei chamar - vigora em paralelo (ou em conflito) com o direito oficial brasileiro e é desta duplicidade jurídica que se alimenta estruturalmente a ordem jurídica de Pasárgada. Entre os dois direitos estabelecesse uma relação de pluralismo jurídico extremamente complexa, que só uma análise muito minuciosa pode revelar. Muito em geral pode dizer-se que não se trata de uma relação igualitária, já que o direito de Pasárgada é sempre e de múltiplas formas um direito dependente em relação ao direito oficial brasileiro. Recorrendo a uma categoria da economia política, pode dizer-se que se trata de uma troca desigual de juridicidade que reflete e reproduz, a nível sócio-jurídico, as relações de desigualdade entre as classes cujos interesses se espelham num e noutro direito. (SANTOS, Boaventura de Souza. *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada*. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura\\_pasargada\\_passar.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_pasargada_passar.pdf)>; acesso em: 07 abr. 2015)

pluralismo jurídico, ainda que no conflito da formalidade x informalidade. Para muito além de encher os olhos com esperança para existência de um comportamento mais evoluído, este comportamento demonstra a ocorrência de rachaduras no sistema, o que, voltando-se ao início, deixa evidenciada a falha na prestação jurisdicional, ou seja, o não processamento adequado do acesso que tanto se falou neste capítulo. “Em outros termos, a comunidade de Pasárgada remetia à associação de moradores a resolução de conflitos individuais por estar, de fato, impossibilitada de ter acesso à Justiça estatal”<sup>80</sup>.

Nos idos de 2008, o STF demonstrou a impossibilidade de restrição, ainda que de forma indireta, ao acesso à justiça. Sob o manto da análise da possibilidade de estrangeiro impetrar *habeas corpus*, o Ministro Relator Celso de Mello afirmou ser inviável a manutenção dos efeitos da súmula 691, daquele Excelso Tribunal, sob pena de, assim, bloquear o *due process of law*. A mitigação deste princípio, por via de consequência, também refletirá no amplo acesso à justiça, pois deste, aquele é diretamente vinculado. Não caberia, portanto, ao ordenamento jurídico brasileiro, sob a chancela do impetrante não ser nato, criar restrição à impetração do *habeas corpus* quando achar conveniente e necessário<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à Justiça: Um olhar retrospectivo*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>>; Acesso em: 02 maio 2015.

<sup>81</sup> Analisando caso referente à possibilidade de ingresso com *habeas corpus* por estrangeiro, o STF, no julgamento do paradigma abaixo exposto ultrapassou a limitação existente em seu entendimento sumular de número 691. Apesar do mencionado voto referir-se a questões envolvendo direito penal – enquanto que a temática do estudo em questão voltar-se para o direito processual civil e civil – os Ministros deixam evidente a impossibilidade de restrição ao *due process of law* no caso em comento. Afirmam que a manutenção da integridade deste elemento é fundamental para garantir ampla defesa do acusado. Por conseguinte, não se pode negar que, o trato da temática reflete diretamente no âmbito do acesso à justiça, pois, da mesma forma, também será elemento fundamental para assegurar a ampla defesa do acusado numa relação processual. Em assim sendo, destaca-se o julgado, cuja ementa é a seguinte:

**"HABEAS CORPUS" - SÚMULA 691/STF - INAPLICABILIDADE AO CASO - OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE AFASTA A RESTRIÇÃO SUMULAR - ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL - IRRELEVÂNCIA - CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS - PLENITUDE DE ACESSO, EM CONSEQUÊNCIA, AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DA LIBERDADE - NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA - A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW" COMO EXPRESSIVA LIMITAÇÃO À ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO ESTADO (INVESTIGAÇÃO PENAL E PROCESSO PENAL) - O CONTEÚDO MATERIAL DA CLÁUSULA DE GARANTIA DO "DUE PROCESS" - INTERROGATÓRIO JUDICIAL - NATUREZA JURÍDICA - MEIO DE DEFESA DO ACUSADO - POSSIBILIDADE DE QUALQUER DOS LITISCONSORTES PENAISS PASSIVOS FORMULAR REPERGUNTAS AOS DEMAIS CO-RÉUS, NOTADAMENTE SE AS DEFESAS DE TAIS ACUSADOS SE MOSTRAREM COLIDENTES - PRERROGATIVA JURÍDICA CUJA LEGITIMAÇÃO DECORRE DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA - PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (PLENO) - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO "EX OFFICIO", COM EXTENSÃO DE SEUS EFEITOS AOS CO-RÉUS. DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO**

Em seu voto, o Ministro Relator afirmou, expressamente, que a mera condição de estrangeiro, por si só, não pode ser utilizada como meio de limitação da utilização dos mecanismos judiciais hábeis a garantir-lhe a defesa do seu direito à liberdade. O acesso à justiça, portanto, figura-se num princípio amplo, cujos efeitos devem alcançar a todos aqueles que se encontram em território pátrio, o que implica na obrigação do Poder Público em respeitar “as prerrogativas de ordem jurídica e as garantias de índole constitucional que o ordenamento positivo brasileiro

---

**SUMULAR.** - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido o afastamento, "hic et nunc", da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie. O SÚDITO ESTRANGEIRO, MESMO AQUELE SEM DOMICÍLIO NO BRASIL, TEM DIREITO A TODAS AS PRERROGATIVAS BÁSICAS QUE LHE ASSEGUREM A PRESERVAÇÃO DO "STATUS LIBERTATIS" E A OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS". - O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do "habeas corpus", em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. - A condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. - Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. A ESSENCIALIDADE DO POSTULADO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, QUE SE QUALIFICA COMO REQUISITO LEGITIMADOR DA PRÓPRIA "PERSECUTIO CRIMINIS". - O exame da cláusula referente ao "due process of law" permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de "participação ativa" nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. - O direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao "due process of law", além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui processado por suposta prática de delitos a ele atribuídos. O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU. - Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial - notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003 - qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa. Doutrina. Precedentes. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE UM DOS LITISCONSORTES PENAIS PASSIVOS, INVOCANDO A GARANTIA DO "DUE PROCESS OF LAW", VER ASSEGURADO O SEU DIREITO DE FORMULAR REPERGUNTAS AOS CO-RÉUS, QUANDO DO RESPECTIVO INTERROGATÓRIO JUDICIAL. - Assiste, a cada um dos litisconsortes penais passivos, o direito - fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, incisos LIV e LV) - de formular reperfuntas aos demais co-réus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a auto-incriminação, de que também são titulares. O desrespeito a essa franquia individual do réu, resultante da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de reperfuntas, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa. Doutrina. Precedente do STF. (HC 94016, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, DJe-038 DIVULG 26-02-2009 PUBLIC 27-02-2009 EMENT VOL-02350-02 PP-00266 RTJ VOL-00209-02 PP-00702) STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível: <<http://www.stj.jus.br>> acesso em: 23 maio 2015>

confere e assegura a qualquer pessoa que sofra persecução penal instaurada pelo Estado”<sup>82</sup>

Percebe-se que, assim como ocorreu com o movimento mundial, no Brasil, o acesso à justiça também focou seus esforços no aspecto mais prático do que teórico, propriamente dito. Procurava-se, na realidade, a concretização de elementos de cunho inicialmente teóricos no âmbito da realidade vivenciada pelo país. Por conta disso, a busca pela efetivação do acesso à justiça caminha até hoje, já que as necessidades sociais são modificadas constantemente, cabendo ao Poder Judiciário acompanhá-las.

Não se quer dizer, com isso, que a questão se instaurou com os movimentos contra ditadura. A Justiça do Trabalho é um grande exemplo de um período pretérito onde se buscou facilitar o ingresso do trabalhador aos órgãos de tutela jurídica a fim de assegurar o atendimento aos seus direitos. Com a saída do movimento ditatorial houve, sim, um incremento nesta preocupação, ampliando-se o debate sobre o tema com uma preocupação, agora, maior para a efetivação deste direito. Não é por outro motivo que se pode afirmar que “a percepção da noção de acesso à justiça passa por uma leitura ético-moral da Constituição, cabendo aos juízes e tribunais a missão de guardar os 'valores' sociais reconhecidos pela Constituição de 1988”<sup>83</sup>

Sem dúvidas, “a ampliação do acesso à Justiça incrementa a *accountability* horizontal, na medida em que instrumentaliza o cidadão para a defesa de seus interesses, e oferece possibilidades de participação política, principalmente na defesa de interesses difusos e coletivos”<sup>84</sup>. Portanto, ao sustentar contornos de direito fundamental, a Constituição Federal assegura a manutenção elementos balizadores ainda mais forte, pois para além da paridade de

---

<sup>82</sup> Ademais, destacam-se os seguintes trechos do voto: “Nesse contexto, impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante” [...] “O exame da garantia constitucional do “due process of law” permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua própria configuração, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “ex ipso facto”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova e (m) direito de presença e de “participação ativa” nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes”. (grifos no original) (Ibidem)

<sup>83</sup> TEIXEIRA, João Paulo Fernandes Allain. *Acesso à justiça, proporcionalidade e “pílula vermelha”*: entre racionalidade e hermenêutica. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (coord.). *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador: Jus Podvm, 2008, p.91

<sup>84</sup> DESASSO, Alcir. *Juizado Especial Cível: um estudo de caso*. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. 278 p. (Pesquisas, n. 23), p.94

armas no desenvolver do procedimento, a garantia do seu início e também do seu fim de forma eficaz.

Restringir o conceito de acesso à justiça apenas ao elemento de ingresso formal, seria eliminar boa parte dos direitos conquistados ao longo dos tempos, posto que para muito além do ingresso propriamente dito ao Poder Judiciário, o objeto do presente estudo assegura a ideia de uma prestação jurisdicional efetiva e tempestiva, buscando-se manter, assim, a integridade das relações sociais, com a manutenção da eficácia das normas jurídicas estabelecidas.

Interessante o entendimento apresentado por Humberto Theodoro Júnior sobre o tema, demonstrando que o ideal de acesso à justiça não pode se limitar apenas ao cumprimento de regras processuais e procedimentais. Segundo o autor, para além dessas questões, deverá haver preocupação em atendimento e valorização de um complexo de valores vinculados aos parâmetros constitucionais<sup>85</sup>. Desta forma, não haveria equívoco qualquer em afirmar que, atualmente, a concepção de processo perfilha a necessidade de atenção aos programas dispostos na Carta Magna, valorizando, assim, a concretude dos direitos exigidos pela sociedade – e, com isso, estampados em normas materiais.

Acesso à justiça, portanto, ultrapassa a simples noção de facilitação de alcance ao Poder Judiciário. Devem ser impostas lentes que assegurem a sua abordagem como uma garantia da tutela jurisdicional de forma irrestrita, mantendo o alcance a “todo o conjunto de princípios e de direitos básicos de que deve desfrutar aquele que se dirige ao Poder Judiciário em busca da tutela dos seus direitos.”<sup>86</sup>

Apenas manter abertas as portas do Poder Judiciário não atenderá aos anseios sua valorização. O conceito de “acessar”, neste caso específico, deve ultrapassar a noção meramente física, pois, consiste no direito ao tratamento justo, equânime e eficaz, exigindo dos operadores do direito profunda modificação na aplicação do direito. A imposição da mera subsunção às normas abstratas cede lugar à interpretação assegurada pelos princípios jurídicos. Nela, a preocupação com a adequação específica à realidade social é mais saliente, pois, como se sabe, a “norma

---

<sup>85</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo civil brasileiro contemporâneo iluminado pelos princípios constitucionais*. In. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org). *O processo em perspectiva*. Jornadas brasileiras de direito processual civil – homenagem à José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2013, p. 178-179.

<sup>86</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil: introdução ao direito processual civil*, vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 21.

dura” decorrente das leis não possui o condão de acompanhar o desenvolvimento da sociedade, pois é muito menos dinâmica.<sup>87</sup>

#### **2.4.1 Do trato igual aos desiguais ao trato desigual aos desiguais**

A formatação da criação de leis pode ser uma arma de controle social bastante eficaz. São os homens, e não os desuses, que fazem as leis, assim como, também, são os homens que as interpretam e aplicam. Por conta disso, a utilização da lei para subjugar o semelhante foi uma constante ao longo da história. Um exemplo manifesto e recente sobre essa questão está no marco que acelerou a transformação de alguns aspectos da visão filosófica do direito ocidental: o Nazismo. Hitler, utilizando-se de leis, considerou como ausente do âmbito penal o extermínio de Judeus dos países onde invadia e dominava.

Por mais atozes que fossem os atos praticados, os soldados algozes estavam, supostamente, protegidos pelo permissivo legal, que, em tese, representa o anseio da sociedade ao tempo da sua criação. O controle e a estipulação de limites da vida em sociedade condensam-se na figura abstrata do legislador e da sua intenção. *A means legislatories* nada mais é do que o espelho, em tese, da vontade da coletividade.

Não foi por acaso que se utilizou a expressão “em tese” em duplicidade no parágrafo anterior. Isso porque, conforme mencionado outrora, o exemplo trazido a partir da Segunda Guerra demonstra que essa vontade da coletividade pode ser manipulada pelo interesse dos governantes. Seja um visionário pacifista ou um agente bélico extremado, não se pode negar que a criação das normas poderá partir dos seus interesses particulares, servindo de imposição para os demais que, através do seu voto – é verdade – o elegeram como representante, chancelando, daí, a sua legitimidade.

---

<sup>87</sup> Ao tratar do tema referente ao acesso à justiça Watanabe apresenta um rol de elementos que, segundo seu ponto de vista, devem ser assegurados para fazer valer o anseio deste princípio constitucional: “(1) o direito à informação e ao perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre ordem jurídica e realidade socioeconômica do País; (2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo da realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação de instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito a remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo a Justiça com tais características” (WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 135)

A idade média foi o ápice dessa desigualdade legal através da imposição de normas que buscavam beneficiar apenas alguns componentes do teatro da sociedade. A distinção entre classes sociais (ricos e pobres) era o estopim, na maioria das vezes, para justificar o tratamento não equilibrado. A construção legal de castas sociais com vassalos e suseranos é o exemplo explícito de tal situação. Neste período, segundo Carmen Lúcia Antunes Rocha<sup>88</sup>, prevaleceram-se timocracias e regimes despóticos onde a própria lei fomentava o tratamento desigual, fechando-se os olhos para a igualdade tão vangloriada dos dias atuais.

Essas mesmas imposições legais desiguais acabaram por fomentar revoluções praticadas por aqueles que eram alvo de maiores restrições de direitos: os trabalhadores, oprimidos por longas jornadas de trabalho no período compreendido pela revolução industrial; e os burgueses, que sofriam com altos impostos e ausência de liberdade no trato das relações comerciais decorrentes de leis feitas em benefício da monarquia dominante. Estes são exemplos que podem ser lembrados quando se busca demonstrar a ausência de igualdade no trato normativo.

Pensadores como Rousseau<sup>89</sup> defendiam o ideal de que os homens eram iguais, haja vista estarem vinculados ao gênero do ser humano. A única diferença existente entre os homens estava vinculada aos aspectos físicos e psíquicos, singulares a cada indivíduo. Sendo assim, qualquer diferenciação legal que aportasse seres humanos em classes de direitos diferentes seria considerada pelo autor como algo intolerável.

Nesta toada, a Revolução Francesa foi um dos grandes marcos da guinada em busca de uma maior valorização da igualdade entre os agentes sociais. Através do empunhar das armas, buscou-se a derrocada de um sistema considerado abusivo e antiquado, pois não se poderia aceitar a sustentação de uma classe social eivada de privilégios legais – apenas decorrente de sua efetiva casta social – em detrimento de um grande número de pessoas que, através do seu trabalho, sustentavam os privilégios daqueles com o pagamento de altos impostos. Seria necessária a alteração de entendimento e isso somente aconteceu com a mudança do controle social, a partir da queda da monarquia e da elevação da burguesia ao posto máximo de controle estatal.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Os princípios constitucionais e o novo Código Civil*. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista22/revista22\\_73.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_73.pdf)>; acesso em: 02 jun. 2016.

<sup>89</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: L&PM, 2007

<sup>90</sup> Consultando os ensinamentos de Carmem Lúcia Antunes, verifica-se que a autora destaca que “A sociedade estatal ressentia-se das desigualdades como espinhosa matéria a ser regulamentada para circunscrever-se a limites que arrimassem as pretensões dos burgueses, novos autores das normas, e forjasse um espaço de segurança contra as investidas dos privilegiados em títulos de nobreza e correlatas regalias no Poder. Não se cogita, entretanto, de uma igualação genericamente assentada, mas da ruptura de uma situação em que prerrogativas pessoais

Dela decorre a criação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que expõe em seu texto a necessidade de reconhecimento da igualdade dos indivíduos. Fonte de inspiração das Constituições vindouras, ela previu o princípio da igualdade em seu corpo normativo, assegurando, em tese, a necessidade de tratamento isonômico entre as pessoas, apenas pela simples condição de indivíduo.

Apesar do avanço no âmbito formal, não houve alterações significativas na prática. Isso porque, inspirado nos ideais iluministas, a igualdade veio a reboque da valorização do princípio da liberdade. Em outras palavras, destacava-se que todos eram merecedores de tratamento isonômico na medida em que se permitia que cada um adotasse a postura que achasse adequada para o trato em comunidade. A base da tríade da liberdade, igualdade e fraternidade, restou limitada apenas ao âmbito formal.<sup>91</sup>

Ao conferir a liberdade para todos de forma isonômica, a ideia de igualdade permaneceu apenas no aspecto formal. Isso porque, numa relação social, não há como sustentar a noção de que todos ali presentes são idênticos. Assim como Rousseau afirmava, os homens são iguais por serem homens, mas dentro deste gênero há uma diversidade de necessidades que são facilmente observadas, por exemplo, pelo cunho físico e psíquico. O que deveria ser buscado era o tratamento que perfilhasse no sentido da identificação do desequilíbrio existente entre as pessoas para que se buscasse suprir as dificuldades originalmente existentes.

A liberdade conferida tinha apenas como limitação a lei. Esta, por sua vez, atendia aos anseios da nova classe dominante. Os burgueses tomaram as providências necessárias para alteração da legislação anteriormente existente, impondo os seus preceitos a partir da construção de um novo

---

decorrentes de artifícios sociais impõem formas despóticas e acintosamente injustas de desigualação. Estabelece-se, então, um Direito que se afirma fundado no reconhecimento da igualdade dos homens, igualdade em sua dignidade, em sua condição essencial de ser humano. Positiva-se o princípio da igualdade. A lei, diz-se então, será aplicada igualmente a quem sobre ela se encontre submetido. Preceitua-se o princípio da igualdade perante a lei.” (ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Os princípios constitucionais e o novo Código Civil*. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista22/revista22\\_73.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_73.pdf)>; acesso em: 02 jun. 2016, p. 75)

<sup>91</sup> Segundo Michael J. Sandel: “A abordagem de justiça que começa pela liberdade é uma ampla escola. Na verdade, algumas das mais calorosas disputas políticas de nossa época ocorrem entre dois campos rivais dentro dela – o do *laissez-faire* e o da equanimidade. Liderando o campo *laissez-faire* estão os libertários do livre mercado que acreditam que a justiça consiste em respeitar e preservar as escolhas feitas por adultos conscientes. No campo da equanimidade estão teóricos de tendência mais igualitárias. Eles argumentam que mercados sem restrições não são juros nem livres. De acordo com seu ponto de vista, a justiça requer diretrizes que corrijam as desvantagens sociais e econômicas e que deem a todos oportunidades justas de sucesso.” (SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 12 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 29)



corpo normativo. Agregada a esta inovação, estabeleceu-se o entendimento de que os magistrados estavam, também, limitados à moldura legal.

O juiz, escravo da lei, – também conhecido como “boca da lei” -, não tinha liberdade para atuar. Ao contrário: permanecia restritamente vinculado ao que determinava a legislação. Sua função era a de adoção da subsunção da norma abstrata diante do caso prático. Apesar da igualdade conferida, esta era justificada pela ampla liberdade que, por sua vez, mantinha as desigualdades materiais, assegurada pela lei omissa e pelos julgadores que se encontravam limitados à sua mera aplicação, sem nenhuma atividade hermenêutica social mais aprofundada.

A percepção da imersão em graves desequilíbrios veio com o desenvolvimento da sociedade na medida em que sua constante mutação foi ganhando uma velocidade cada vez maior. A inserção de novas tecnologias e a ampliação dos meios de comunicação acabaram por resultar numa troca mais intensa de experiências entre os indivíduos que antes se encontravam separados por distâncias físicas.

A intensificação da evolução tecnológica trouxe, também, a possibilidade de ampliação da incidência do capitalismo. Novos bens de consumo fizeram com que os participantes do meio social desejassem a sua aquisição. Porém, a manutenção de uma legislação extremamente liberal, onde o Estado permanecia praticamente adormecido não era favorável nem mesmo aos desejos capitalistas. Emergiam nas cidades, e no campo, um grupo cada vez maior de oprimidos que necessitavam do apoio do Estado para que conseguissem apenas sobreviver<sup>92</sup>.

A busca pela redução das injustiças mostrou-se como foco principal no desenvolvimento deste novo Estado Social. Cai o liberal e em seu lugar emerge um modelo onde a preocupação foi com a busca pela amenização das desigualdades criadas – e mantidas – pela forma de pensar anteriormente existente. Igualar as desigualdades, na medida em que elas se desigualem: este foi o primado estabelecido a partir de então. O princípio da igualdade deixa o seu plano formal para atuar no âmbito material.

---

<sup>92</sup> Neste sentido, destaca André Ramos Tavares: “O Direito não é um fim em si mesmo, servindo apenas na medida em que proporciona as condições desejadas e adequadas para o relacionamento social seguro. Evidentemente que, nessa perspectiva, o Direito há de refletir as aspirações e valores que a sociedade deseja. É nesse momento, pois, que a carga axiológica da sociedade se faz presente no Direito, especialmente no momento constituinte, ocasião em que os representantes diretos do povo irão marcar as normas fundamentais” (TAVARES, André Ramos. *Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional*. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 23)

Dentre os inúmeros textos internacionais acerca dos direitos humanos, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo art. 10<sup>93</sup> estabelece a necessidade do trato isonômico de todas as pessoas perante o tribunal que, por sua vez, deverá ser independente e imparcial, posicionamento este reforçado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos<sup>94</sup>. Anos mais tarde, o mesmo ideal veio expresso no art. 8º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>95</sup>.

A Constitucionalização deu novas matizes de cores à essa preocupação com a efetividade da prestação jurisdicional<sup>96</sup>. Para além do direito material, o direito processual também experimenta as fortes influências de um sistema que se afasta da vanglorização da simples subsunção da norma para fazer valer-se de uma interpretação principiológica mais concreta.

J.J. Canotilho é firme ao afirmar que há um caleidoscópio por sobre o acesso à justiça, pois além de garantir a defesa a direitos supostamente ofendidos na relação entre os indivíduos ou entre estes e o Estado, também ser reveste como sendo uma garantia institucional com o estabelecimento de procedimentos judiciais adequados para a proteção (caráter repressivo) ou o desestímulo (caráter preventivo) destas agressões.<sup>97</sup> Não é por outro motivo que o tema em questão está intimamente ligado ao ideal de democracia, afinal, caberá ao Poder Judiciário a missão de evitar sobreposições de interesses entre os indivíduos.

A Constituição Federal do Brasil é a maior demonstração desse novo pensamento. O legislador constituinte, no *caput* do art. 5º deixa claro que “todos são iguais perante a lei”. Trata-se, é

---

<sup>93</sup> Art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com equidade, por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações, ou para o exame de qualquer acusação contra ela dirigida, em matéria penal”

<sup>94</sup> Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos determinou que “todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda pessoa terá direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei, no tocante a qualquer acusação de caráter penal contra ela formulada ou para determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil”

<sup>95</sup> Art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

<sup>96</sup> Sobre o tema, Wilson Alves de Souza conclui que: “Sendo assim, toda vez que houvesse violação a direito ou garantia substancial, não fosse o acesso à justiça, esses direitos e garantias não teriam como ser exercidos. Por outras palavras, o acesso à justiça é, ao mesmo tempo, uma garantia e em si mesmo também um direito fundamental mais do que isso, é o mais importante dos direitos fundamentais e uma garantia máxima, pelo menos quando houver violação a algum direito, porque havendo essa violação, todos os demais direitos fundamentais e os direitos em geral, ficam na dependência do acesso à justiça” (SOUZA, Wilson Alves de. Acesso à Justiça. Dois de Julho: Salvador, 2011p. 84)

<sup>97</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. São Paulo: Almedina Brasil. 2016, p. 463-468

verdade, de uma expressão que remete ao conteúdo comentado anteriormente, ou seja: à igualdade meramente formal. Porém, esta linha de entendimento é logo desfeita quando se passa a analisar a Carta Magna de uma forma mais detalhada. O art. 3º, por exemplo, estabelece a necessidade de erradicação da pobreza e marginalização, assim como a redução das desigualdades sociais e regionais, além de estabelecer – em seu inciso IV – que o Estado deverá promover o bem de todos, sem preconceitos como de origem, raça, sexo, cor, ou quaisquer outras espécies de discriminação.<sup>98</sup>

Refere-se a uma igualdade para além daquela meramente formal existente anteriormente. Na realidade, está vinculado a um dos princípios estruturantes de todo o sistema jurídico, pois todos nascem livres e permanecem assim por toda sua existência tendo igualdade de direitos. Esta, por sua vez, pode se consolidar em tratamento diferenciado, na medida em que haja a quantificação do equilíbrio no trato social. Apenas com a manutenção da higidez da igualdade material é que se consegue manter a liberdade plena dos indivíduos, sem a subjugação de um perante o outro.<sup>99</sup>

A inserção do sistema jurídico brasileiro no âmbito mais amplo do trato do princípio da isonomia faz com que os direitos fundamentais previstos no Diploma Máximo sejam assegurados a todos, independentemente de qualquer diversidade física, econômica ou psíquica<sup>100</sup>. Aliás, não se refere apenas a um tratamento isonômico, mas, sim, uma abordagem diferenciada das necessidades de cada pessoa/agrupamento social para que, a partir de então, haja a efetiva instauração da igualdade de todos. Conduzir políticas e atividades sociais destoantes uma das outras para assegurar aos indivíduos a mesma potencialidade de usufruir os

---

<sup>98</sup> Ao longo do texto constitucional é possível encontrar diversos elementos que demonstram a preocupação do legislador com o estabelecimento da igualdade material, fugindo do fantasioso mundo da igualdade meramente formal. Pode-se citar, a título de exemplo, o art. 3º, III, o art. 5º, I, o art. 150, II, e o art. 226, § 5º. Assim, diante destas hipóteses aqui mencionadas, percebe-se que há, efetivamente, uma ampla busca pela manutenção do trato isonômico nas mais diversas áreas. Com isso, o trato da matéria referente a igualdade ganha elementos mais alargados, o que assegura a materialização deste princípio, deixando evidente e preocupação do legislador com o mencionado princípio.

<sup>99</sup> Para J.J Canotilho: “A afirmação – todos os cidadãos são iguais perante a lei – significa, tradicionalmente, a exigência de igualdade na aplicação do direito. Numa fórmula sintética, sistematicamente repetida, escrevia Anschütz: ‘as leis devem ser executadas sem olhar às pessoas’. A igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e, como se irá verificar, ela assume particular relevância no âmbito da aplicação da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais. (Ibidem. 424)

<sup>100</sup> Segundo Lênio Luiz Streck, “Se a Constituição condensa normativamente valores indispensáveis ao exercício da cidadania, nada mais importante do que a busca (política, sim, mas também) jurídica de sua afirmação (realização, aplicação). O como laborar isso juridicamente, esta é obra para uma nova dogmática constitucional, cujo desafio é tomar a Constituição uma Lei Fundamental integral.” (STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m)crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014, p. 50)

direitos implantados pela norma abstrata é o caminho a ser perseguido pelo aplicador do direito, pois, conforme defendido por Carmem Lúcia Antunes Rocha, “a igualdade no direito é arte do homem. Por isto o princípio jurídico da igualdade é tanto mais legítimo quanto mais próximo estiver o seu conteúdo da ideia de justiça em que a sociedade acredita na pauta da história e do tempo”.<sup>101</sup>

#### 2.4.2 A igualdade, o acesso à justiça e o processo justo

Diante disso, voltando-se os olhos para o âmbito do acesso à justiça, fala-se muito em processo justo, o que, segundo Leonardo Greco, seria a garantia ao acesso a “todo o conjunto de princípios e de direitos básicos de que deve desfrutar aquele que se dirige ao Poder Judiciário em busca da tutela dos seus direitos”<sup>102</sup>. De nada adianta assegurar o acesso do cidadão ao Poder Judiciário sem que se preocupe com a efetivação da ordem judicial emanada a partir do processo. O procedimento é tão importante quanto o é a entrada no universo dos Tribunais<sup>103</sup>. Será inócuo apenas facilitar o exercício do direito de petição sem a prestação jurisdicional efetiva.

Wilson Alves de Souza afirma que existindo uma porta de entrada, também deverá haver uma porta de saída. Com isso, sustenta o autor que de nada adiantaria apenas assegurar o ingresso se não houvesse a efetiva prestação jurisdicional. O processamento de uma demanda sem o atendimento aos princípios processuais básicos, como isonomia, contraditório e ampla defesa, por exemplo, resultaria numa atuação estatal em completo conflito com os interesses sociais. O que se busca com o acesso à justiça é a garantia de um tratamento isonômico para as partes ali envolvidas.<sup>104</sup>

<sup>101</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Os princípios constitucionais e o novo Código Civil. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista22/revista22\\_73.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_73.pdf)>; acesso em: 02 jun. 2016.

<sup>102</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil: introdução ao direito processual civil*. vol I. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 21

<sup>103</sup> Seguindo este entendimento, destaca-se os ensinamentos de Carrera Alvim que assim afirma: “compreende o acesso aos órgãos encarregados de ministrá-la, instrumentalizados de acordo com a nossa geografia social, e também um sistema processual adequado à veiculação das demandas, com procedimentos compatíveis com a cultura nacional, bem assim com a representação (em juízo) a cargo das próprias partes, nas ações individuais, e de entes exponenciais, nas ações coletivas, com assistência judiciária aos necessitados, e um sistema recursal que não transforme o processo numa busca interminável de justiça, tornando o direito da parte mais um fato virtual do que uma realidade social.” (ALVIM, J. E Carreira. *Justiça: acesso e descesso*. Jus Navigandi, Teresina, ano.7, n.65, mai. 2003. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>; Acesso em: 15 out. 2015)

<sup>104</sup> Neste sentido, destaca-se: “Neste ponto, se é indispensável a porta de entrada, necessário igualmente é que exista a porta de saída. Por outras palavras, de nada adianta garantir o direito de postulação ao Estado-Juiz sem o

Uma sociedade que não dispõe de um sistema judiciário eficiente está fadada ao caos social. O descrédito no poder julgador resulta numa forte instabilidade das relações em comunidade, pois a pressão depreendida pelo Estado na imposição de comportamentos previamente aceitos como adequados – e porque não, justos – apresenta rachaduras e expõe fraquezas que não devem ser observadas pelo cidadão. A vida em sociedade apresenta suas complexidades e cabe àqueles providos da capacidade de julgar as relações fáticas puxar as rédeas do direito imposto por cada um dos envolvidos, no intuito de encontrar o equilíbrio e, com isso, fazer valer o ideal de justiça.

Aliás, a busca pela justiça é um elemento de grande relevância ao longo do tempo. Muitos estudiosos dedicaram-se a estudar sobre o tema, imbuídos no intuito de delinear o que vem a ser, efetivamente o ideal de justiça. A amplitude semântica deste conceito sempre foi – e até os dias atuais ainda assim continua sendo - um chamariz para o desenvolvimento de teses filosóficas nesta busca permanente acerca dos contornos e da noção do justo<sup>105</sup>.

Ao longo do tempo, percebeu-se que a manutenção da higidez desta temática refletiria diretamente na aplicação da tão propalada justiça no âmbito das relações entre os indivíduos ou estes e o Estado. Alcançar o ideal do justo não é uma tarefa das mais fáceis. Inúmeros são os obstáculos encontrados que devem ser vencidos para assegurar a efetivação deste direito fundamental, que abrangem tanto questões de natureza econômica, quanto cultural, ou mesmo organizacional, sem esquecer, efetivamente, aquelas de aspecto procedimental<sup>106</sup>.

O período de redemocratização experimentado pelos países da América Latina fez com que os olhos do mundo se voltassem para estas nações. Organismos internacionais passaram, então, a realizar estudos acerca da formatação do acesso à justiça, como ocorreu, por exemplo, com o

---

devido processo em direito, isto é, sem processo promovido de garantias processuais, tais como contraditório, ampla defesa, produção de provas obtidas por meios lícitos, ciência dos atos processuais, julgamento em tempo razoável, fundamentação das decisões, julgamento justo, eficácia das decisões, etc.” (SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à Justiça*. Dois de Julho: Salvador, 2011, p. 26).

<sup>105</sup> Para Willis Santiago Guerra Filho e Valéria Álvares Cruz, “No que se refere à palavra justiça propriamente dita, esta deriva do latim (de *justitia*, *justus*), assumindo inúmeros significados ao longo dos séculos. Entendida enquanto valor, realização do bem ou da harmonia social, distribuição equitativa (o “dar a cada um o que é seu, ou a cada um o que lhe é devido” dos antigos juristas romanos), efetivação daquilo que é conforme o prescrito em lei, organização judiciária, técnica a serviço de uma ordem, reflete em suas definições o ponto de vista filosófico de cada autor, reunindo em seu arcabouço cores jusnaturalistas, positivistas, axiológicas, racionalistas e outras. É lícito fazer uma analogia entre o conceito de justiça e um espelho, pois este reflete a história das idéias humanas, adquirindo um sentido para cada pensador” (GUERRA FILHO, Willis Santiago; CRUZ, Valéria Álvares. *Ética, Direito e Ciência: no paradigma da complexidade*. Disponível em: <<http://exactaep.com/index.php/eccos/article/view/188/203>>; Acesso em: 03 jun. 2015)

<sup>106</sup> Segundo Marinoni, “A problemática do acesso à justiça, embora já se fizesse sentir no começo desse século, somente se fez perceber com mais intensidade no pós-guerra, até porque o direito de acesso à justiça, com a consagração constitucional dos chamados novos direitos, passou a ser fundamental para a própria garantia desses direitos.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 21)

Banco Mundial<sup>107</sup>. O reflexo de todo esse movimento também foi experimentado pelo Brasil que, como dito, atravessava o caminho da queda da ditadura que perdurou por praticamente toda década de oitenta até eclodir com a promulgação da Carta Magna.

Um Estado que experimentou mais de vinte anos de forte controle arbitrário das forças armadas não poderia apresentar um quadro de justiça agradável aos olhos dos críticos. Ao desnudar o manto da opressão, viu-se um rol de arbitrariedades antes nunca experimentado pelos nacionais. O Poder Judiciário, praticamente, resumia-se a um órgão de chancela, onde sua atividade principal era dar validade às condutas dos militares. Diante disso, a primeira grande preocupação com o sistema judiciário brasileiro era com a manutenção da integridade da autonomia do órgão julgador na aplicação das leis.

Geraldo de Souza Júnior<sup>108</sup>, se destacou ao desenvolver, no final da década de oitenta, estudos acerca do comportamento da população em face do período de mudança que se processava. O reconhecimento – e, também, a inserção – de direitos alcançáveis pelo cidadão comum e a reintrodução no ideal de cidadania no Brasil, serviram com objetivo central da pesquisa. Aliás, não só ele, mas outros autores se dedicaram a abordar esse novo momento da justiça pátria, como ocorreu com Eliane Botelho Junqueira<sup>109</sup>, que logo após a promulgação da Constituição se dedicou a um estudo retrospectivo acerca das instituições jurídicas do país<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> Vide o documento técnico 319 elaborado pelo Banco Mundial sobre a questão referente às reformas por ele qualificadas como necessárias para o setor judiciário de países da América Latina e Caribe. BANCO MUNDIAL. Documento Técnico número 319. O setor judiciário na América Latina e no Caribe. Elementos para reforma Disponível em: < <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>>; Acesso em: 01 maio 2015.

<sup>108</sup> SOUSA JUNIOR, José Geraldo (Org.). *Introdução crítica ao direito*. 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

<sup>109</sup> JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à Justiça: Um olhar retrospectivo*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>>; Acesso em: 02 maio 2015.

<sup>110</sup> É interessante notar que logo no primeiro capítulo do ensaio, a autora estabelece com marco transformador do pensamento vinculado ao acesso à justiça a década de 80, pois, conforme afirma: “Apesar da investigação sobre processos decisórios formais e informais coordenada por Felipe Augusto de Miranda Rosa na década de 70, não se pode falar de uma produção sistemática na área direito e sociedade, ou seja, de uma linha de investigação sobre temas e instituições jurídicas, antes dos anos 80.” [...] “A princípio, poder-se-ia imaginar que o interesse dos pesquisadores brasileiros sobre este tema nos anos 80 estivesse diretamente relacionado com o movimento que havia começado na década anterior em diversos países do mundo, o “*access-to-justice movement*”, o qual, no plano acadêmico, havia justificado o Florence Project, coordenado por Mauro Capelletti e Bryant Garth com financiamento da Ford Foundation (978)5 No entanto, a análise das primeiras produções brasileiras revela que a principal questão naquele momento, diferentemente do que ocorria nos demais países, sobretudo nos países centrais, não era a expansão do welfare state e a necessidade de se tornarem efetivos os novos direitos conquistados principalmente a partir dos anos 60 pelas “minorias” étnicas e sexuais, mas sim a própria necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso tanto em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da histórica marginalização sócio-econômica dos setores subalternizados e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós-64.” (Ibidem)

Efetivamente, ainda, vivia-se num sistema em que o magistrado possuía pouca, ou nenhuma, autonomia para o julgamento. A sua principal atividade era a subsunção da norma abstrata ao caso concreto. Porém, também não se pode negar que durante o período de exceção, até mesmo essa “liberdade” de observância da incidência da lei foi mitigada ao interesse do grupo que se encontrava no poder.

Com a derrocada do poderio das armas e o aprofundamento dos estudos realizado pelos pensadores do direito, a atuação do julgador sofreu alterações. Isso porque, aquele foco antes destinado ao cumprimento estrito da norma jurídica perdeu espaço para questões outras antes inobservadas. Agora, não pode mais o juiz fechar-se em sua sala para apenas proferir sentenças estritamente positivistas. Para muito além disso, ele deverá voltar-se para a realidade social em que se encontra inserto, principalmente quando o trato da situação envolver direitos fundamentais estampados no Diploma Máximo.

O ordenamento jurídico, portanto, deixa de ser um mero sancionador por descumprimento do texto de lei, para se fazer valer da postura de instrumento de transformação social. É a partir da interpretação dos princípios e da adequação da norma infraconstitucional, somada à preocupação com seus reflexos sociais, que se cumprirá o efetivo preceito de justiça desejado. Somente com a reunião destes elementos é que será possível uma renovação metodológica da arte de julgar e, por consequência, solucionar problemas dos componentes da sociedade.

#### **2.4.3 O magistrado como peça fundamental ao amplo acesso à justiça**

A releitura dos institutos processuais e da margem de atuação do magistrado é uma necessidade real. Manter a linha de entendimento existente outrora poderá resultar na aplicação disforme da constitucionalização do direito como um todo. O acesso à justiça passa, portanto, não apenas pela introdução de princípios estampados no topo da cadeia hierárquica. Para muito além disso, se configura na concretização dos objetivos do legislador constitucional com a imposição das formas e mecanismos de resolução de conflitos às alterações sociais, buscando, com isso, o estabelecimento de decisões consideradas como justas.

Aliás, o sistema já apresenta caminhos inquestionáveis neste sentido, tendo como um grande exemplo o Código Civil que traz em seu bojo inúmeras normas qualificadas como conceitos indeterminados. Com isso, conferirá ao julgador a capacidade de complementação de tais

significados ao tempo da prolação da decisão. A depender do momento da busca da prestação jurisdicional, a interpretação garantida àquele dispositivo legal poderá ser alterada, sempre tendo como norte os interesses da coletividade.

A busca pela garantia do acesso à justiça com a consequente manutenção da efetiva prestação jurisdicional mantém a preocupação com a adequação das normas infraconstitucionais e com a postura do magistrado uma constante, afinal “o fenômeno a constitucionalização do processo não se encerrou com o advento da Constituição de 1988”<sup>111</sup>. Efetivamente, o Processo Civil dos dias atuais não se compara com aquele outrora existente.

Portanto, falar em acesso à justiça é ter consigo a ideia da busca pelo direito justo. Neste sentido, Marinoni<sup>112</sup> destaca que o tema, efetivamente, possui vinculação com o ideal de justiça. Aliás, lembra, desmistifica o ideal do juiz neutro, pois tal exigência é descabida diante dos anseios da sociedade. Não há mais espaço para se falar num julgador afastado do turbilhão social. Aquela romântica ideia de que o magistrado deve permanecer isento de qualquer experiência cotidiana e vivendo num mundo completamente desvinculado daquilo que o cerca não mais existe.

Com isso, não se quer dizer que o julgador não será imparcial. Afasta-se o mito da neutralidade para se fazer valer a realidade da isenção de interesses<sup>113</sup>. No lugar de um representante do Estado desconhecedor da realidade social e apenas imerso nas determinações legais, se faz necessário construir um magistrado participativo que, dentro dos limites impostos pelos princípios constitucionais, deve interpretar a legislação da melhor forma a atender aos anseios da coletividade. Para isso, a neutralidade, ao invés de assegurar a garantia de um julgamento justo<sup>114</sup>, afastará o foco central da decisão judicial.

---

<sup>111</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A constitucionalização do processo no direito brasileiro*. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (coord.). *Estudos de direito processual constitucional – homenagem brasileira a Hector Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 54

<sup>112</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1997

<sup>113</sup> Para Dinamarco: “Para cumprir seu objetivo político e atender às exigências da Constituição e da lei, a motivação deve ser tal que traga ao leitor a sensação de que o juiz decidiu de determinado modo porque assim impunham os fundamentos adotados, mas decidiria diferentemente se tivesse adotado outros fundamentos – seja no exame da prova, seja na interpretação do sistema jurídico. Tal é a exigência de coerência na motivação, sem a qual ela é irregular e a sentença, nula. Exige-se também que a motivação seja completa, sem omitir pontos cuja solução pudesse conduzir o juiz a concluir diferentemente. Sempre que a sentença seja repartida em capítulos, cada um deles consistindo no julgamento de uma pretensão, todos eles devem ser precedidos de uma motivação que justifique a conclusão assumida pelo juiz (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 208).

<sup>114</sup> Em sua obra “O que é justiça” Kelsen provoca o tema a partir da passagem bíblica a morte de Jesus de Nazaré que, perante o pretor romano assumiu a condição de rei afirmando que houvera vindo ao mundo com a missão de testemunhar a verdade. Neste momento, foi questionado por Pilatos qual seria o ideal de “verdade”. Prossegue o



Não por outro motivo que Rodolfo Pamplona Filho afirma que a questão da neutralidade pressupõe que não haverá envolvimento entre o cientista e o objeto da ciência, o que se configura como uma postura impossível de ser adotada, pois diante do exercício da atividade cognitiva humana sempre haverá a necessidade de escolha, nem que seja minimamente voltada ao objeto de pesquisa, afastando-se, assim, a postura neutra. “Desta forma, quem exige e impõe uma neutralidade, ao contrário do que se pensa, não está de forma alguma sendo neutro, pois aquele que propugna pela neutralidade acaba tomando uma posição (ainda que seja por esta busca da neutralidade).”<sup>115</sup>

O juiz é um indivíduo como qualquer outro e, como tal, participante da sociedade que o cerca. A diferença existente entre ele e os demais componentes sociais é a autorização conferida pelo Estado para que suas decisões sejam impostas aos seus semelhantes. Porém, qualquer ato seu que divirja da norma abstrata também será submetido ao julgamento e comprovando seu posicionamento contrário, resultará em imposições restritivas e punitivas, assim como ocorreria com qualquer pessoa. Por conta disso, afirma-se, sem qualquer titubeio, que o magistrado se encontra inserido na sociedade, e, portanto, desprovido da neutralidade.<sup>116</sup>

Aquele julgador que busca a aplicação da justiça, e o faz de forma isenta, caminha no sentido do que se espera nos dias atuais. A utilização da razão, do racional na busca pela efetivação da justiça deve ser a mola propulsora de toda construção jurídica<sup>117</sup>. Aliás, sobre a questão da

---

autor afirmando que não houve resposta à pergunta, pois não haveria o objetivo de demonstração da efetiva verdade. Segundo alega, a missão do messias era a propagação da noção de justiça, sendo esta construída a partir dos preceitos por ele ficados como sendo pertencentes ao reino de Deus.

Exatamente por não admitir a justiça espalhada por Jesus de Nazaré, e por entender que ela vinha de encontro à noção persuadida em seu Reino, Pilatos determinou a crucificação do Rei da Galileia.

Diante disso, Kelsen afirma que não há nenhuma questão detentora de tamanha discussão, que não a hipótese da configuração dos parâmetros da Justiça Segundo o autor, trata-se de matéria onde a discussão transborda a mera abordagem científica para alcançar os patamares da passionalidade, com derramamento de sangue e suor sobre esta busca. Inúmeros foram os pensadores que se debruçaram sobre a temática, sendo que, até os dias atuais não há uma resposta plausível para tanto. (KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1998)

<sup>115</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. <Disponível em: [jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2052](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2052)>; Acesso em: 23 jul. 2015)

<sup>116</sup> Ao responder à pergunta acerca da neutralidade do magistrado, Rodolfo Pamplona Filho sustenta que: “A priori, já se pode responder que não. Isto porque é impossível para qualquer ser humano conseguir abstrair totalmente os seus traumas, complexos, paixões e crenças (sejam ideológicas, filosóficas ou espirituais) no desempenho de suas atividades cotidianas, eis que a manifestação de sentimentos é um dos aspectos fundamentais que diferencia a própria condição de ente humano em relação ao frio "raciocínio" das máquinas computadorizadas” (Ibidem)

<sup>117</sup> Para Bobbio, “A miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se.”(BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora UNB, 1997, p. 138) Com isso, fomentou-se o pensamento de que o processo bastada por si. Afirmava-se que ele teria o fim sem si próprio e que, por isso, seria um instrumento da busca pela verdade real. A máxima de que “o que não está nos autos, não está no mundo” demonstra a análise atomizada do processo civil, pois não se conseguiam enxergar que o processo tem como real função a instrumental, ou seja, como um mecanismo para a efetividade da prestação jurisdicional.

utilização da razão, o filósofo Cícero já a destacava ao afirmar que o atendimento irrestrito à razão seria o fio condutor de um ser humano considerado como justo.<sup>118</sup>

## 2.5 O ACESSO AMPLO À JUSTIÇA: UM TRAMPOLIM PARA OUTROS DIREITOS.

Ao se garantir o direito fundamental ao acesso à justiça, estará a se assegurar o trampolim para o atendimento a outros direitos inerentes ao indivíduo, sejam eles numa perspectiva individual ou coletiva. Efetivamente, conforme defendido por Bobbio, “o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político.”<sup>119</sup>. Segundo o autor o cerne da questão não envolvia saber quais são os direitos a serem tutelados, mas, sim, o modo mais adequado para garantir sua proteção, evitando-se violações, apesar da existência de declarações garantidoras de sua integridade<sup>120</sup>.

A relação existente entre a Constituição e o processo é um vínculo que não mais poderá ser desfeito, por ser ele o mais ideal no trato da matéria<sup>121</sup>. A abordagem do processo somente poderá ser feita quando acompanhada da principiologia constante na Carta Constitucional, pois qualquer incompatibilidade sentida poderá resultar na quebra de toda estrutura legal construída e, por consequência, no rompimento do equilíbrio das relações sociais com a fragilização da proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos.

Watanabe<sup>122</sup> resume de forma bastante salutar que o acesso à justiça deve ser visto como o acesso à ordem jurídica justa, sendo que isso impõe aos operadores do direito a alteração filosófica na condução das decisões, pois para muito além da aplicação da lei, deve se busca a interpretação do direito de forma adequada aos anseios sociais. A mera subsunção não deve ser

---

<sup>118</sup> “Mas, como muitas vezes, seguindo as ilustres palavras de Platão, não nascemos sozinhos; assim, o que possuímos devemos, em parte, à nossa terra e a nossa gente. Segundo os estoicos, todos os produtos da terra se reservam aos usos dos homens, e os próprios homens são criados por seus semelhantes, a fim de que possam se ajudar uns aos outros; devemos, por isso, adotar por guia a natureza, colocando nossas faculdades a serviço de um comércio mútuo de boa vontade, empenhados tanto em dar como receber, aplicando nossos talentos, nossa indústria, em garantir os laços sociais”. (CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 37)

<sup>119</sup> BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 2004, p. 25

<sup>120</sup> Afirma o autor que: “Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”. (Idem)

<sup>121</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011

<sup>122</sup> WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 105

vista como a solução dos conflitos, a existência de espaço para adequações das decisões ao que espera a coletividade é uma realidade inexorável aos dias atuais.

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, “só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça”<sup>123</sup>. Sendo assim, somente poderá se falar em acesso amplo à justiça quando se observa o sistema como um todo. Tanto assegurando mecanismos que garantam o acesso ao Poder Judiciário, como, também meios de viabilização e efetivação do direito posto ao Estado. A preocupação do julgamento não poderá se resumir apenas ao atendimento das formalidades legais, pois, para muito além disso, deverá o julgador se preocupar com os resultados exteriores do processo.

A inserção de novos direitos e o fortalecimento daqueles já existentes trazem a necessidade de institucionalização de mecanismos para a sua concretude. Demandam, por sua vez, um Poder Judiciário efetivo que demonstre a possibilidade de defesa e a capacidade de desestímulo de condutas ofensivas. Sem tal mecanismo, falar-se-ia, apenas, em declarações políticas ordinárias, sem qualquer efetivação.

Efetivamente, a preocupação com o acesso à justiça se mostra salutar, pois garantidor da liberdade plena do indivíduo e do respeito aos direitos assegurados pelo corpo normativo que rege as relações sociais<sup>124</sup>. Somente com a atenção à igualdade material e à integridade do corpo normativo é que será possível se falar em sistema jurídico justo. Nesta linha de entendimento, Bobbio sustenta que a justiça é o bem social por excelência, assim como a liberdade é a sua expressão individual.<sup>125</sup>

---

<sup>123</sup> DINAMARCO, *Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 115

<sup>124</sup> Para Boaventura de Souza Santos: “Daí a constatação de que a organização da justiça civil e, em particular, a tramitação processual não poderiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualista, devendo investigar-se as funções sociais por elas desempenhadas e em particular o modo como as opções técnicas no seu seio veiculavam opções em favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônicos (interesses de patrões ou de operários, de senhorios ou de inquilinos, de rendeiros ou de proprietários fundiários, de consumidores ou de produtores, de homens e mulheres, de pais ou de filhos, de camponeses ou de cidadãos, etc., etc.)” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. Revista de Processo. V. 10, n. 37, jan./mar. 1985, p. 129)

<sup>125</sup> Pode-se repetir, como conclusão, que a liberdade é o valor supremo do indivíduo em face do todo, enquanto a justiça é o bem supremo do todo enquanto composto de partes. Em outras palavras, a liberdade é o bem individual por excelência, ao passo que a justiça é o bem social por excelência (e, nesse sentido, virtude social, como dizia Aristóteles). Se se quer conjugar os dois valores supremos da vida civil, a expressão mais correta é liberdade e justiça e não liberdade e igualdade, já que a igualdade não é em si mesma um valor, mas o é somente na medida em que seja uma condição necessária, ainda que não suficiente, daquela harmonia do todo, daquele ordenamento das partes, daquele equilíbrio interno de um sistema que mereça o nome de justo. (BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 1995, p. 16)

### 2.5.1 O acesso à justiça e a dimensão social de atuação

Capelletti e Garth<sup>126</sup> elencam o acesso à justiça como um dos principais direitos fundamentais do homem. Afirmam ser ele um dos requisitos basilares da convivência em comunidade, pois assegura a construção de um sistema igualitário que efetivamente assegura a igualdade dos seus membros e não permanece limitado à sua proclamação.

O direito de alcançar uma prestação judicial para a resolução da instabilidade da convivência em coletividade é uma das garantias fundamentais do indivíduo. Na realidade, observando de forma crítica, seria ela uma das primeiras garantias fundamentais, em conjunto com, por exemplo, a garantia da vida e da dignidade da pessoa humana. Afinal, de pouco importa haver previsão legal abstrata que assegure, por exemplo, a liberdade do indivíduo se não houver um mecanismo de repressão em caso de ofensa.

Aliás, pode-se aprofundar um pouco mais essa afirmação, pois de nada adiantará trazer estampado no corpo normativo o direito à liberdade do indivíduo, sem que haja a possibilidade de aplicação de restrições em caso de ofensa e, muito mais do que isso, sem que haja a efetivação da capacidade estatal de fazer valer as punições para o caso de transgressão. Portanto, a jurisdição é um direito fundante de toda estrutura normativa, pois, sem ela, não haverá o reconhecimento de nenhum dos direitos legalmente previstos, fazendo com que o convívio social retorne aos preceitos antigos da autotutela.

Para que se consiga alcançar a jurisdição, deverá o cidadão exercer o seu direito de ação. Afirmar que há liberdade sem que haja a garantia de se buscar a manifestação estatal acerca de suposta ocorrência de ofensa à direitos é uma das grandes falácias existentes no mundo jurídico. Ninguém será livre para exercer seus direitos se não houver um órgão imparcial capaz de dirimir conflitos, afinal, sendo todos iguais, o exercício das vontades não possui hierarquia, o que significa dizer que todos se encontram no mesmo patamar de exercício. Portanto, qualquer imposição existente de um indivíduo sobre o outro poderá resultar em ofensa ao direito do subjugado, quebrando-se, assim, a harmonia do sistema normativo.

É bem verdade que nem sempre haverá essa busca pela isonomia plena pelas regras. No trato das matérias referentes ao direito administrativo, o anseio coletivo sobrepõe-se ao particular. O

---

<sup>126</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, P. 12

princípio da supremacia do interesse público em face do particular reina de forma plena quando se trata da relação das pessoas jurídicas de direito público com as demais de direito privado. Há, efetivamente, um flagrante desequilíbrio com, inclusive, previsões mais benéficas no que se refere ao rito procedimental com, por exemplo, a dilação dos prazos para manifestação e a exigência de intimações pessoais, entre outros.

Ele se explica pela simples questão dos interesses envolvidos. Como se vive numa sociedade, não seria lógico admitir que o anseio de um indivíduo se sobrepusesse ao da coletividade. O todo deve ser ressaltado quando sopesado com o singular. Daí a necessidade de adoção de mecanismos diferenciados, principalmente, no que se refere à proteção dos direitos da pluralidade.

Porém, ainda que se fale em desequilíbrio nestas hipóteses, não se poderá aceitar que tal ponto alcance o acesso à justiça. A obstrução ao direito de ação do indivíduo – ainda que consciente de que o trâmite que se submeterá será regido pelo desequilíbrio de forças – é uma conduta que jamais poderá ser aceita, sob pena de manter na zona cinzenta da impunidade os agravos praticados, inclusive pelo Poder Público. Afinal o que está apenas formalmente assegurado de nada valerá frente à agressão materialmente sentida. Inexistindo mecanismos de balizamento de conduta, a máxima segundo a qual “seu direito começa quando o meu termina”, estaria fadada ao fracasso.

A história possui diversos exemplos nesse sentido. A implantação de sistemas políticos totalitários inicia-se com a mitigação da capacidade dos indivíduos de ingressarem ao Poder Judiciário para, exatamente, combater os abusos praticados pelo regime despótico. Criam-se obstáculos ao acesso à justiça para que as liberdades sejam tolhidas. Com isso, ampliam-se os espaços para a atuação dos ditadores, ante ao completo descontrole de suas condutas e à sensação de segurança por ausência de imposição de punições<sup>127</sup>.

Sem sombra de dúvidas, com o incremento do reconhecimento dos direitos dos indivíduos, o Poder Judiciário vem ganhando posição de destaque na regulação da vida em sociedade. No Brasil não poderia ser diferente, pois a partir da redemocratização da política e da organização

---

<sup>127</sup> Para Carmem Lúcia Antunes Rocha, “O direito à jurisdição, ao garantir todos os direitos, especialmente aqueles considerados fundamentais, confere segurança jurídica mais eficaz ao indivíduo e ao cidadão, gerando, paralelamente, a permanente preocupação dos eventuais titulares dos cargos públicos com a sociedade e com os limites legais a que se encontram sujeitos”. (ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Os princípios constitucionais e o novo Código Civil. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista22/revista22\\_73.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_73.pdf)>; acesso em: 02 jun. 2016)

social, inúmeros problemas emergiram e outros foram identificados com a situação de crise social vivida na década de 80<sup>128</sup>.

### **2.5.2 Uma mudança necessária de perspectiva para se alcançar o acesso amplo à justiça**

A postura clássica da estrutura da jurisdição vem, atualmente, experimentando profunda atualização em seu significado. Isso porque a abordagem, agora, deve ser feita a partir da contextualização efetiva, na medida em que se encontra defasada a ideia de mera aplicação da lei aos fatos apresentados. Ou seja, a regra de subsunção passa a ser mitigada em face da necessidade de uma investigação mais profunda por parte do Estado-Juiz na resolução do conflito que lhe é apresentado.

A mera disposição legal não mais é suficiente para a efetivação do acesso à justiça nos moldes mais amplos, pois como afirma Rodolfo de Camargo Mancuso, o Direito não pode ser visto como a simples aplicação da lei a uma controvérsia, “mas sim quando um conflito resulte efetivamente prevenido ou composto em modo justo, tempestivo, permanente, numa boa equação entre custo e benefício”<sup>129</sup>

De fato, a preocupação instalada a partir dos questionamentos envolvendo o acesso à justiça mostram-se como a mais importante demonstração da alteração de pensamento jurídico existente nas últimas décadas. Trata-se, portanto de uma transformação bastante profunda tanto na perspectiva filosófica como no aspecto normativo do direito pátrio. Este movimento representa a demonstração da necessidade de imersão do direito no âmbito do que espera a sociedade, ou seja, representa a explosão da dimensão social da justiça na atualidade<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> Segundo José Eduardo Farias: “Com a redemocratização do País, na primeira metade dos anos 80, com o agravamento da crise econômica, a partir da segunda metade dessa década, e [mais recentemente,] com a explosão da crise social, nos anos 90 [...], o Judiciário voltou a exercer um papel decisivo no País.” (FARIA, José Eduardo (org.) *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.9)

<sup>129</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 22.

<sup>130</sup> Para Rodolfo de Camargo Mancuso, “a segunda condição social do interesse da sociologia pelo processo e pelos tribunais é construída pela eclosão, na década de 60, da chamada crise da administração da justiça, uma crise cuja persistência somos hoje testemunhas. Esta condição está em parte relacionada com a anterior. As lutas sociais a que fiz referência aceleraram a transformação do Estado liberal no Estado assistencial ou no Estado-providência, um Estado activamente envolvido na gestão dos conflitos e consertações entre classes e grupos sociais, e apostado na minimização possível das desigualdades sociais no âmbito do modo de produção capitalista dominante nas relações econômicas. A consolidação do Estado-providência significou a expansão dos direitos sociais e, através deles, a integração das classes trabalhadoras nos circuitos do consumo anteriormente fora do seu alcance. Esta

Cândido Rangel Dinamarco afirma que o acesso à justiça ultrapassa os parâmetros de um princípio, pois, segundo seu ponto de vista ele resulta no resumo de todos os princípios e garantias processuais, independentemente de serem eles numa perspectiva constitucional ou infraconstitucional, doutrinária ou jurisprudencial. “Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.”<sup>131</sup>

“O tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre processo civil e a justiça social, entre a igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-econômica”<sup>132</sup>. Sob essa afirmativa, Boaventura de Souza Santos, em sua obra “Pela Mão de Alice”, faz um resumo ideal do tema. Trata-se, portanto, da ponte entre a realidade processual e a social, entre o mundo das decisões e as necessidades da população.

Ao se falar numa necessária instrumentalização do processo, na atenção do magistrado quanto à sua atuação, ainda que para isso precise se desvincular o positivismo clássico e na efetividade da decisão judicial tem-se uma discussão muito mais ampla do que a mera seara jurídico-processual. Ultrapassam-se os limites do direito para se chegar ao patamar da multidisciplinariedade, na qual os reflexos da manifestação do Estado-Juiz não se limitarão ao cumprimento dos preceitos legais, pois, neste momento, o que importará é o atendimento aos

---

integração por sua vez, implicou que os conflitos emergentes dos novos direitos sociais fossem constitutivamente conflitos jurídicos cuja dirimição caberia em princípio aos tribunais, litígios sobre a relação de trabalho, sobre a segurança social, sobre a habitação, sobre os bens de consumos duradouros, etc., etc. Acresce que a integração das classes trabalhadoras (operariado e nova pequena burguesia) nos circuitos do consumo foi acompanhada e em parte causada pela integração da mulher no mercado de trabalho, tornada possível pela expansão da acumulação que caracterizou este período. Em consequência, o aumento do *pool* de rendimentos familiares foi concomitante com mudanças radicais nos padrões do comportamento familiar (entre cônjuges e entre pais e filhos) e nas próprias estratégias matrimoniais, o que veio a constituir a base de uma acrescida conflitualidade familiar tornada socialmente mais visível e até mais aceite através das transformações do direito de família que, entretanto, se foram verificando. E esta foi mais uma causa do aumento de litígios judiciais.

De tudo isto resultou uma explosão de litigiosidade à qual a administração da justiça dificilmente poderia dar resposta. Acresce que esta explosão veio a agravar-se no início da década de 70, ou seja, num período em que a expansão económica terminava e se iniciava uma recessão que se prologa até hoje e que, pela sua pertinácia, assume um carácter estrutural. Daí resultou a redução progressiva dos recursos financeiros do Estado e a sua crescente incapacidade para dar cumprimento aos compromissos assistenciais e providenciais assumidos para com as classes populares na década anterior. Uma situação que dá pelo nome de crise financeira do Estado e que se foi manifestando nas mais diversas áreas de actividade estatal e que, por isso, se repercutiu também na incapacidade do Estado de expandir os serviços de administração da justiça de modo a criar uma oferta de justiça compatível com a procura entretanto verificada. Daqui resultou um factor adicional da crise da administração da justiça.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 63)

<sup>131</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 373

<sup>132</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006, p.167

anseios efetivamente sociais que, em razão da evolução cada vez mais constante impressa, em muitos casos poderá passar ao largo do simples cumprimento de alguns artigos de lei.

Originalmente, o processo é um instrumento destinado para a solução de conflitos que, por sua vez, nada mais são do que choques de interesses inerentes a cada indivíduo ou a uma determinada coletividade. Como às pessoas não é reconhecida a autotutela, caberá ao Estado a solução de tal entrave, o que significa dizer que o processo será o caminho para a busca do reequilíbrio social afetado. Efetivamente, diante dos entraves existentes na prestação jurisdicional, o processo não pode ser visto como único meio para resolução de conflitos – posto que, por exemplo, existe a arbitragem – mas não se pode negar que ele é o instrumento utilizado pelo Estado-Juiz para fazer com que os indivíduos o apresentem suas razões conflitantes.

Toda discussão que envolve o acesso à justiça, e, por consequência, a instrumentalidade da atuação estatal, espalha-se por uma complexa ramificação de hipóteses que devem ser analisadas não apenas a partir da perspectiva lógico-jurídica, mas de acordo com inúmeros ramos do conhecimento que podem abranger, por exemplo, a economia, história e a sociologia. Pela perspectiva jurídica, conforme já mencionado, uma das preocupações que se torna evidente é a efetivação da decisão judicial e os seus reflexos perante o meio social.

Apontar o mero cumprimento legal por parte do julgador não é mais suficiente para o preenchimento deste complexo princípio. Em muitos casos a própria lei é insuficiente ou instável, por demais, para assegurar a – pelo menos – exposição do direito ao Estado-Juiz. A discussão ganha, então, contornos muito mais aprofundados que ultrapassam os limites das leis para alcançar a perspectiva dos princípios, adentrando numa seara onde a prática jurídica não deve se resumir ao quanto estabelecido pelos Diplomas normativos, mas na adequação da contextualização dos casos apresentados de acordo com os motivos sociais alcançados.

Efetivamente, conforme mencionado em parágrafos anteriores, o monopólio estatal não deve ser mantido intacto, posto que não seria suficiente para o atendimento de todos os entraves existentes no meio social na atualidade. Porém, de qualquer forma, ele deve ser visto como o mecanismo que está sempre habilitado para receber as demandas e buscar adequá-las ao quanto esperado pela sociedade como um todo.<sup>133</sup> Não há como negar que o Poder Judiciário é uma

---

<sup>133</sup> Para José Roberto dos Santo Bedaque: “Acesso à justiça ou, mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou melhor, do devido processo constitucional. (BEDAQUE, José Roberto. *Garantia da*



instituição pública e necessária voltada para a resolução de conflitos entre os indivíduos da sociedade, assegurando a abordagem igualitária das pessoas, através da utilização de mecanismos transparentes, garantindo, assim, a segurança da atuação dos indivíduos que formam o complexo social.

## 2.6 O ACESSO À JUSTIÇA E A TEORIA DAS INCAPACIDADES: UMA VISÃO PANORÂMICA

Numa perspectiva mais focalizada no direito pátrio, é possível perceber que toda sua construção civilista foi realizada a partir de parâmetros originários dos ideais da revolução francesa. O arcabouço normativo civil herdado pelo país foi extraído de uma realidade completamente diferente daquela nele existente, pois oriunda de pensamentos europeus revolucionários. Apesar disso, houve adoção da norma, impondo aos sujeitos a sua adequação comportamental aos limites previstos pelo legislador abstrato.

A construção de um sujeito ideal fez com que toda a máquina do Poder Judiciário fosse formatada a partir desse parâmetro. A teoria das incapacidades reinou absoluta durante muito tempo, interferindo, inclusive, na questão do acesso à justiça. Diz-se isso, pois aqueles que estivessem inclusos na qualidade de incapaz teriam contra si a restrição do exercício autônomo dos direitos que lhe pertenciam.

Por ser formado diante de uma percepção mercantilista e acumuladora de riquezas em sua gênese, a titularidade de bens era livre e inerente ao indivíduo desde a sua origem. A denominada capacidade de direito era conferida ao indivíduo desde o seu nascimento, o que lhe assegurava a possibilidade de sempre titularizar bens e direitos. Porém, o mesmo não acontecia com a viabilidade do seu exercício.

Como dito, diante da construção filosófica apresentada pela Revolução Francesa, houve o estabelecimento de um padrão ideal de sujeito. Aquele esperado pelo legislador abstrato era o indivíduo detentor de pleno discernimento e sem qualquer tipo de enfermidade ou vício que viesse a retirar sua percepção de atuação. Este era considerado o sujeito adequado para as

---

*Amplitude de Produção Probatória.* In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil.* São Paulo: RT, 1999. p. 158)

transações comerciais, e todo aquele que não se encontrava amoldado nesta hipótese era excluído do convívio jurídico, pois o sistema o qualificava como incapaz.

Apesar do trato mais aprofundado no capítulo próximo, deve-se destacar que a limitação da capacidade civil era uma excepcionalidade, pois o interesse era que houvesse o maior número de pessoas habilitadas ao tráfego de bens e riquezas. Portanto, apenas a previsão legal restrita era que seria o mecanismo hábil para tal excludente. Qualquer hipótese que não fosse aquela devidamente inscrita na lei não teria o condão da tutela diferenciada.

Diz-se tutela diferenciada, pois, para aqueles indivíduos que se encontrassem imersos nas previsões destinadas aos absolutamente ou aos relativamente incapazes, seria necessária a presença de uma terceira pessoa, denominada de tutor ou curador, para a defesa e o exercício dos seus direitos. Inexistia a autonomia da vontade do indivíduo, já que esta lhe era retirada pelo sistema. Com isso, apenas os tutores e curadores eram os sujeitos habilitados para gerir a vida daquele fustigado pelo ordenamento por ser qualificado como incapaz.

Ocorre que a realidade se mostrou muito mais complexa do que o que abstratamente era previsto pela norma jurídica. Até mesmo em países considerados como desenvolvidos, como a própria França revolucionária, a igualdade abstrata trazida pelo ideal do *égalité* começou a apresentar incompatibilidades fáticas. Isso porque no desenvolvimento do trato econômico passou-se a perceber a existência de desequilíbrios entre os indivíduos ali envolvidos. O poderio econômico mostrou-se mais presente do que o desejo de uma sociedade efetivamente igualitária.

### **2.6.1 Apesar da evolução, a abordagem igual e o trato desigual ainda continuam**

É interessante notar que apesar da evolução social alcançada ao longo do tempo, a desigualdade ainda permanece evidente. Aliás, em países qualificados como não desenvolvidos, esse desequilíbrio foi e ainda é mais incontestável. Os membros da denominada América Latina, dentre os quais o Brasil encontra-se imerso, são grandes exemplos para esta situação. Aqui, fruto de uma história eivada de opressão de classes, a democracia alcançada pós ditadura ainda não conseguiu apagar as chagas da do desequilíbrio social imanente.

Há uma flagrante postura de classes sociais que se sobrepõem sobre outras numa postura de hierarquia onde o mais forte subjuga o mais fraco, impondo-lhe comportamentos. A

identificação deste comportamento social, por sua vez, em nada interferiu na modificação do sistema de incapacidades e de trato diferenciado por parte do sistema jurídico. Ao ponto mais fraco caberia a sorte do cumprimento adequado das cláusulas contratuais, pois, sob o manto do *pacta sunt servanda* haveria o direcionamento por parte do julgador da responsabilidade por aquilo que foi ajustado diretamente pelas partes envolvidas.

O sistema jurídico reinante caracterizava-se, portanto, pela marginalização de boa parte da população que, em razão de estruturas culturais, educacionais, econômicas ou mesmo sociais, encontravam-se em posição de desvantagem em face de um pequeno conglomerado que era beneficiário de situação mais vantajosa. Os olhos da legislação eram vendados pela necessidade de observância apenas da capacidade de manifestação de vontade.

Acontece que apesar de ter a sua manifestação de vontade íntegra pela perspectiva que se pode denominar como objetiva, de outro lado não havia uma liberdade plena para o seu exercício, pois as diferenciações sociais impunham aos indivíduos menos favorecidos a obrigatoriedade de suporte daquele comportamento imposto, muitas vezes em atenção à sua própria sobrevivência. A cegueira do sistema jurídico e dos julgadores em suas decisões lastreadas apenas no dispositivo legal faziam com que apenas as hipóteses de incapacidade fossem devidamente analisadas e extirpadas do trato social. Não se falava em vulnerabilidade e à exceção da teoria das incapacidades, todos os indivíduos tinham a possibilidade de atuação no meio social.

A elaboração do Projeto Florence resultou numa grande preocupação com o acesso à justiça propriamente dito. Ou seja, partindo-se de uma perspectiva organizacional do Poder Judiciário os italianos autores do projeto traçaram, como dito, três caminhos para uma busca pela efetividade da prestação jurisdicional. Certamente, em face do desconhecimento da complexidade da relação social de cada um dos países analisados, não houve menção direta à questão do desequilíbrio fático, resumindo-se apenas às hipóteses de desarranjos econômicos numa perspectiva processual.

Acompanhado com a elaboração do mencionado trabalho, houve o crescimento da tutela da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana emerge no meio jurídico com grande força, com isso abre espaços, cada vez maiores, para a estruturação de preocupação com o indivíduo. Por via de consequência, a abordagem mais preocupada com o específico e menos

atinente ao genérico se faz presente, já que o indivíduo e suas necessidades apresentam-se como elementos fundantes do desenvolvimento da teoria jurídica a partir de então.

Instaura-se a luta pela liberdade do ser humano e a manutenção de espaços de respeito, igualdade e não discriminação, com o objetivo de realizar a construção da cidadania das pessoas mais vulneráveis em desvantagem social. Os conflitos sociais neste sentido respigam diretamente no desenvolvimento das normas jurídicas. Para além da preocupação com a formalização do acesso à justiça, deve-se desenvolver a concretude desse acesso, na medida em que o propósito de uma sociedade que busca a justiça deve ser refletido em suas condutas e não apenas numa abordagem teórica.

Foi dito no curso do presente capítulo que a preocupação com o acesso à justiça nos moldes brasileiros somente ocorreu, de fato, após a libertação do regime ditatorial, ganhando reforço com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que o assegurou o *status* de direito fundamental. Porém, enquanto a evolução na perspectiva abstrata caminhava no sentido considerado como adequado, a realidade brasileira ainda se postava destoante com a visão impressa pelo legislador, pois a desigualdade estrutura existente não garantia o sustento da igualdade e da integração formal existente na norma, principalmente no que se refere à teoria das incapacidades.

Diante disso, mesmo com a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana ainda eram mantidos no sistema jurídico pátrio duas situações facilmente identificáveis: a primeira envolvia aqueles que estavam amparados e protegidos pela legalidade, pois encontravam-se tutelados pela teoria das incapacidades, que lhes garantia proteção maior, haja vista serem beneficiados pelas regras vigentes. Em outra ponta havia os outros que em face de razões distintas se viam alijados de ter a proteção necessária para o trato isonômico já que não havia canais legais hábeis a garantir tais tutelas já que eram reconhecidos pelo ordenamento como sujeitos em igualdade com os demais, mesmo faticamente não o sendo.

O pensamento segundo o qual a previsão constitucional, por si só, seria suficiente para a resolução do desequilíbrio fático socialmente detectável, não passa de uma linha de entendimento ilusória, pois, na realidade, com a abertura normativa o que ocorre é a motivação para discussão e o diálogo capazes de, a partir de então, resultar na elaboração de soluções práticas hábeis a solucionar os conflitos práticos emergentes. Os princípios constitucionais apresentados devem encaminhar para a evolução da atuação da prática jurídica, o que significa

dizer que a partir de então a forma de atuação do magistrado deverá ser feita partindo-se de um parâmetro mais específico e idealizado ao caso prático do que propriamente à incidência irrestrita da norma abstrata.

### **2.6.2 O acesso amplo à justiça e o olhar sobre o vulnerável: perspectivas iniciais**

O acesso à justiça, portanto, para além do mero ingresso ao Poder Judiciário, quando adjetivado com a expressão “amplo”, resulta na busca pelo preenchimento do complexo conceito de justo, cabendo ao magistrado a incidência dos esforços necessários para o alcance do resultado apto a estancar os conflitos sociais, não esquecendo da atenção necessária ao desequilíbrio existente. Essa visão obriga a pensar a justiça e a função judicial como um sentido mais dinâmico e transformador em que a busca pela modificação do processo de exclusão amparado pela concepção formalística do direito – herdada pelo liberalismo político – promovendo um esquema de fomento de condições para a inclusão e o reconhecimento, com um sentido emancipador, sob a condição de conquista coletiva.

Ao focalizar, de forma mais profunda, as sociedades atuais, surge diante dos olhos a pluralidade e complexidade que as estruturam. Sua composição se destaca pela multiplicidade e diversidade de grupos que a integram e que podem ser identificados por diversas perspectivas que vão desde a etnia, ao sexo, raça, religião, entre outras. Dentro essa interação há grupos que se apresentam em situação de desvantagem perante os demais, o que demonstra a sua vulnerabilidade, significando dizer que esta condição decorre de uma situação elaborada a partir de uma desigualdade real que experimentam as pessoas por pertencerem a grupos ou situações diferentes daquelas esperadas pela coletividade como ideais.

A complexidade dos interesses e necessidades destes grupos, ultrapassam a simplicidade do esquema tradicional liberal burguês dos direitos que foram projetados para grupos homogêneos ou com base na ideia de um sujeito ideal. A busca pelo amparo e representação dos direitos de todos os habitantes, a partir da construção binária da capacidade e incapacidade se mostra falho, pois desconsideram contextos onde há desigualdade e discriminações pontuais.

O enfoque sobre a identidade e a necessidade dos grupos de vulnerável promove uma mudança de paradigma no modo de proteção e garantia dos direitos fundamentais, abrindo-se a

possibilidade de outorgar direitos especiais ou tratos diferenciados a estes grupos, movimento este que deve se encontrar inserto no âmbito do acesso à justiça.

Em resumo, através da garantia do acesso amplo à justiça, será possível alcançar o resultado decorrente das lutas sociais, políticas e jurídicas, encampadas através da integração e discussão públicas nas quais se buscam ganhar espaços para cenários antes considerados como inacessíveis, ou seja, a busca pela tutela jurídica de grupos observados como socialmente mais desprotegidos, face a titularidade de certa limitação física ou coletiva.

O direito brasileiro experimentou esta alteração profunda de entendimento com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015, que modificou, significativamente, a questão da teoria das incapacidades, apresentando uma nova perspectiva. Exatamente por conta da capilaridade existente em todo o sistema jurídico, a alteração apresentada pela norma refletiu diretamente em institutos outros que acabaram por resultar em certa instabilidade dentro do ordenamento.

Antes de adentrar numa perspectiva central do reconhecimento da vulnerabilidade e dos reflexos da lei 13.146/2015 no âmbito do acesso à justiça, necessário se faz analisar o sistema clássico das incapacidades que reinou absoluto no direito brasileiro até quando da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o que será feito no próximo capítulo deste trabalho.

### 3. DA TEORIA DAS INCAPACIDADES

#### 3.1 INTRODUÇÃO

Falar que o direito tem como objetivo a regulação da vida em sociedade é estabelecer o óbvio. Apesar de sempre buscar por sua autonomia, o homem é um ser gregário por natureza. A vida com o seu semelhante é uma realidade incontestável, pois sozinho e isolado não teria condição de suprir suas necessidades ao longo de sua existência.

Exatamente por conta deste habitat dentro de uma coletividade é que se necessitam de regras. Cada indivíduo tem sua razão de viver e seu posicionamento filosófico. A limitação ao exercício irrestrito de suas vontades, a partir da imposição de uma moldura comportamental considerada como ideal, é a demonstração de que a permissibilidade irrestrita acabaria conduzindo à lei natural do mais forte.

Dentro deste arcabouço de regras, o sistema jurídico tem como uma de suas razões a manutenção do equilíbrio dos interesses. Isso se faz de diversas formas: no direito administrativo, por exemplo, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é a demonstração da busca pelo atendimento dos anseios coletivos quando em conflito com aqueles estritamente particulares. Neste caso, o individual terá suas forças impositivas reduzidas, autorizando a imposição da vontade da sociedade como um todo.

Outro exemplo que pode ser mencionado, apenas a título ilustrativo, está no Direito do Consumidor. As relações jurídicas que se enquadram em seu campo sistêmico são formatadas, basicamente, pela figura do consumidor e do fornecedor, onde a paridade de armas é mitigada a partir da identificação da vulnerabilidade característica daquele primeiro. Com isso, regras como ônus de prova sofrem alterações quando comparadas com a sua aplicabilidade em outros ramos do direito, como as relações civis. A inversão em detrimento ao fornecedor é praticada de modo muito mais facilitado, buscando-se, com isso, o tratamento mais isonômico possível<sup>134</sup>.

---

<sup>134</sup> Art. 6º, CDC: São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

No Direito Civil mesmo diante de sua característica clássica ser a regência de relações marcadas pelo equilíbrio de forças, o ordenamento não se quedou inerte diante da realidade social. Marcado desde a Revolução Francesa pelo liberalismo e pela valorização da vontade, este ramo do direito acabou por reconhecer limitações àqueles que não titularizassem um nível de consciência hábil a permitir que sua manifestação de vontade fosse exercida de forma autônoma, livre e desimpedida.

Diante disso, emerge no coração do complexo normativo que regula o tradicional direito privado o regime jurídico das incapacidades. Trata-se de mecanismo de exceção adotado pela legislação pátria, com inspirações originárias no próprio direito alienígena revolucionário, que buscou estabelecer critério de seletividade daqueles que não se adequassem ao padrão ideal estabelecido pela norma abstrata. Diante disso, restaram moldadas hipóteses em que há um grupamento social que será excluído do convívio jurídico através da retirada, ou redução, de sua autonomia da vontade, em razão da predeterminação legal sujeito isento de reconhecimento jurídico para tanto.

Por ter como fundamento básico estruturante a ideia de igualdade, liberdade e fraternidade, o sistema jurídico Francês revolucionário tinha em seu âmago o fortalecimento da interação social que resultaria, diretamente, na circulação de riquezas. Apesar de reconhecer a alguns a impossibilidade de atuação negocial autônoma, não seria tão interessante o estabelecimento de rol amplo de pessoas excluídas da atividade social. Afinal, quanto mais indivíduos estivessem alijados da sua autossuficiência jurídica, menor seria o volume de negócios jurídicos celebrados, afetando-se o principal instituto vigente à época: as relações contratuais.

---

O STJ tem entendimento bastante favorável quanto a questão da inversão do ônus de prova, conforme se observa: **CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA DE SAQUES INDEVIDOS DENUMERÁRIO DEPOSITADO EM CONTA POUPANÇA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. POSSIBILIDADE. HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA RECONHECIDA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS. ART. 14 DO CDC.** 1. Trata-se de debate referente ao ônus de provar a autoria de saque em conta bancária, efetuado mediante cartão magnético, quando o correntista, apesar de deter a guarda do cartão, nega a autoria dos saques. 2. O art. 6º, VIII, do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, estabelece que a inversão do ônus da prova será deferida quando a alegação por ele apresentada seja verossímil ou quando for constatada a sua hipossuficiência. 3. Reconhecida a hipossuficiência técnica do consumidor, em ação que versa sobre a realização de saques não autorizados em contas bancárias, mostra-se imperiosa a inversão do ônus probatório. 4. Considerando a possibilidade de violação do sistema eletrônico e tratando-se de sistema próprio das instituições financeiras, a retirada de numerário da conta bancária do cliente, não reconhecida por esse, acarreta o reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, somente passível de ser ilidida nas hipóteses do § 3º do art. 14 do CDC. 5. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1155770 PB 2009/0191889-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/12/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/03/2012) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 12 dez 2015)



Deparando-se de um lado com a necessidade de fomento das relações negociais e, de outro, com indivíduos que não adimpliam os requisitos necessários para serem insertos no âmbito do “homem médio” negocialmente habilitado, o legislador foi compelido a estabelecer um rol de incapacidades que se encontraria devidamente previstos em texto de lei. Sabia-se, então, quem restaria excluído da sua capacidade jurídica, evitando-se, supostamente, ofensas à segurança jurídica, na medida em que as hipóteses ali previstas, eram taxativas.

Trata-se, sem sombra de dúvidas de uma norma de ordem pública, na medida em que não se admite qualquer tentativa de derrogação pelos particulares, nem mesmo a renúncia por parte do seu titular. Não por outro motivo que Francisco Pereira de Bulhões Carvalho<sup>135</sup> afirma – em obra específica sobre o tema – que a rigidez existente na perspectiva da teoria da incapacidade se justifica como uma proteção legal ao domínio econômico que poderia ser exercido por outras pessoas privadas – físicas ou jurídica – ou mesmo pelo próprio poder político Estatal sobre sujeitos que se posicionassem como mais frágeis na relação social.

Não há dúvidas de que, apesar de ser encarada por alguns como um sistema originalmente protetivo, o regime das incapacidades foi se amoldando, ao longo do tempo, às necessidades e interesses de cada sociedade vigente. Percebe-se, portanto, que a sua estruturação decorre basicamente de um ideal de vontade legislativa<sup>136</sup>. Exatamente por conta disso, pode-se afirmar que esse escudo protetivo não possui uma imutabilidade permanente. Seu desenho será feito a partir da política legislativa, o que implica dizer que a mudança ocorrerá muito mais por restrita vontade do legislador do que por outra causa natural<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p. 37.

<sup>136</sup> Afirma Afrânio de Carvalho que a capacidade ou incapacidade não é criada pelo direito, por ser uma característica ontológica. Ao sistema jurídico resta, apenas o seu reconhecimento, ou seja, deve ele apenas ajustar a situação fática à moldura jurídica desejada, conferindo, ou não, a capacidade jurídica desejada. (CARVALHO, Afrânio de. *Instituições de Direito Privado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 21)

<sup>137</sup> Lembra Francisco Pereira de Bulhões Carvalho que, historicamente, é possível observar que os sistemas jurídicos sempre vincularam a ideia de capacidade com a questão etária. Afirma o autor que na Roma antiga o desenvolvimento do indivíduo desde a sua infância até a fase adulta assegurava a graduação de sua capacidade civil, com a distinção inicial entre púberes e impúberes. Neste sentido, lembra que: “primitivamente, a infância era o período em que a criança ainda não podia materialmente proferir palavras (in=negativa; farir=falar). Desde que podia falar, ainda que sem discernimento, a criança teria atingido o período “próximo à infância”, com capacidade restrita para contratar. Segundo a concepção acolhida por Justiniano ao contrário, a infância a somente terminaria com a aparição do discernimento, o que ocorreria aos sete anos de idade.” (CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p. 30) Isso significa dizer que para Justiniano, assim como acontecia com a Grécia antiga, adotou os sete anos como marco final da infância, pois, seria neste momento que a criança conseguia expressar sua vontade com discernimento, alterando o entendimento anteriormente existente pelos juristas clássicos, na medida em que, não existia uma idade fixa para a mutação para a puberdade, dependendo exclusivamente de produção de probatória. (Ibidem, p. 42)

O Código Civil de 2002 é uma excelente demonstração desta ocorrência: até a entrada em vigor do diploma vigente, considerava-se abraçado pelo universo das incapacidades aqueles indivíduos menores de vinte um anos. Com a promulgação do diploma normativo vigente, houve alteração do momento de ingresso do mundo da capacidade plena, na medida em que reduziu-se da idade hábil ao seu reconhecimento, passando, a partir de então, a ser de dezoito anos.

Biologicamente, o indivíduo que em 2002 tinha dezoito anos e precisava da assistência de um sujeito plenamente capaz para prática dos atos da vida civil não experimentou nenhuma alteração com a inserção do Diploma atual, cuja eficácia se consolidou a partir de 2003. Nada de significativo, certamente, aconteceu para que, no campo jurídico, a partir de 2003, seus atos pudessem ser praticados de forma autônoma, por ser, agora, sujeito, plenamente capaz.

Dito isso, resta flagrante que o trato da matéria depreende de uma análise do desenvolvimento histórico da teoria das incapacidades, pois somente assim será possível perceber os caminhos traçados pelo legislador na incidência da política legislativa justificadora da sua construção e manutenção. Do patrimonialismo extremo da era clássica à valorização do ser humano nos dias atuais, a teoria da incapacidade sempre se manteve firme, amoldando-se aos pensamentos filosóficos de cada momento.

### 3.2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA FORMAÇÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES NO DIREITO BRASILEIRO

Com a Revolução Francesa o sistema civil passou a ser visto como o foco central de todo ordenamento jurídico. Ele era o mais importante dos ramos do direito, pois representava a liberdade de atuação do indivíduo, já que diante do estabelecimento de cláusulas contratuais conseguia reger livremente a relação travada com seu semelhante, vez que previamente estabelecidas a partir de um parâmetro de acordo de vontades que eram manifestadas livremente. O Estado – indivíduo estanho àquela relação – tinha apenas um papel coadjuvante, cabendo a ele a manutenção de uma posição, na sua maioria das vezes, inerte perante os tratos sociais entre os particulares.

Imerso neste parâmetro, o sistema das incapacidades não poderia passar incólume à toda influência do pensamento valorativo do patrimônio. O ser humano é deixado de lado mesmo

em situações ali abrangidas. A preocupação do legislador na sua formatação buscava a preservação da segurança jurídica decorrente das relações de cunho econômico. Com isso, afastava-se a capacidade do indivíduo não simplesmente por conta da sua limitação física ou intelectual, mas sim para assegurar uma suposta tutela correta do seu patrimônio.

No que se refere ao Direito Civil pátrio, pode-se afirmar que a colonização portuguesa foi fundamental na construção dos seus contornos. Herança de um sistema jurídico decorrente da metrópole portuguesa, as Ordenações Filipinas foram trazidas às terras então descobertas apresentando ao “mundo novo” os elementos de perspectivas clássicas do Direito Romano, Germânico e Canônico, principalmente no que se refere à construção da teoria das incapacidades. Essa influência legislativa postou-se de forma direta até a independência do Brasil, com a manutenção de tais influências por mais de duzentos anos iniciais.<sup>138</sup>

Segundo Giordano Bruno Soares Roberto<sup>139</sup>, o corpo normativo exportado para o Brasil-colônia trouxe consigo o caráter patrimonialista que se encontrava ínsito no direito da metrópole. Esta característica, por sua vez, mostrou-se bastante eficaz, pois assegurava a manutenção de uma hierarquia desejada pelos fazendeiros e demais indivíduos detentores de capacidade econômica elevada. Certamente, como fruto desse pensamento filosófico e da postura social, tal linha de entendimento perdurou para além da declaração da independência, sendo merecedora de atenção até os dias atuais, mesmo com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, ainda que de forma menos incisiva do que aquela outrora existente.

Apesar de, num primeiro momento, se deparar com uma suposta tutela protetiva do indivíduo, uma observação mais acurada conduzirá ao caminho diverso, pois restará demonstrado que, na realidade a proteção era muito mais evidente em sua perspectiva patrimonial.<sup>140</sup> Ao retirar de determinadas pessoas a possibilidade de atuação autônoma no trato social, o Legislador

---

<sup>138</sup> A história aponta no sentido de que as Ordenações Filipinas foram inseridas no Brasil em 1.603 e tiveram sua vigência mantida até 1.822.

<sup>139</sup> ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: parte geral, volume 1. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>140</sup> Essa questão referência a ausência de proteção ao indivíduo pode ser observado, também, nas origens romanas do instituto. Lembra Maurício Requião que em Roma, ao contrário do que se desenha nos dias atuais, a incapacidade não se vinculada com uma tutela do indivíduo, mas sim com a ideia de penalidade, ou com o reconhecimento de uma qualidade pejorativa do indivíduo que era considerado como sujeito de segunda classe. Neste sentido, prossegue o autor sustentando que: “Não é, portanto, a incapacidade necessariamente um instrumento de proteção do sujeito. Ainda que não se relacionando com a ideia de perda da capacidade, mesmo no atual ordenamento brasileiro é possível encontrar a restrição à prática de determinados atos que normalmente podem ser praticados pelos sujeitos capazes sendo aplicada como penalidade.” (REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 75)

buscava, na verdade, o estabelecimento de um escudo aos negócios jurídicos, na medida em que, aquele que não detinha o discernimento necessário para a prática de tais atos poderia ser conduzido a uma situação de perda total do seu patrimônio. O que estava em jogo eram os bens e não as pessoas propriamente ditas.<sup>141</sup>

Prova efetiva que evidencia a preocupação patrimonial está na construção do regime da tutela e da curatela<sup>142</sup>. Basta uma rápida leitura em seus preceitos para que se identifique, com muita facilidade, o que desejava o legislador, em suas entrelinhas. Toda garantia decorrente de ambos os institutos se mostrava relativamente desinteressada com o indivíduo em detrimento ao seu complexo patrimonial. A sua estruturação estava diretamente vinculada à prática de atos da vida civil e, num âmbito de um direito em que a autonomia da vontade reinava de forma absoluta, não se pode negar que tais atos estavam centrados nos contratos, na família e na propriedade. Não por outro motivo, lembra Joyceane Bezerra Menezes que: “ainda que coubesse ao curador a administração da pessoa do curatelado, o exercício da curatela no plano das questões existenciais não merecia condicionamento legal específico.”<sup>143</sup>

As relações eminentemente privatistas, perfilhadas, exclusivamente, pela autonomia da vontade perdem suas cores. O Direito Civil cede seu lugar de centro do universo jurídico para o direito constitucional. A constitucionalização do Direito Civil, com a conseqüente publicização das normas privadas faz com que o sistema se apresente de forma diferenciada.

Houve, então, a tentativa de inclusão dos pensamentos decorrentes do Constituinte de 88 no texto do Diploma Civil. A perspectiva moderna de construção da norma infraconstitucional forçou a criação de emendas ao texto que acabaram por transfigurar institutos<sup>144</sup> e não

---

<sup>141</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Parte Geral*. vol I. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.272

<sup>142</sup> Apenas a título de exemplo, é interessante observar o inciso IV do art. 1.735 do Código Civil, que estabelece as pessoas que se encontram vetadas pelo ordenamento jurídico para exercerem a condição de tutor. No mencionado artigo, o legislador civil estabeleceu hipóteses onde restam como exonerados de exercer a tutela pessoas que praticaram determinados crimes. Neste rol – daí vem o aspecto merecedor de destaque – se encontram condutas criminosas vinculadas em sua maioria à crimes contra o patrimônio, haja vista que afirma o legislador que serão exonerados da tutela: “os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena”. Em momento algum o legislador falou que estaria excluído da tutela aqueles que cometeram crimes de homicídio, ou de lesão corporal seguida de morte. Preocupou-se, com crimes contra a família e os costumes, mas também não falou nada envolvendo os crimes contra a liberdade sexual.

<sup>143</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de. *A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o código civil brasileiro*. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; JUNIOR, Marcos Ehrhardt (Org.). *Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas conseqüências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 2

<sup>144</sup> Um exemplo sobre a transfiguração decorrente de reformas decorrentes da inserção de institutos originários da Constituição Federal pode ser visto no caso da sucessão do companheiro. Inexplicavelmente, o legislador optou por tratar do tema em artigo diverso daquele destinado ao casamento. Com isso, o trato da matéria foi feito de

perfeição outros à linha filosófica mais humanística ora vigente<sup>145</sup>.

O detalhe que deve ser ressaltado é que mesmo com a inserção do Código pós Constituição Federal, os caminhos adotados para a tutela e a curatela permaneciam, basicamente, os mesmos. A inserção do pensamento mais humanizado, onde o ser humano passa a ser o foco central da importância conferida pela relação jurídica, não trouxe contornos diferenciados para aquilo que antes existia.

### 3.3 A QUESTÃO DO SER, OU NÃO SER, CAPAZ.

Para além da condição intrínseca de detentor da capacidade de gozo, ao indivíduo também é assegurada a possibilidade de titularizar direitos e assumir obrigações, o que significa dizer que o sistema jurídico habilita as pessoas – sejam físicas ou jurídicas – a figurarem como participantes de relação jurídica, adquirindo direitos diretamente, ou através da participação de terceiros. Esta possibilidade é conhecida como capacidade de exercício. A sua inexistência retira do indivíduo o reconhecimento por parte do ordenamento da validade dos atos por ele praticados. Apenas os detentores de capacidade plena poderão exercer de forma autônoma os direitos que lhe são reconhecidos pela personalidade que lhe é inerente.

Porém, não deve confundi-la com a capacidade de direito. Esta não se relaciona com a prática dos atos, como ocorre com a anterior, mas, sim, com a viabilidade de titularizar direitos. Sua

---

forma divergente enquanto ambos institutos são abordados pela Constituição Federal de forma símile. Aliás, no que se refere ao direito de família, ambas as formas de formatação familiar são abordadas de forma igualitária, o que significa dizer que os direitos compreendidos para um, é alcançado ao outro. Exatamente por conta do longo período de trâmite do projeto de lei os direitos expressos na norma jurídica, em sua maioria, são reconhecidos ao casamento e, exatamente, diante da omissão legal prevista, realiza-se interpretação conforme a Constituição para ampliar para União Estável.

No caso da sucessão, após a promulgação da Constituição Federal foi inserido no Código Civil o art. 1.790 para o trato referente ao procedimento sucessório da União Estável, divergindo, assim, daquela destinada ao casamento que tem seu tratamento estampado no art. 1.829. Por se tratar de temas diferentes, todo o sistema de direito de sucessões se desenvolveu com abordagem não isonômica entre ambos os institutos.

Aliás, o STF, quando do julgamento da RE 878694 o STF reconheceu a inconstitucionalidade do tratamento conferido ao Companheiro a partir do art. 1790, declarando que o mesmo deve ter tratamento similar ao que ocorre com o cônjuge, o que implica dizer que resta afastada a eficácia do art. 1.790, passando o companheiro a concorrer da mesma forma como ocorre com o cônjuge, ou seja, a partir do art. 1.829 do Código Civil (falar sobre a declaração de inconstitucionalidade do STF sobre o art. 1790)

<sup>145</sup> Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, “A partir daí, a dinâmica social, e sobretudo o fortalecimento do pensamento crítico de determinadas classes sociais, acentuaria a necrose instalada nesse e em outros pontos da Lei Codificada, determinando a edição de verdadeiros microssistemas jurídicos, indispensáveis para a correção das distorções normativas causadas pela esclerose das normas vigentes, e, bem assim, para realizar a necessária modernização de nosso Direito, à luz dos novos tempos.” (GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral*. V.1. 18 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 97)

vinculação ao indivíduo não experimenta a gradação legal existente para aquela outra. Está relacionada ao sujeito desde a sua origem, na medida em que lhe reconhece e assegura desde a concepção.

A capacidade de direito é, portanto, isenta de limitações, pois inerente ao indivíduo. Para ser titular de direitos, basta que o ser humano exista. Ocorre que tal condição não lhe garante a possibilidade de exercê-lo, o que deve ser feito de acordo com o grau de permissibilidade conferido pelo ordenamento jurídico, passando-se por uma restrição absoluta até o reconhecimento da plenitude de exercício. Neste caso, estar-se-á a tratar da questão envolvendo a capacidade de exercício<sup>146</sup>.

Para que se possa ter a concretude irrestrita do reconhecimento da validade na prática dos seus atos, o sujeito deve alcançar faixas etárias determinadas pelo legislador. Por ser um critério onde a política legislativa interfere de forma bastante incidente, é possível que, ao longo dos anos, a evolução social imponha alteração no entendimento acerca do tema. Prova disso, como já mencionado, ocorreu com a entrada em vigor do Código Civil atual que alterou a idade necessária para se alcançar a maioridade, diminuindo-a de vinte e um, para dezoito anos.

O legislador civilista sempre trabalhou com esta temática a partir de dois vieses: o primeiro referente à idade e o segundo vinculado à ocorrência de limitações físicas ou psíquicas, como, por exemplo, enfermidades. Em ambos os casos, o que se buscava era a manutenção da integridade da consciência quando da declaração de vontade na prática do ato da vida civil.

Desejava o Código Civil que o indivíduo fosse plenamente consciente dos atos praticados. Esta consciência, por sua vez, não tinha vinculação com o grau de instrução. Isso implica dizer que a condição de analfabeto não retiraria, à primeira vista, a capacidade daquele que alcançou a maioridade. Havendo condições de sanidade mental e comprovada a possibilidade de exercício de um ato jurídico de acordo com a sua vontade, a pessoa teria sua conduta validada.

---

<sup>146</sup> A título ilustrativo, destaca-se o entendimento de Paulo Nader, segundo o qual a “capacidade de fato é aptidão para exercitar direitos e deveres. A lei permite a qualquer pessoa a titularidade de bens, assim, um recém-nascido ou alguém mentalmente incapaz, poderá ser proprietário de um apartamento, mas falece-lhe condição para administrar o imóvel por si mesmo. Ambos possuem capacidade de direito, todavia são incapazes de fato. Como a capacidade de fato é importante para a participação na vida social, notadamente par quem possui patrimônio a administrar, determina a lei civil o suprimento da incapacidade, seja pelo poder familiar, pela tutela ou curatela” (NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. vol. 1. 9 ed. rev. amp. atual. São Paulo, GEN, 2010, p. 168).

Inexistindo limitações físicas ou psíquicas que retirassem do indivíduo o seu discernimento em face dos atos praticados, e alcançada a maioridade civil, estaria, então, reconhecida a sua capacidade. É interessante notar que, atualmente, o marco de dezoito anos tem reflexos importantes junto ao ordenamento jurídico. Isso porque, ao adimpli-lo, o indivíduo, ao mesmo tempo em que alçará a maioridade, e com isso, a imputabilidade penal, afastando-lhe da abrangência do Estatuto da Criança e do Adolescente, submetendo-se ao Código Penal, será considerado como capaz no âmbito cível, desde que não houvesse outra causa que restringisse sua capacidade.

### **3.3.1 Um Código Civil novo, porém, não tão novo**

O Código Civil de 2002, apesar de florescer no ordenamento no período pós-Constituição Federal de 1988, e no limiar de um novo século, teve sua germinação durante um longo período cuja semente foi plantada ainda no momento de grande imersão na ditadura militar. Com isso, a forma de interpretar o direito apresentado pelo legislador Constituinte não fez parte da construção originária do Diploma Civilista. Na realidade, houve uma tentativa de adaptação de algumas normas nele previstas à Carta Magna, a fim de evitar a inconstitucionalidade do Código que ainda esperaria por quase quinze anos para entrar em vigor.

Essas adequações, por sua vez, não foram suficientes para apresentar um texto completamente fiel aos atuais preceitos constitucionais. Em diversas passagens, as regras contidas no projeto feito sob o manto do patrimonialismo foram mantidas intactas. Sendo assim, caberá ao intérprete analisar a incidência da norma a partir da nova moldura constitucional, sob pena de inadequação com o ordenamento constitucional<sup>147</sup>.

Apesar de não ser o foco do trabalho, acredita-se que uma postura radical quanto ao Diploma

---

<sup>147</sup> Sobre o tema, Maurício Requião também aponta no mesmo sentido ora defendido quando afirma, expressamente, que: “Seguindo esta linha, parece claro o entendimento de porque a teoria da incapacidade, como estruturada no CC-2002, preocupa-se mais com a proteção do patrimônio do incapaz, do que com este. Note-se que estas afirmações aqui lançadas não querem, de modo algum, dizer que não seja importante a proteção do patrimônio do incapaz. Até porque, notadamente num mundo capitalista, numa sociedade de consumo, acaba o patrimônio sendo um fator de realização do ser.

Acontece que, dentro de um paradigma que coloca no centro do ordenamento a dignidade da pessoa humana, mesmo a proteção do patrimônio deve ser pensada dentro desta perspectiva. O que se dá é que, neste afã de proteção do patrimônio do incapaz, com a sua consequente interdição, acabam sendo restringidos também seus direitos existenciais.” (REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 78)

Civil não é a melhor opção. Efetivamente, por se tratar de um texto novedio, esperavam-se ideias majoritariamente novas, porém, não foi o que ocorreu. Mesmo com competente corpo de doutrinadores responsáveis para sua elaboração, o Código vigente apresenta muito do diploma revogado. Há, efetivamente, diversos momentos em que o legislador poderia ter avançado em matérias atualmente comuns do meio social, contudo, optou por permanecer com o pensamento<sup>148</sup> existente na norma anterior.

Porém, não se pode endereçar apenas críticas ao Código Civil de 2002. Houve, sim, inúmeros avanços, principalmente com a utilização de normas de conceito aberto, o que faz com que o texto presente, ao final, um substrato interessante e de aplicabilidade preponderantemente viável diante do quanto deseja o legislador constitucional. Caberá, sim, ao intérprete realizar a adequação hermenêutica ao que o sistema espera. Muito além da busca do conteúdo inédito, o aplicador da norma deverá perseguir a melhor adequação do texto infraconstitucional aos anseios dos princípios constantes na Carta Magna, assegurando-se, assim, a eficácia da constitucionalização do Direito Civil.<sup>149</sup>

Especificamente no que se refere à teoria das incapacidades, é possível encontrar modificações textuais quando comparado com a previsão anterior. Seja na previsão atinente aos absolutamente incapazes, ou aos relativamente incapazes, o Código vigente além de alterar expressões existentes no sistema anterior e consideradas inadequadas, também apresentou algumas modificações nas hipóteses previstas nos artigos que tratam do tema.

Assim como ocorreu com o Diploma de Beviláqua, o Legislador civilista atual também dedicou dois artigos ao tema da incapacidade, especificando o trato referente aos absolutamente

---

<sup>148</sup> Prova disso está na manutenção de entendimento retrógrado referente à presunção de paternidade. Apesar de todos os avanços da medicina, inclusive com a viabilização do exame de DNA, o legislador ainda mantém um sistema de presunção de paternidade vinculada ao matrimônio, conforme se observa do art. 1.597, incisos I e II do Código Civil que assim determinam: Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - Nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento. Filia-se, portanto, ao entendimento segundo o qual esta regra de presunção é desnecessária perante a evolução médica, haja vista que a simples realização do exame de DNA já seria suficiente para indicar a paternidade se que, houvesse a imposição de um sistema de presunção vinculado à questão casamentária.

<sup>149</sup> Segundo Judith Martin-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco: “o quadro que hoje se apresenta ao Direito Civil é o da reação ao excessivo individualismo característico da Era codificatória oitocentista que tantos e tão fundos reflexos ainda os lega. Se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social – o que vem sendo regra desde Weimar – é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação. Mediante o recurso à função social e também à boa-fé – que tem uma face marcadamente ética e outra solidarista – instrumentaliza o Código agora aprovado a diretriz constitucional da solidariedade social, posta como um dos “objetivos fundamentais da República” (MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 144).



incapazes no art. 3º e aos relativamente incapazes no art. 4º. Neles, há novas hipóteses de incapacidade e a tentativa de ajuste daquelas já existentes aos anseios atuais.

Ao se trabalhar com a ideia de capacidade, deve-se reconhecer a aptidão do indivíduo para ser titular de direitos e deveres. Independentemente da existência de desigualdades sociais, o regime das incapacidades é algo inconteste no complexo jurídico de um país. Isso significa dizer que o tema que ora se busca estudar pode ser considerado como o foco central do desenvolvimento de toda teoria jurídica que visa estabelecer os parâmetros de atuação do indivíduo, seja, no exercício de suas faculdades gerais, ou no âmbito de sua incidência processual, por exemplo.

### **3.3.2 A pessoa e o sujeito de direitos.**

No desenvolvimento de seus pensamentos, Hans Kelsen<sup>150</sup> afirmava que a existência da pessoa somente se justificava na medida em que detinha deveres e direitos, o que importava dizer que, para ele, caso o indivíduo não pudesse titularizá-los não justificava a ideia de pessoa. Seria, portanto, necessário haver o reconhecimento de dois elementos: a pessoa e o ser humano e que tais conceitos não poderiam ser qualificados como sinônimos, por possuírem significados diferentes. Nesta medida, a definição de homem viria das ciências naturais, como a biologia, por exemplo, enquanto que a noção de pessoa nascia dos preceitos jurisprudenciais decorrentes da análise das normas jurídicas.

Portanto, para o autor, o ideal de pessoa não era, necessariamente, uma realidade, mas uma ficção criada a partir da própria ordem jurídica. A questão de titularização de direitos era fundamental para a sua configuração, o que impunha uma visão monolítica, pois não seria possível se falar em distinção entre pessoa física e jurídica. Sendo ambos qualificados a partir da viabilidade de exercício das obrigações e da percepção de direitos, qualquer diferenciação imposta seria inócua.

Neste mesmo sentido, Gustav Radbruch também entendia que a ideia de pessoa e de ser humano não poderia ser vista a partir da mesma perspectiva, pois aquele primeiro seria uma construção abstrata, já que oriunda do sistema de normas, enquanto que o segundo originar-se-ia a partir

---

<sup>150</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 132)

do parâmetro físico. Segundo o pensador, quando comparado os dois conceitos, haveria uma artificialidade do primeiro em face do segundo, pois os mesmos parâmetros que formam a capacidade jurídica não estão vinculados à essência da pessoa, haja vista que “não é inerente aos homens e às associações humanas, mas lhes é atribuída posteriormente pelo ordenamento jurídico”<sup>151</sup>, o que significava dizer que “todas as pessoas, tanto físicas quanto às jurídicas, são criações da ordem jurídica”<sup>152</sup>.

O direito brasileiro encara essa questão da pessoa com o aspecto da capacidade. Há no sistema jurídico os denominados entes despersonalizados, que, conforme se observa da denominação, são desprovidos de personalidade jurídica, mas, nem por isso, são vistos como castros de capacidade.<sup>153</sup> Para Paulo Luiz Netto, a qualidade de sujeito de direitos somente será reconhecida àquele que o sistema qualifique como pessoa. “Por não serem sujeitos de direitos, a capacidade que ostentam é desqualificada como de caráter meramente processual, ou legitimação, ou como parte de ofício”<sup>154</sup>

Trata-se, portanto de norma de ordem pública, cuja obrigatoriedade a pessoa não pode se eximir, tanto assim que o Código Civil apresenta em seu art. 1º o alcance da capacidade para todas as pessoas, conferindo, portanto, a viabilidade de titularização de direitos e deveres. Em abstrato, todos são capazes de possuírem direitos e deveres de forma igualitária, em atenção ao quanto determinado pela Constituição Federal sob o manto do princípio da igualdade.<sup>155</sup>

---

<sup>151</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 191.

<sup>152</sup> *Ibidem*

<sup>153</sup> Segundo Marcos Bernardes de Mello, “segundo o nosso entendimento, há mais sujeitos de direito que pessoas. Todo ente, independentemente de que seja pessoa, a que as normas jurídicas atribuem algum direito, ou simples situação jurídica de capacidade, como qualidade, qualificação ou capacidade qualquer (e.g. capacidade de ser parte), tem entrada no mundo jurídico como sujeito, mesmo que limitadamente à situação que lhe é atribuída. Nessa condição de sujeito de direito, que não é pessoa, citamos: nascituro, o *mundum conceptus*, a herança jacente e a vacante, a massa falida, o condomínio (exceto condomínio tradicional), etc.” (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 100)

<sup>154</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Função atual da pessoa jurídica*. In: Revista de Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: RT, 1988, nº 46, p. 57)

<sup>155</sup> Sob uma perspectiva clássica, é possível encontrar referências à morte civil que significava a perda da capacidade civil do indivíduo. Apesar de ser mantido vivo, ele não tinha o reconhecimento por parte do ordenamento de nenhum dos atos praticados, quando do império romano. Pessoas, por exemplo, condenadas à morte, à prisão perpétua, ou mesmo os nascidos com deficiência tinham a sua capacidade geral suprimida, sendo integralmente banidos da viabilidade de exercício dos seus direitos. Por sua vez, ainda no direito romano, era possível identificar hipóteses de diminuição da capacidade civil como no caso da perda da liberdade, que causava a *capitis deminutio máxima*, a perda do *status civiltatis* que resultaria na *capitis deminutio media* e na alteração da situação familiar que desaguaria na *capitis deminutio mínima*. (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. Vol I. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de Direito. 1951, p. 68)

Apenas a título de exemplo, no direito romano clássico era possível encontrar inúmeros casos em que a capacidade era retirada do indivíduo. A primeira hipótese que pode ser citada estava na relação existente com os escravos que, em razão da sua completa situação de submissão, eram reconhecidos como *res* e não como pessoas, o que o afastaria da perspectiva de sujeito de direitos. Da mesma forma, os portadores de deficiência também não eram vistos como pessoas detentoras de capacidade genérica, exatamente em decorrência de suas limitações intelectuais ou físicas, sendo-lhes negada a personalidade, pois considerados como não humanos<sup>156</sup>. Por fim, as mulheres também entrariam neste rol restritivo, haja vista que, naquela época, o gênero feminino era visto como naturalmente incapaz, apenas em razão do seu sexo, para o exercício de qualquer atividade que se voltasse para relações jurídicas.<sup>157</sup>

As Declarações de Direitos vinculadas aos indivíduos, que foram promulgadas ao longo de décadas acabaram por sepultar a diferenciação existente na época clássica. Estabeleceram prerrogativas inalienáveis e imprescritíveis que se vinculavam a um sujeito livre e consciente como sendo titular de direitos e obrigações. Apesar da evolução, os conceitos de igualdade material e de dignidade de pessoa humana ainda não tinham grande importância para o ordenamento, pois focava-se numa perspectiva individualista e não nos ideais de socialidade e solidariedade atualmente existentes.

O transcender dos tempos acaba conduzindo ao imperativo categórico suscitado por Kant, segundo o qual o indivíduo existe como um fim em si mesmo e, por consequência, não pode ser visto como um meio. A dignidade da pessoa humana começa a florescer o que significa dizer que a pessoa é visualizada a partir de uma realidade antecedente à norma. Todo o sistema jurídico deveria circundar os interesses deste indivíduo, sendo ele o ponto de partida do todo.<sup>158</sup>

---

<sup>156</sup> Sobre o tema, vide: CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957

<sup>157</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. vol I, atual. rev. amp. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 134

<sup>158</sup> Segundo Rogério de Ruggiero, “Desaparecida, com a abolição da escravatura, qualquer distinção entre homens livres e escravos (segundo a qual no mundo romano somente os primeiros eram sujeitos de direito, não o sendo os segundos que muitas vezes eram tratados como simples *res*), todos os homens são hoje sujeitos de direitos, visto que todos são deles capazes. A capacidade de vontade é o pressuposto da pessoa e tal capacidade é pelo direito moderno reconhecida a todos; o conceito de capacidade identifica-se, assim, com o de personalidade.” [...] “Olhando o homem como pessoa, tem ele uma série de faculdades ou poderes que não se podiam desprezar sem lhes negar essa qualidade de *pessoa*. Essas faculdades, que uma terminologia antiga chamada *direitos inatos*, e que a escola de direito natural concebe como preexistente ao seu reconhecimento por parte do Estado e declara absolutos e imprescritíveis, é certo resultarem da natureza humana, mas têm sempre no Estado a sua fonte de direitos essenciais da pessoa. Consistem nas várias liberdades que o direito objetivo garante ao homem, sejam essas liberdades de ação ou de pensamento, políticas ou civis, de associação ou religiosas etc. Surgem assim no indivíduo faculdades simples como: o direito à liberdade, à integridade pessoal, à vida e à honra, que no seu

Quanto o Código Civil afirma que toda pessoa é capaz de titularizar direito, o art. 1º passa a estabelecer a denominada capacidade de direito. Trata-se, sem dúvida, da modalidade mais ampla de capacidade, pois assegura a todos aqueles qualificados como pessoas a aptidão para titularizar direitos e deveres. Faz referência, portanto, a uma condição de tal forma vinculada ao indivíduo que o acompanha desde o seu nascimento – ou instituição, para as pessoas jurídicas – até a morte – ou a sua extinção quando se fala em ente abstrato. Na opinião de Silvio de Salvo Venosa, seria a capacidade a limitação ao exercício da personalidade, pois sendo ela plena teria o indivíduo tanto a aquela qualificada como sendo de direito, como rotulada como “de exercício”.

Marcos Bernardes de Mello<sup>159</sup> se destaca nos estudos voltados para a teoria das incapacidades. Seguidor dos ensinamentos de Pontes de Miranda, ele reconhece a existência de especificidades de capacidades, afirmando existir a capacidade geral e específica, sendo que, esta última, volta-se para a prática de determinados atos. Sendo assim, apenas a título de exemplo, para além daquela constante na teoria geral do direito, observa-se que o Código Civil apresenta um parâmetro diferenciado no que se refere à capacidade para ser empresário, para celebrar casamentos, entre outros. Além das espécies que podem ser rotuladas de capacidades privadas, há, também aquelas de direito público que abrangem, por exemplo, aspectos processuais, como a capacidade postulatória.

De fato, ainda que existam capacidades específicas, todas elas partem do aspecto geral constante no Código Civil<sup>160</sup>. Pode-se falar, inclusive que as espécies previstas no Código são decorrentes da generalidade daquela estampada nos artigos 3º e 4º, do diploma vigente, não podendo haver conflitos normativos entre elas. Sendo assim, por exemplo, no que se refere à capacidade casamentária, o legislador civilista estabeleceu a faixa etária de dezesseis anos, hipótese esta que, no âmbito da capacidade genérica alcança-se o sujeito relativamente incapaz.

Pode até parecer que exista certa incongruência, pois, como poderia o ordenamento reconhecer ao indivíduo a capacidade para casar, se na perspectiva da capacidade geral ele não tem autonomia plena para a prática de atos da vida civil. Essa ilogicidade, por sua vez finda-se com

---

conjunto constituem a personalidade. (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Trad. Atual por Paolo Capitanio. 2 ed. vol 1. Campinas: BestSeller, 2005, p. 276-277),

<sup>159</sup> Sobre o tema vide MELLO, Marcos Bernardes. *Achegas para uma teoria das incapacidades em direito*. In: Revista de Direito Privado, vol 3/200, p. 9-34.

<sup>160</sup> Saindo da perspectiva do direito civil, deve-se lembrar que no Direito Eleitoral, há o reconhecimento da capacidade para votar aos dezesseis anos.

a análise mais específica dos artigos que tratam do tema, pois, apesar de reconhecer a viabilidade de celebração matrimonial para aqueles maiores de dezesseis anos e menores de dezoito, o ordenamento não dispensa a anuência dos genitores, o que resulta no reconhecimento do equilíbrio sistêmico.<sup>161</sup>

### **3.3.3 Capacidade e legitimação: esclarecimentos necessários.**

A identificação de conceituações legais específica é de fundamental importância para o transcurso correto do trabalho. No que se refere à capacidade não poderá haver conflitos com o conceito de legitimação, apesar de ambas estarem diretamente vinculadas à titularidade para atuação em determinadas situações jurídicas.

A legitimação é o reconhecimento da validade do ato jurídico de acordo com a situação fática específica, ou seja, ela somente poderá ser verificada diante do ato jurídico específico, ou, em outras palavras, apenas no momento da sua prática. Trata-se, então de uma atuação pontual, quando o sistema reconhece ao sujeito a viabilidade para a prática de um ato certo e determinado. No entendimento de Carnelutti<sup>162</sup>, enquanto a capacidade deveria ser vista a partir da perspectiva do sujeito em si mesmo, a legitimação seria a observância deste em relação com as outras pessoas.

Dito isso, a construção a ser elaborada deve ser no sentido de que a capacidade perfaz sua formação genérica, enquanto que a legitimação é a face específica da moeda. Para que se pratique um ato válido, necessário que haja, anteriormente, o reconhecimento da capacidade do indivíduo que atua. Independentemente de qual o ato incidente, ela deverá ser reconhecida pelo ordenamento. Por se tratar de cunho mais específico, a legitimação somente será analisada quando da prática do ato em si, e, ainda, de forma posterior, conforme mencionado

---

<sup>161</sup> Sobre o tema, vide os seguintes artigos do Código Civil:

art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

Art. 1.518. Até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização.

Art. 1.519. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz.

Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

<sup>162</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do direito*. Trad. A. Rodrigues Queiró e Arthur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural Edições, 2006, p. 361.

Um exemplo bastante dinâmico que poderá ser citado para demonstração dessa diferenciação está nos atos praticados pelos cônjuges<sup>163</sup>. Imagine que um casal cujo matrimônio seja regido pelo regime da comunhão parcial e que resolve comprar um bem. Apenas um deles tem recursos financeiros para a aquisição do mencionado imóvel. Por ser capaz, ele poderá titularizar o ato jurídico e ser o novo proprietário do bem em questão. Já se a opção for pela venda do imóvel, ele não terá a mesma legitimidade que detinha para a sua compra, pois o sistema retira a amplitude de sua atuação, na medida em que exige a participação do outro cônjuge quando da assinatura do contrato que resultará na alienação do bem.<sup>164</sup>

Especificamente no que se refere ao aspecto processual, percebe-se que a ideia de legitimidade também será utilizada para a qualificação daqueles que se encontram habilitados para atuarem em um dos polos da demanda. O sistema foi construído com base na ideia do sujeito de direito ideal, pois, conforme dito, erigiu-se o parâmetro de um ser detentor de pleno discernimento para a prática dos atos da vida civil e imbuído na liberdade para manifestação da sua vontade de forma autônoma. Todos aqueles que não se encaixassem nesse parâmetro teriam o reconhecimento da prática dos seus atos excluídos do âmbito jurídico, o que não deixa de alcançar, também, a perspectiva processual.

A vinculação é explícita, ou seja, para que se possa figurar como titular da relação processual, o sujeito que pretende ocupar tanto o polo passivo como o polo ativo, deverá ser detentor da capacidade plena de exercício de direito<sup>165</sup>. Somente a partir da sua identificação é que será

---

<sup>163</sup> Silvo de Salvo Venosa utiliza outro exemplo em direito de família, quando afirma que “ toda pessoa tem capacidade para comprar ou vender.” [...] “Desse modo, o pai, que tem a capacidade genérica para praticar, em geral, todos os atos da vida civil, se pretender vender um bem a um filho tendo outros, não poderá fazê-lo se não conseguir a anuência dos demais filhos, não poderá fazê-lo se não conseguir a anuência dos demais filhos. Não estará ele, sem tal anuência “legitimado” para tal alienação. Num conceito bem aproximado da ciência do processo, legitimação é pertinência subjetiva de um titular de um direito em relação a determinada relação jurídica. A legitimação é um *plus* que se agrega à capacidade em determinadas situações.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Parte Geral. 15 ed. São Paulo: 2015, p. 139)

<sup>164</sup> Para Marcos Bernardes de Mello, “enquanto a incapacidade leva, sempre, à invalidade, a falta de legitimação pode acarretar (a) somente a ineficácia do negócio jurídico em relação ao titular do bem ou direito de que se dispôs, ou, em algumas espécies, (b) a nulidade, como ocorre na transmissão pela efetiva tradição do bem móvel” (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 36)

<sup>165</sup> Sobre o tema, destaca-se o seguinte precedente do STJ do resp. 875.612/MG cuja relatoria do Min. Raul Araújo acabou por enfatizar a questão vinculada à incapacidade e a proteção processual a ele conferida. É interessante notar que, independentemente do polo processual, o Relator afirmou que deve ser direcionada a tutela jurídica diferenciada ao incapaz, conforme se observa: **RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO. AUTOR CÔNJUGE VARÃO INTERDITADO. REPRESENTAÇÃO POR CURADOR. RÉ DOMICILIADA EM COMARCA DIVERSA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. DOMICÍLIO DA MULHER EM CONTRAPOSIÇÃO AO DO INCAPAZ (CPC, ARTS. 98 E 100, I). NORMAS DE CARÁTER PROTETIVO. PREVALÊNCIA, NO CASO, DA REGRA QUE PRIVILEGIA OS INTERESSES DO INCAPAZ, INDEPENDENTEMENTE DA POSIÇÃO QUE OCUPE NOS POLOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL. RECURSO PROVIDO.** 1. Neste recurso, tirado de exceção de incompetência deduzida em ação de divórcio direto litigioso, estão em confronto os interesses da ré, cônjuge feminino, que

reconhecida a viabilidade para o exercício do direito de petição – acesso à justiça – de forma autônoma, ou, em outras palavras, é a partir de então que se reconhece a legitimidade processual. Inexistindo essa capacidade específica de exercício, disponibiliza o ordenamento a figura da representação/assistência que tem como fito genérico a missão de suprimir a incapacidade de exercício.

Assim como ocorre com o direito civil material, o âmbito processual também apresenta a capacidade de direito e a de exercício. A fim de assegurar o acesso à justiça, a norma instrumental garante a todos aqueles que tenham aptidão para ser sujeito de direito a autorização para figurar no polo de uma demanda processual. Ocorre que, o exercício do direito de petição não pode ser feito por qualquer indivíduo. Apesar do reconhecimento do direito fundamental, não terá ele, em alguns casos, a capacidade específica para iniciar um processo, quando lhe será imposto a participação de uma terceira pessoa para exercitar sua demanda, como dito, na condição de representante ou assistente.<sup>166</sup>

---

objetiva, com espeque no art. 100, I, do CPC, a prevalência do foro especial de sua residência, e os do cônjuge varão incapaz, representado por curador, de que prepondere o do domicílio deste, com fundamento no art. 98 do CPC. 2. A regra processual do art. 98 protege pessoa absoluta ou relativamente incapaz, por considerá-la mais frágil na relação jurídica processual, quando litiga em qualquer ação. Assim, na melhor compreensão a ser extraída dessa norma, não há razão para diferenciar-se a posição processual do incapaz. Figure o incapaz como autor ou réu em qualquer ação, deve-se possibilitar ao seu representante litigar no foro de seu domicílio, pois, normalmente, sempre necessitará de proteção, de amparo, de facilitação da defesa dos seus interesses, mormente em ações de estado. 3. No confronto entre as normas protetivas invocadas pelas partes, entre o foro da residência da mulher e o do domicílio do representante do incapaz, deve preponderar a regra que privilegia o incapaz, pela maior fragilidade de quem atua representado, necessitando de facilitação de meios, especialmente numa relação processual formada em ação de divórcio, em que o delicado direito material a ser discutido pode envolver íntimos sentimentos e relevantes aspectos patrimoniais. 4. Recurso especial provido para julgar improcedente a exceção de incompetência do juízo oposta pela recorrida. (REsp 875.612/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 17/11/2014)

<sup>166</sup> É interessante notar que a capacidade processual – capacidade específica para prática dos atos processuais, ou seja: a legitimidade – é muito mais ampla do que a ideia de pessoa trazida pelo Código Civil. Isso porque, quando se fala em pessoa deve-se lembrar do quanto estabelecido no art. 1º do Diploma material, ou seja, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Portanto, pela simples condição de ser pessoa, o sistema civilista já reconhece a titularidade da capacidade de direito. Porém, esse mesmo complexo ordenamento reconhece a existência de abstrações que são qualificados como entes despersonalizados, ou seja, não são pessoas e, portanto, não detém a capacidade de gozo de que o artigo primeiro trata.

Há diversos exemplos no ordenamento, como no caso do condomínio, da massa falida e da herança, apenas para ficar com esses três mais comuns. Ocorre que, apesar de serem vistos como entes despersonalizados, a eles será garantida a legitimidade para ingresso junto ao poder judiciário ou para figurar no polo passivo das demandas, reconhecendo-se, assim, a sua legitimidade processual. Isso ocorre porque a norma processual reconhece a capacidade para todos aqueles entes que tenham a titularidade de situações fáticas.

### 3.4 HIPÓTESES DE INCAPACIDADE ABSOLUTA: UM OLHAR SOBRE A PREVISÃO LEGAL

Realizada a abordagem mais ampliativa acerca da teoria das incapacidades, o próximo passo será destinado às hipóteses apresentadas pelo Código Civil na construção desta estrutura. Por serem, tradicionalmente, situações em que sua aplicabilidade depende, expressamente, de disposição legal, o sistema normativo deve ter em seu texto, num rol taxativo, as situações ali previstas. Lembre-se que isso não resulta na sua imutabilidade ao longo do tempo, até mesmo porque o que se deve buscar é a adequação perfeita aos anseios sociais, cuja evolução é muito mais veloz do que os passos dados por aquele primeiro.

Diante disso, a abordagem temática deve se iniciar a partir do trato das situações referentes à incapacidade absoluta, atravessando-as até alcançar aquelas destinadas às limitações da capacidade em seu âmbito relativo. Trata-se de um sistema de construção lógica o que autoriza a sua análise a partir da perspectiva etária por ser ela a mais fundamental de todas as incapacidades exatamente por conta da ausência de discernimento que é característico no sujeito em tenra idade.

#### **3.4.1 A primeira de todas as hipóteses: a incapacidade em razão da idade**

Tanto no que se refere ao sistema civil revogado, quanto ao que atualmente encontra-se em vigor, a previsão primária referente ao sistema de incapacidades é destinada à gradação etária para o alcance da capacidade absoluta. Independentemente do Código que se queira realizar a abordagem, será possível encontrar dois pontos de similitudes: a) a opção pela divisão em incapacidade absoluta e relativa; e b) a opção pela indicação da faixa etária hábil à progressão da capacidade, até o alcance da sua plenitude.

Apesar das escolhas semelhantes – exatamente por se tratar de política legislativa – o Código Civil de 2002 apresentou marco teórico diferenciado no que se refere à aquisição da capacidade absoluta, pois reduziu a faixa etária, antes estabelecida em vinte e um anos, para o patamar de dezoito anos, *status* este mantido até os dias atuais. Optou, por sua vez, na manutenção da idade de dezesseis anos para o estabelecimento da incapacidade relativa, não havendo que se falar em mudança comportamental quando comparado com seu antecessor.



Por se referir a um momento inicial da existência humana, as primeiras hipóteses de incapacidade são preenchidas com o adimplemento de um lapso etário específico. De fato, há logicidade na escolha do alcance de determinada idade como seu elemento formador já que há preocupação com a questão do discernimento para a prática de atos. Partindo-se para uma análise ampliativa, é possível perceber que o trato da matéria em diversos países encampa linha de pensamento similar àquela existente, ou seja, o reconhecimento de hipóteses de gradação da incapacidade de acordo com a faixa etária do indivíduo<sup>167</sup>.

Não se quer mencionar, com isso, que o tratamento é isonômico. Como já dito, o próprio direito pátrio adotou mecanismos para alterar o limite para se alcançar a capacidade plena, apesar de deixar intacto aquele referente à incapacidade relativa. Inexiste qualquer tipo de convenção ou acordo internacional que estabeleça um limiar etário generalizado. Cada nação terá sua autonomia para estabelecer os parâmetros que achar mais adequado no que concerne à idade necessária para considerar a pessoa como absolutamente ou relativamente incapaz.

Efetivamente, o indivíduo quando com tenra idade não terá o seu pleno discernimento para a prática de atos da vida civil. Ele necessitará, sem dúvidas, de auxílio de pessoas cuja vivência seja maior para que possam guia-lo nos seus primeiros passos. Diante disso, não há qualquer erro em destacar que a incapacidade por conta da idade é uma opção necessária por parte do sistema jurídico, evitando-se, assim, abusos que poderiam ser perpetrados contra pessoas em estágio de desenvolvimento.

No que se refere à questão da incapacidade por faixa etária, deve-se lembrar que apesar do sistema ainda permanecer com contornos bastante semelhantes com aqueles existentes outrora, haja vista que a única diferença identificável foi a alteração do limite para a capacidade plena de vinte e um, para dezoito anos, o tratamento conferido aos indivíduos assim qualificados como incapazes sofreu grandes alterações, principalmente, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>167</sup> Segundo Francisco Amaral, “legado do direito romano, até hoje existente na cultura do mundo ocidental, traduz-se em alguns institutos de direito civil, assim como a teoria da personalidade, a capacidade de direito, a teoria dos bens e os direitos reais, a teoria da posse, a teoria geral das obrigações e a sucessão.” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 113)

### 3.4.1.1 Da proteção da autonomia da vontade à proteção do indivíduo

Por se lastrear num sistema fundado na figura de um sujeito idealizado como perfeito, o ordenamento jurídico brasileiro, simplesmente, excluía do convívio social aqueles que não se adequavam à figura legalmente desejada. Estes eram considerados como absolutamente incapazes e como tais estavam excluídos do trato autônomo das relações sociais, hipótese esta que abrangia os indivíduos de zero a vinte um anos incompletos. Para eles, havia apenas uma, relativa, preocupação com a questão criminal.

Não é por acaso que se utilizou a expressão “relativa” quando mencionado o aspecto infracional. Isso se justifica em razão de toda construção legal vigente à época. Apesar de não ser matéria destinada ao tratamento temático desenvolvido no presente trabalho, cumpre salientar que antes da entrada em vigor do atual Estatuto da Criança e do Adolescente, o denominado “direito menoril” era regido pelo Código de Mello Matos e, posteriormente, pelo Código de Menores, que estabeleciam um parâmetro de tratamento excludente onde as imputações criminais eram direcionadas apenas para os menores desprovidos de capacidade econômica<sup>168</sup>.

---

<sup>168</sup> Sobre o tema, lembra Jader Cirqueira de Souza que: “Assim, a fase menorista caracterizou-se pela postura punitiva, sobretudo dos menores pobres e abandonados, os quais eram internados em orfanatos, abrigos, asilos etc. O Juizado de Menores protagonizava as ações pseudoprotetivas. As políticas públicas assistencialistas eram ditadas pelo governo federal. Enfim, passou-se pela tutela penal indiferenciada, pela fase da proteção essencialmente religiosa e pela penúltima, denominada de fase menorista.

RIZZINI destaca com precisão a aliança que se estabeleceu entre a Justiça e Assistência que, se de alguma forma, trouxe contribuição inexpressiva, na prática perpetuou, por décadas, o tratamento inadequado oferecido às crianças brasileiras, tornando o Estado brasileiro meramente assistencialista, sob a tutela do Juizado de Menores. Ao se fazer uma análise das leis brasileiras que perduraram durante o século XX, particularmente o revogado Código Civil de 1916, o qual permaneceu em vigor até 2002, observa-se que a proteção dos direitos dos menores era eminentemente patrimonial.”

[...]

“Depois de vários séculos de abandono, de 1985 a 1988, o Brasil viveu o ressurgimento dos embriões dos movimentos sociais, iniciados no começo do século XX, refutados pelas ditaduras de 1937 e 1964, e agora com mais força política e organizados em suas bases de atuação.

Os principais atores sociais da época, políticos, advogados, religiosos, bem como os demais setores institucionais mais esclarecidos, insatisfeitos com a continuada verticalização das ações menoristas, a manutenção do estado de penúria da juventude mais humilde e o perfil institucional impróprio do Poder Judiciário, em virtude da própria formação dos magistrados, preparados para o julgamento e não para desenvolverem atividades executivas e legislativas e do desvio das funções jurisdicionais típicas, fomentaram intensas discussões no Parlamento que culminaram, em 1988, com a inclusão do art. 227 da CF/88, o qual cristalizou a doutrina da proteção integral e tratou das crianças e adolescentes – pela primeira vez – na linha da Convenção Internacional de Direitos de 1989. Na sequência histórica, em 1990, com a entrada em vigor do ECA, o país recebe uma das mais modernas legislações protetivas dos direitos infantojuvenis, seguidamente copiada pelas mulheres, vítimas da violência doméstica, pelos portadores de necessidades especiais, índios, idosos etc.

Na atual realidade legislativa, os demais diplomas legais que regulamentaram os direitos das minorias raciais, étnicas etc., utilizam-se dos paradigmas assemelhados do ECA, numa prova de sua força social e jurídica, sendo formatados vários microssistemas semelhantes.

Caso fossem detentores de patrimônio, os menores de vinte e um anos seriam tutelados pelo Código Civil que, diante do seu sistema excludente, estabelecia uma espécie de escudo para os atos praticados por estes indivíduos, o que conduziu a história a apontar a existência de duas normas para resolver os imbróglis referentes os menores de idade: aos ricos, caberia o Diploma Civil, enquanto que aos pobres, a tutela era desenvolvida pelo Código de Mello Matos e, posteriormente, pelo Código de Menores.<sup>169</sup>

---

Em síntese, é possível destacar que a proteção das crianças e dos adolescentes passou por três fases históricas: a primeira, da tutela penal indiferenciada, em que os menores eram lançados nas cadeias e presídios, nas mesmas condições dos adultos; a segunda, caracterizada pela marcante atuação dos juizados de menores e a centralização das ações governamentais, sendo os menores objeto de direito; e a terceira, que situa as crianças e adolescentes na condição jurídica de titulares de direitos e de deveres, ainda em evolução (ainda que tardia).” (SOUZA, Jadir Cirqueira de. *Violência Escolar*. São Paulo: Pillares, 2012, p. 210)

<sup>169</sup> Neste sentido, destaca-se o entendimento de Abadio Baird e Leticia Campos Baird. “TIMM apud KONZEN decifra a adolescência como: "um tempo da vida 'de intensificação de experiências, mudanças, sentidos, medos e ousadias; um tempo em que a dialética entre limites e a superação de limites, entre obstáculos e o gosto em desafiá-los e superá-los, se expande ainda mais, em todos os sentidos e direções; uma criatura exposta, uma pessoa em crise por excelência." A história do Direito Juvenil, conforme MENDEZ, é dividida em três etapas:

de caráter penal indiferenciado: cujo conteúdo foi eminentemente retribucionista, considerando os adolescentes da mesma forma que os adultos, sendo com estes recolhidos para fins de aplicação de penas privativas de liberdade. Vigeu do século XIX até a primeira década do século XX. de caráter tutelar: decorreu esta fase da indignação moral decorrente das barbáries cometidas na primeira etapa; sua lógica culminou (no cenário brasileiro) na Lei de Assistência Social de Menores Delinquentes e Abandonados, editada em 1923, no Código Mello Matos, de 1927 e, posteriormente, no Código de Menores de 1979. de caráter penal juvenil: delineada por ocasião da Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), inaugurou um processo de responsabilidade juvenil. Assentou-se no ano de 1989 com a aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança, que passaram, a partir de então, a contar com força coercitiva para os Estados signatários, dentre os quais, o Brasil. COSTA, referindo-se ao nascimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, comemora com esperança e nos seguintes termos:

"Mais do que um projeto de lei, que, aprovado pelas duas casas do Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente, se tornou lei, o Estatuto da Criança e do Adolescente segue sendo um projeto. Um projeto de sociedade."(grifo nosso)

Divisor de águas no trato da questão da criança e do adolescente, a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, regulamentou o espírito da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 e a letra da Carta Constitucional Brasileira, promovendo, por meio da incorporação dos fundamentos da Doutrina das Nações Unidas de Direito da Criança, transformações que suplantaram as sendas jurídicas, alcançando as realidades social e política brasileiras.

Observando a Doutrina da Proteção Integral, segundo a qual reconhece a criança (até doze anos incompletos) e o adolescente (até 18 anos incompletos) enquanto sujeitos de direito, pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, independentemente de sua condição social, econômica ou familiar, rompeu-se com a famigerada Doutrina da Situação Irregular, que bipartia a infância entre as crianças cujos direitos eram assegurados (crianças em situação regular) e aquelas tidas por "menores", objetos da lei, por estarem em situação irregular, sistema este reforçoso da exclusão social.

Doravante, o tratamento legal a ser impingido ao adolescente a que se atribui a prática de uma conduta descrita na lei como crime ou contravenção penal deve, necessariamente, perpassar por uma leitura dos direitos fundamentais. Imperioso, portanto, traçar as características principais da Doutrina da Proteção Integral e uma perspectiva da pessoa do adolescente visto sob o prisma de condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sujeito de suas ações para, assim, melhor poder reler-se o ato infracional e adequá-lo à justiça penal restaurativa.

Segundo KONZEN, "o paradigma da Convenção, base principiológica do que se convencionou chamar de Doutrina da Proteção Integral, propôs formas e limites ao poder do Estado de restringir ou privar de liberdade".<sup>240</sup> O precitado autor sintetiza os postulados desta Convenção, que, ademais, são tradutores do âmago da doutrina da proteção integral, conforme:

"(i) estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presume que a criança não tem capacidade para infringir leis penais; (ii) vedação da tortura e dos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes; (iii) respeito ao princípios da reserva legal, presunção de inocência, ampla defesa, celeridade, juiz natural, assistência judiciária, oitiva

A entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 alterou a forma como o sistema encararia os menores de dezoito anos. Com a promulgação da Lei 8.069/90, aqueles que se encontravam na faixa etária de zero aos dezoito anos passaram a ser qualificados como criança e adolescente e, aliado à previsão constante no art. 227, da Constituição Federal<sup>170</sup>, modificaram sua postura

---

pessoal, direito ao silêncio, privacidade, igualdade na relação processual, revisão das decisões, desjudicialização e da existência de medidas alternativas à institucionalização.; (iv) tratamento digno do privado de liberdade, levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa em idade de desenvolvimento: contato com a família, acesso à assistência, em especial à jurídica; (v) tratamento proporcional às circunstâncias e ao tipo do delito." Denota-se, portanto, que a medida sócio-educativa não tem caracteres tutelar ou protetor. Torna-se sujeito de direitos e que, com o advento da proteção integral, passou a contar com possibilidade concreta de resistência à imputação, superando o mito da incapacidade.

O outro esteio do direito sócio-educativo - reconhecimento da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento - remete à noção de respeito à difícil fase pela qual passa o adolescente; assim, na hipótese de prática de ato infracional, ao adolescente é reconhecida a responsabilidade penal, contudo, trata-se de uma responsabilidade penal diferenciada, em que se reforça antes a necessidade de se perceber as consequências do comportamento, viabilizando, assim, um processo educativo ("atendimento às necessidades pedagógicas") calcado na atribuição de responsabilidade. [...]". (BAIRD, Abadio; BAIRD, Letícia Campos. *A justiça Restaurativa e Direito Penal Juvenil: uma perspectiva*. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da; CONTAR, Carlos Eduardo; PUCCINELL, André. *Estudos Contemporâneos de Direito Público*. São Paulo: Pillares, 2010, p. 341-359)

<sup>170</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos: § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos. II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins. VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. § 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. § 8º A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas

diante do sistema jurídico, pois passaram a ser visto como sujeitos de direito. Tiveram, a partir de então, um importante reconhecimento, na medida em que foram qualificados como pessoas em desenvolvimento, imprimido-se a necessidade de um trato diferenciado em suas demandas.

Com isso, o arcabouço normativo dava os primeiros passos para uma tutela diferenciada destinada a esse grupo de indivíduos. Interessante notar que apesar da mutação constitucional e de todas as consequências dela decorrentes, o Código Civil de 1916 permaneceu hígido quanto a teoria das incapacidades que, inclusive, se perpetuou para o Diploma vigente.<sup>171</sup>

Não se trata, ao que transparece, de uma efetiva falha do diploma atual, mas sim de uma ausência de mutação da estrutura existente em face do pensamento constitucional vigente. Isso porque, quando da proposta de implementação de um novo Diploma civilista, o país ainda experimentava a linha de entendimento segundo a qual as lentes apenas enxergavam o patrimônio como principal elemento de defesa por parte do direito. Era a época em que o Direito Civil remetia ao centro do universo jurídico, sendo todos os demais ramos dos direitos como planetas que deveriam gravitar ao redor do sol.

O projeto do Código Civil capitaneado por Miguel Reale chegou ao Congresso Nacional nos idos da década de setenta, momento em que o Brasil experimentava uma forte limitação às liberdades e o sustento de uma linha de entendimento aderente a institutos mais tradicionais. Nesta época, há pouco, havia sido promulgada, por exemplo, a Constituição de 1969 que estabelecia expressamente em seu texto o reconhecimento da família apenas como sendo aquela formada pelas relações matrimoniais, demonstrando, assim, ainda, forte influência da religião católica sobre o ordenamento jurídico pátrio.

O advento da Constituição Federal de 1988 trouxe novas luzes perante o direito. As antigas lentes embaçadas pelo ideal patrimonialista foram trocadas por novas, onde a dignidade da pessoa humana passou a reinar de forma plena. O patrimônio em detrimento ao indivíduo se

---

<sup>171</sup> Não se deve confundir os conceitos de incapaz absoluto ou relativo com o ideal de criança e adolescente. Neste último caso, a sua qualificação é apresentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8069/90 – e, como tal, afirma serem crianças aqueles indivíduos compreendidos entre zero e doze anos incompletos, enquanto que adolescentes são aqueles de doze completos à dezoito incompletos. Por sua vez, o Código Civil – Lei 10406/2002 – sustenta que será absolutamente incapaz a pessoa de zero a dezesseis anos incompletos e relativamente incapaz o sujeito que possua entre dezesseis anos completos à dezoito incompletos. Tratam-se de conceitos autônomos e, como tal, convivem harmoniosamente. Portanto, é possível se afirmar que existe previsão no sistema para o reconhecimento de adolescentes que ainda sejam absolutamente incapazes, desde que compreendam a faixa etária dos doze aos dezesseis anos incompletos.

tornou algo tão estranho quanto o era o indivíduo perante o patrimônio, num passado não muito longínquo.

Apesar da conclusão da minuta do que viria a ser o Código Civil ocorrer em 1972, até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o projeto ainda não tinha sido votado. Isso demonstra o quão demorado foi o seu trâmite, interferindo diretamente na formatação das suas normas. Aliás, quando do incremento do ritmo de transcurso do rito de aprovação, esta foi desenvolvida de forma assoberbada, numa tentativa de compensação do tempo gasto para sua maturação.

A alteração da linha filosófica passou a justificar a restrição da capacidade aos menores de dezoito anos – nos primeiros anos da Constituição Federal, aos menores de vinte e um anos – como uma tutela mais protetiva do indivíduo ali existente. O posicionamento que antes se justificava em razão do trato dos negócios jurídicos, passou a ganhar uma razão mais humanista. A alteração hermética foi decorrente do reconhecimento da isonomia material em detrimento daquela meramente formal, o que justifica uma maior proteção aos qualificados como “pessoas em desenvolvimento”<sup>172</sup>.

Diante disso, pode-se afirmar que, num primeiro plano, o sistema das incapacidades expressa a preocupação com o discernimento daquelas pessoas atualmente consideradas como sujeitos em formação. Apenas a título de exemplo, crianças e adolescentes, antes da entrada em vigor da Constituição Federal, não eram considerados pelo ordenamento pátrio como sujeitos de direitos nos moldes atualmente reconhecidos, permanecendo excluídos da interação social, exatamente, por conta da teoria das incapacidades.

Porém, como dito, quando se caminha no sentido da análise mais completa acerca do tema, percebe-se que a expectativa da tutela do indivíduo pela sua simples condição de ser humano se perde, pois, o desenho conferido aos institutos que estabelecem a representação daqueles considerados como incapazes, ainda, mostra forte preocupação com a defesa do patrimônio sob sua titularidade. Apesar de toda evolução filosófica incidente, a questão da tutela e curatela apresenta contornos econômicos evidentes. A atenção principal ao estabelecer estes institutos

---

<sup>172</sup> Segundo Paulo Nader: “Antes de se buscarem as fórmulas legislativas para a regência dos fatos em geral é necessário que se investigue o ser dotado de razão, a fim de se revelar a sua natureza, índole, anseios, valores. A pessoa física, por seu conjunto de caracteres, é quem dita ao legislador a teleologia da ordem jurídica. Para alcançar os objetivos de paz social, indispensável que se conheça o ser humano em sua globalidade, pois a sociedade nada mais é do que o conjunto de pessoas que se interagem, desenvolvendo nexos de entrosamento e de solidariedade. O desafio que paira na ordem jurídica é o de promover as condições básicas para o funcionamento da sociedade e, dentro dela, o ambiente necessário para que a pessoa natural desenvolva todo o seu potencial criador” (NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. vol. 1. 9 ed. rev. amp. atual. São Paulo, GEN, 2010, p. 259)

era, sem sombra de dúvidas, de cunho patrimonial, importando-se, em segundo plano, com o âmbito da pessoa.

Apesar do quanto mencionado no parágrafo anterior, a modificação de pensamento pós Constituição Federal de 1988 foi de grande importância, pois, ao invés de manter a gênese intocável do pensamento excludente, passou a reconhecer a ideia de existência de sujeitos que necessitam de um tratamento diferenciado pelo ordenamento em face da sua condição peculiar. Erigiu-se à teoria da vulnerabilidade que impôs profundas alterações no ordenamento jurídico brasileiro com o passar dos anos<sup>173</sup>. Aqueles que antes eram merecedores de afastamento por parte do sistema jurídico passaram a ser reconhecidos como carentes de um tratamento mais próximo com contornos especiais, o que, por si só, justifica uma profunda mutação sistêmica, como será visto mais à frente.

#### 3.4.1.2 A idade e a incapacidade presumida

Retornando à análise da perspectiva etária do sujeito, esta qualificação assegurava o alcance da plenitude da capacidade apenas com o adimplemento da faixa etária fixada por lei. Com isso, num primeiro plano, basta que o indivíduo alcance os marcos etários estabelecidos para que ocorra a mudança na maneira como o ordenamento enxerga-o, concedendo-lhe, gradativamente, mais autonomia para a prática de atos da vida civil. Portanto, não há nenhum procedimento judicial que seja imposto para o reconhecimento da capacidade. Nestes casos, esta é automática, sendo adquirida pelo indivíduo como uma regra.

Originalmente, o artigo referente ao trato das pessoas desprovidas de discernimento pleno trazia consigo três hipóteses que, assim como ocorria com o direito pretérito, apresentava sua primeira vertente de incapacidade voltada para a questão da idade do agente. Nesta hipótese, o texto vigente não se diferencia do revogado, pois manteve-se a faixa etária de dezesseis anos como limite entre a incapacidade absoluta e a relativa<sup>174</sup>. Assim, para aqueles menores deste limite o

---

<sup>173</sup> Quando dedica estudo acerca dos absolutamente incapazes, Caio Mário da Silva Pereira sustenta que: “O verdor dos anos e a conseqüente inexperiência, o incompleto desenvolvimento das faculdades intelectuais, a facilidade de se deixar influenciar por outrem, a falta de autodeterminação e auto-orientação impõem ao menor a completa abolição da capacidade de ação. Não pode exercer nenhum direito” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. vol 1. rev. atual. 29 ed, 2016. São Paulo: Saraiva, p. 274).

<sup>174</sup> Sobre o tema, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal sustentam que “tendo sido estabelecida essa faixa etária em razão e critério baseado na compreensão da realidade, entendido o legislador faltar maturidade suficiente para

sistema jurídico não houvera apresentado qualquer alteração, na medida em que continuava a observá-los como pessoas desprovidas de pleno discernimento, o que significa dizer que sua manifestação de vontade não valerá para a prática de atos da vida civil, pois, “a consciência que a pessoa deve ter dos atos jurídicos e da importância dos seus efeitos, exige que se fixe um termo antes do qual a falta de maturidade da mente corresponda à incapacidade de agir.”<sup>175</sup>

Apesar da evolução social e de um maior desenvolvimento tecnológico com o acesso à informação mais facilitado, o Código Civil vigente resolveu manter a idade limite para a incapacidade absoluta em dezesseis anos, o que contrariou parte da doutrina<sup>176</sup> que afirmava ser necessária uma redução, assim como o fez com o marco para a capacidade plena. Sendo assim, diante de todos os comentários aplicados anteriormente não serão expostos maiores ponderações acerca deste tópico, haja vista que seria, apenas uma repetição do tratamento já apresentado.

A partir do adimplemento dos dezoito anos – vinte e um no dispositivo anterior – o indivíduo passa a ser presumidamente capaz, na medida em que poderia ter sua capacidade reduzida por conta de enfermidade ou limitações a ele inrentes. A capacidade será a regra, sendo a incapacidade condição excepcional. Sendo assim, ao completar dezoito anos, o sujeito será presumivelmente detentor de capacidade plena<sup>177</sup>. Apenas quando a legislação determine em sentido contrário é que poderá reconhecer ao indivíduo a sua incapacidade, seja relativa ou

---

manifestar vontade a esse grupo de pessoas. Ou seja, entende-se que o menor de 16 anos de idade não tem condições de manifestar a vontade, em face de seu exíguo desenvolvimento psíquico.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. V.1. rev. atual. amp. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 277)

<sup>175</sup> RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Vol 1. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 448

<sup>176</sup> Para Maria Helena Diniz, apesar do Código Civil de 2002 manter a mesma faixa etária daquela prevista no Código Civil de 1916 para os absolutamente incapazes, não houve acerto por parte do legislador na adoção desta opção. Isso porque, segundo seu pensamento, deveria ter havido a redução em dois anos para o limite da incapacidade absoluta, assim como o fez com a relativa. Diante disso, afirma a autora que: “Clóvis Beviláqua ao elaborar nosso Código Civil de 1916 considerou o desenvolvimento intelectual e o poder de adaptação às condições da vida em sociedade, fixando a incapacidade absoluta até que se atinjam 16 anos de idade. O atual Código Civil no art. 3º, I, manteve o mesmo limite de idade; todavia, tal limite deveria ser repensado, ante a mentalidade dos jovens aos 14 anos, que, hodiernamente, é bem mais desenvolvida do que na ocasião da promulgação do Código de 1916” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria geral do Direito Civil*. Vol 1. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 173)

<sup>177</sup> Para Caio Mário da Silva Pereira, “A lei não instituiu o regime das incapacidades como o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas, ao contrário, com o intuito de lhes oferecer proteção, atendendo a que uma falta de discernimento, de que sejam portadores, aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico procura restabelecer um equilíbrio psíquico, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficitários.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. vol 1. rev. atual. 29 ed, 2016. São Paulo: Saraiva, p. 272)



absoluta. Aliás, além da previsão legal, se fará necessário procedimento judicial com sentença transitada em julgado para reconhecer a mitigação da capacidade do sujeito.

A única hipótese em que há presunção de incapacidade refere-se à qualificação etária. Os que detém idade inferior à dezoito anos, são considerados pelo ordenamento como incapazes, a partir de uma perspectiva absoluta ou relativa, ou seja, com maior ou menor liberdade para prática de atos da vida civil de forma autônoma<sup>178</sup>. Diante desta limitação, necessariamente haverá uma terceira pessoa que será responsável por seus atos, o que será feito, naturalmente pelos pais que figuram como o representante/assistente dos filhos de forma automática por determinação legal.

O poder familiar impõe aos pais, enquanto não alcançada por seus filhos a idade de dezoito anos, atuar na defesa dos interesses deste. Nesta hipótese não será necessária qualquer intervenção judicial. Dispensa-se propositura de demanda ou mesmo sentença para reconhecer a condição de representante/assistente dos filhos qualificados como crianças ou adolescentes, pois esse *múnus* já é imposto expressamente pela legislação para aqueles que ocupam o *status* de pais.

Falecendo os genitores, ou sendo estes destituídos do Poder Familiar<sup>179</sup>, não haverá o reconhecimento automático da capacidade do indivíduo menor de dezoito anos. Por ser uma situação vinculada à idade, a pessoa continuará na condição de incapaz até o momento em que ultrapassar o limite etário legalmente previsto. Ocorre que, diante da inexistência daqueles que por lei foram indicados como responsáveis para a representação na prática de atos defensivos dos interesses dos incapazes, deverá haver a nomeação de alguém para ocupar esta condição. Surge, então, a necessidade de decisão judicial para constituição do representante, caso não haja a indicação realizada pelos próprios genitores, por exemplo, por testamento.

---

<sup>178</sup> Segundo Roberto de Ruggiero, “abandonaram-se assim as distinções clássicas dos Romanos, que justamente não equiparavam o *infans* ao *impuber pubertate proximus*, ou púbere apenas saído da impuberdade ao *minor XXV annis*, e graduavam ulteriormente ainda a capacidade” (RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1. 2 ed. Campinas: BookSeller, 2005, p. 448.)

<sup>179</sup> Art. 1.637, Código Civil. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1.638, Código Civil. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Percebe-se que em caso de cuidado decorrente da relação de paterno-filial, o *status* de representante é reconhecido de forma automática, sendo despicienda a intervenção do Estado-Juiz para a sua designação. Em sentido contrário, quando inexistem tais personagens, caberá ao julgador, através dos poderes que lhe são conferidos, regularizar a situação jurídica, evitando que os interesses dos absolutamente incapazes permaneçam isentos de atenção em face da sua condição limitadora da autonomia de gestão<sup>180</sup>.

Exatamente por conta disso é que se realizará o procedimento conhecido como tutela, pois somente assim será possível, através de decisão judicial, concretizar a substituição da moldura naturalmente determinada por outra criada através de decisão judicial. Isso explica, portanto, a incompatibilidade existente entre ela e o Poder Familiar<sup>181</sup>, pois enquanto houver este último não há que se falar naquele primeiro, haja vista que a sua função é, exatamente, supletiva à ausência dos pais.

Aquele que se encontra desprovido de proteção por parte do terceiro, que lhe representará, não poderá praticar atos da vida civil, e se o fizer, tais condutas serão qualificadas como atos desprovido de validade, exatamente, em face da gravidade do defeito que acomete a conduta do absolutamente incapaz. Razão outra não poderia existir: sendo desprovido de todo e qualquer discernimento para a condução das suas relações sociais, o absolutamente incapaz, quando pratica, por exemplo, um negócio jurídico terá sua declaração de vontade considerada como

---

<sup>180</sup> Para tais casos, o sistema jurídico prevê o instituto da tutela ou da curadoria de ausentes.

<sup>181</sup> Em interessante julgado, o STJ reconheceu a possibilidade de restrição do Poder Familiar – ali denominado de Pátrio Poder – conferindo a tutela a terceira pessoa para atuar nos específicos limites não alcançados por aquele instituto: **PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALIENAÇÃO DE BENS DE MENOR SUJEITO AO PÁTRIO PODER LIMITADO. EXCEPCIONAL COEXISTÊNCIA ENTRE PÁTRIO PODER E TUTELA. NECESSIDADE DE HASTA PÚBLICA E PRÉVIA AVALIAÇÃO DOS BENS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 429 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.** 1. Malgrado o precedente contido no julgamento do HC 83.255/SP pelo Supremo Tribunal Federal, fixando a interpretação de que o prazo recursal do Ministério Público tem início com a data da entrada dos autos naquele órgão, esta Corte preconiza que, nos processos anteriores àquele julgamento paradigma, a fluência do prazo só corre após o ciente pelo representante do parquet. 2. No caso dos autos, há um "conselho administrador" nomeado pelo juízo do inventário, encarregado da administração dos bens de menor, não obstante a mãe manter a guarda do incapaz. 3. Embora, em regra, o pátrio poder seja exercido de maneira irrestrita, abrangendo a pessoa e os bens dos filhos, é possível que excepcionalmente seja de modo limitado. Em tal hipótese, há coexistência entre pátrio poder e tutela, subordinando-se o tutor especial às regras legais relativas à tutela. 4. O exercício do pátrio poder só dispensa a necessidade de hasta pública para venda de bens do incapaz quando os pais administram os bens dos filhos. Caso contrário, imperiosa a aplicação do artigo 429 do Código Civil de 1916, a exigir hasta pública e demonstração de manifesta vantagem ao menor, razão pela qual também é indispensável a prévia avaliação dos bens. 5. Recurso especial provido. (REsp 434.701/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 02/02/2010) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 15 jun. 2016)

inválida no todo, resultando, assim, na condição de ato nulo<sup>182</sup>.

No trato deste tópico, percebe-se que durante o transcurso do tempo o legislador impôs alterações profundas na sua configuração. Traçando uma linha evolutiva, é possível identificar que a partir da promulgação do Código Civil de 1916 houve modificações sensíveis no que concerne às hipóteses de incapacidade absoluta, que, por sua vez, acabaram por resultar no delineamento da matéria com os contornos pós-Estatuto da pessoa com deficiência, sendo que um dos reflexos daí decorrente refere-se à matéria de estudo da presente tese.

### **3.4.2 Outras hipóteses de incapacidade absoluta: para além da questão etária**

Independentemente do diploma que se queira trabalhar, é possível constatar que o legislador apresentou de outras hipóteses de incapacidade absoluta. Destinado ao trato da matéria, o art. 5º, do Diploma revogado, e o art. 3º, do atual Código, arrolava quatro hipóteses em que se configurava a incapacidade absoluta.

No que se refere ao Código Civil de 1916, além da questão vinculada à idade, havia a previsão restritiva para os “loucos de todo gênero”, assim como para os “surdos-mudos que não puderem exprimir sua vontade” e para “os ausentes”, desde que tal condição seja reconhecida através de decisão judicial transitada em julgado. Tratavam-se de expressões, sem dúvida, eivada de preconceito e perspectiva excludente que mereceram fortes críticas doutrinárias.

#### **3.4.2.1 A expressão “loucos de todo o gênero” e sua incompatibilidade com o pensamento vigente**

Um dos pontos de maior resistência doutrinária quanto ao tema referente à teoria das incapacidades no Código Civil de 1916 está no inciso II, do seu art. 5º. Nele, o legislado determinou que será considerado como absolutamente incapaz “os loucos de todo o gênero”<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> Neste sentido, afirma o inciso I do art. 166 do Código Civil: “é nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz”

<sup>183</sup> Segundo o Washington de Barros Monteiro, “Todos os comentadores são unânimes em reconhecer a impropriedade da expressão. Preferível teria sido o uso da palavra alienados, esta sim, compreensiva de todos os casos de insanidade mental, permanente e duradoura, caracterizada por graves alterações das faculdades psíquicas” (MONTEIRO. Washington de Barros. *Direito Civil. Parte Geral*. 5 ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 72)

Sem sombra de dúvidas, refere-se a uma denominação infeliz para a finalidade que busca e que, na realidade, muito mais confunde do que auxilia na adequação da hipótese concreta ao caso abstrato.<sup>184</sup>

Para além da amplitude da expressão adotada – principalmente num período normativo em que o enquadramento à esfera legal era algo exigido socialmente – há também críticas no que concerne à própria enfermidade relatada pelo legislador como sendo “loucura”. Isso porque, segundo a linha de entendimento que a qualifica como uma doença há que se preocupar com a sua gradação, ou seja, nem todos aqueles supostamente qualificados como loucos, efetivamente, perdem o discernimento para a prática de atos da vida civil. Desta forma, o grau de interdição a ser adotado deve variar de acordo com a capacidade de atuação autônoma em atos da vida privada por parte do indivíduo e não o tratamento genérico conferido pelo legislador oitocentista.

O legislador de 2002 retirou a expressão. A pressão doutrinária e a dificuldade de averiguação do caso prático à hipótese abstrata, acabaram por resultar na opção legislativa de exclusão desta hipótese do quadro de incapacidades absolutas. Sendo assim, a segunda hipótese em seu texto original foi a incapacidade para aqueles que “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”. Abandonou-se a expressão

---

<sup>184</sup> Nina Rodrigues opõe-se a expressão “loucos de todo o gênero”, acompanhando e citando o pensamento transformado em letra do ilustre jurista Tobias Barreto: “Os loucos de todo gênero, a soma de todos eles é sempre inferior ao total dos que são irresponsáveis em consequência desse desarranjo (na economia psíquica) e daí podem resultar, como de fato tem resultado, não poucas injustiças no exercício da penalidade.

Comentários da mais alta capacidade e amplitude oferece Nina Rodrigues sobre a expressão alienação mental cuja origem está na Lei de 1838, do Código Francês, embora Pinel e Esquirol já a empregaram em diversas oportunidades no domínio das ciências médicas, porém, somente a partir da lei de 1838 entrou para a terminologia jurídica, o que sempre suscitou dúvidas, discussões e polêmicas de toda a espécie. Segundo Nina, ninguém melhor que Paulo Zacchias definiu a alienação mental. Ainda, conforme Nina, diante de tantas dúvidas não se poderia aceitar que o termo alienação mental do Projeto Beviláquia se aplicasse, genericamente, a todos os casos de doença mental, que, segundo ele, afora a surdo-mudez, deveria compor a legislação civil de um país. O próprio Beviláquia externou sua dificuldade em explicar a incapacidade em confronto com interdição, porquanto refere Nina a incapacidade tem mais extensão do que a interdição, pois nem todos os incapazes serão forçosamente interditos. Continuando seu belíssimo e criterioso julgamento, pois o que vem de critério é sempre bonito, ainda uma vez, Nina Rodrigues observa que na parte especial do Código de Beviláquia a expressão alienados de qualquer espécie deu azo a interpretação de casos de incapacidade civil por estados de insanidade mental estranhos à alienação. Finaliza Nina Rodrigues: “a não ser de fato, por uma convenção de puro arbítrio, jamais se conseguirá incluir, em loucos de todo o gênero, todos os casos de incapacidade civil por anormalidade ou perturbação psíquica, de que o Projeto não se ocupou, dando-os naturalmente por compreendidos naquela rubrica genérica. E estes são casos não só de estados permanentes de insanidade mental como de estados transitórios” (PACHECO, Maria Thereza de Medeiros. *Nina Rodrigues e o Direito Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.gmbahia.ufba.br/index.php/gmbahia/article/viewFile/297/287>>; Acesso em: 10 jan. 2016)

“loucos de todos os gêneros”, que era duramente criticada pela doutrina, para adotar um enunciado mais específico e que, em tese, facilitaria a sua aplicação ao caso prático<sup>185</sup>.

#### 3.4.2.2 Os Surdos-Mudos e a incapacidade do sistema em ouvir seus anseios

Ainda no que se refere à incapacidade absoluta, o legislador de 1916 apresentava o inciso III, do art. 5º, onde previa expressamente que os surdos-mudos, desde que sejam incapazes de exprimir sua vontade, também seriam alcançados pelo rol do mencionado dispositivo. Neste caso, transparecia que havia ali uma cautela do legislador que, diante da ausência de manifestação de vontade pelo seu titular, não poderia utilizar-se do sistema de presunção para encontrar o desejo do titular. Por conta disso, optou, então, por retirar a sua autonomia para o exercício de atos da vida civil, submetendo-o ao trato da representação que a ser exercida por um terceiro.

No caso do Código Civil de 2002, o legislador resolveu, também, retirar essa expressão, colocando em seu lugar a previsão de incapacidade para aqueles que por enfermidade ou doença mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil. Refere-se a patologia que deverá acompanhar o indivíduo mesmo quando ultrapassada a faixa etária limite de dezesseis anos e que, como sua consequência, resultará na redução do discernimento quanto aos atos da vida<sup>186</sup>. Exatamente por se referir à uma enfermidade, para o seu reconhecimento, necessitaria de decisão judicial proferida através de procedimento de interdição, onde houvesse a produção de provas e a manutenção da integridade da ampla defesa e do contraditório.

Uma vez submetido ao procedimento judicial, o enfermo terá a validade dos seus atos desconsiderada pelo ordenamento jurídico, necessitando da presença de um terceiro – que também será nomeado no mesmo feito – para figurar como seu representante. O trânsito em

---

<sup>185</sup> Ainda sobre o tema, afirma Maria Helena Diniz que: “Há diversas variantes de manifestações psicopáticas, ante o polimorfismo da insanidade. Por isso, entendemos, andou bem a legislação civil em não enumerar as formas de alienação mental, pois obrigaria o intérprete e aplicador a exigir da perícia difícilíssima diagnose de cada caso. Ora, o direito deve contentar-se com um critério prático: a simples afirmação de um estado de enfermidade ou deficiência mental, que reclame intervenção protetora, visto que a pessoa tornou-se absolutamente incapaz de prover aos próprios interesses, de dirigir sua vida, de exercer seus direitos, com discernimento, por ser doente ou por sofrer qualquer perturbação das faculdades mentais” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria geral do Direito Civil*. Vol 1. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 175)

<sup>186</sup> Lembra Maria Helena Diniz que: “Além disso, é preciso esclarecer, ainda, que, em direito, não se cogita em saber se a enfermidade mental parcial exerce influência sobre todos os atos do paciente e sim, se anomalia psíquica apurada, embora parcial, torna a pessoa incapaz para reger-se e administrar seus bens” (Ibidem)

julgado da sentença prolatada resultará no reconhecimento da incapacidade absoluta, com base na patologia que resultou na subsunção ao inciso II, do art. 3º, do Código Civil, o que significa dizer que para o direito pátrio ele não teria qualquer condição de figurar autonomamente nas relações sociais<sup>187</sup>.

Diante disso, não há que se falar em “intervalos de lucidez”<sup>188</sup>, pois, uma vez interditado, o sujeito somente recuperaria sua capacidade com outra demanda judicial na qual buscaria a restauração da capacidade jurídica para a prática de atos, tudo isso mediante a comprovação de que há, agora, discernimento hábil a autorizá-lo a participar da integração social sem a necessidade de um representante<sup>189</sup>. Portanto, pode-se afirmar que, ao contrário do que ocorre com o direito penal, não há como sustentar a ocorrência de capacidade intermitente, pois, como dito, uma vez declarada a sua incapacidade, esta somente será revertida mediante outra decisão

---

<sup>187</sup> Lembra Roberto de Ruggiero que: “Se a enfermidade mental não declara nem reconhecida por meio de um processo de interdição ou de inabilitação, mas existente no momento em que se faz um negócio jurídico, é causa de nulidade absoluta do ato, e pode ser invocada para impugnar a sua validade” (RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1. 2 ed. Campinas: BookSeller, 2005, p. 452)

<sup>188</sup> Em comentário à análise feita por Nina Rodrigues acerca do projeto do Código de Clóvis Beviláqua, Maria Thereza de Medeiros Pacheco afirma que o estudioso já analisava a questão da necessidade, ou não, de previsão legal para os intervalos de lucidez, conforme se observa: “Devia o Projeto conceder ou recusar aos alienados a capacidade civil nos intervalos lúcidos?”

Achei, por oportuno, registrar, ao pé da letra, todo o comentário efetuado pelo Professor Nina Rodrigues, tão judiciosas foram suas observações sobre os intervalos lúcidos e sua doutrina, com as devidas contestações ao Projeto Beviláqua. Complementa Nina, citando Linas (3) que a doutrina dos intervalos lúcidos tem seu primeiro aparecimento na Lei das Doze Tábuas (451 anos antes de Cristo) portanto, há mais de 22 séculos; a capacidade civil passou do direito romano ao português, de lá para o direito brasileiro, como consequência, e teve a aceitação dos Códigos espanhol, argentino, mexicano, mas, não foi incluída nos Códigos francês, alemão e outros.

O autor dos apontamentos ao Projeto Beviláqua refere que Teixeira de Freitas também foi muito infeliz na sua apreciação sobre os intervalos lúcidos. Continua Nina Rodrigues no seu comentário sobre o assunto esclarecendo que “a doutrina dos intervalos lúcidos é reconhecida por médicos e juristas, tem a sua sagração no direito escrito desde Justiniano a quem cabe ter feito a distinção justa e feliz entre os estados de lucidez equívocos e os verdadeiros intervalos lúcidos, a que chamou de “intervalla perfectissima”. No direito romano esta doutrina teve a consagração plena dos Tradadistas.”

O assunto foi, durante séculos, debatido pelos especialistas do mundo inteiro. Por último, Nina, afirmando que a análise psiquiátrica é, ao fim e ao cabo, quem vai concluir ou distinguir entre verdadeiros e falsos intervalos lúcidos, chamando a atenção que, sendo assunto de perquirição médica, juizes e leigos jamais poderão decidir. Daí, a crítica, mais uma vez, para melhor orientação do autor do Projeto, de consolidar o pensamento, no Código, e a garantia da análise médica, no particular. (PACHECO, Maria Thereza de Medeiros. *Nina Rodrigues e o Direito Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.gmbahia.ufba.br/index.php/gmbahia/article/viewFile/297/287>>; Acesso em: 10 jan. 2016)

<sup>189</sup> Conforme os ensinamentos de Maria Helena Diniz, “intervalos de lucidez, interrupções regulares, ou não, do estado de perturbação mental não obstam a interdição, como já dissemos. Todavia, é preciso esclarecer que imprescindível será que se tenha um estado duradouro, que justifique a interdição, não podendo ser um estado fugaz de falta de percepção. A alteração das faculdades mentais determinantes da interdição, nos casos do art. 3º, II do Código Civil, não consiste em manifestações passageiras, deve ser permanente, podendo não ser contínua. Nem há que se perquirir se há ou não validade jurídica de ato praticado em intervalo lúcido” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria geral do Direito Civil*. Vol 1. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 175)

judicial em sentido contrário<sup>190</sup>.

### 3.4.2.3 Os que não conseguem exprimir sua vontade também são incapazes

O Código Civil em vigor não se limitou apenas às hipóteses de enfermidade permanente que limita o exercício da vontade. Em seu texto original, constou uma terceira hipótese que, na realidade, tem uma incidência rotineira no mundo dos fatos. Afirma que havendo restrição na manifestação de vontade do indivíduo, ainda que de forma transitória, será ele considerado como absolutamente incapaz.

É interessante destacar que nestas situações não se faz necessária a vinculação a uma patologia. O que a norma quis alcançar, sem sombra de dúvidas, foi a impossibilidade do sujeito exprimir a vontade, independentemente da causa para tanto. Diante disso, Caio Mário da Silva Pereira cita exemplos que poderiam ser abrangidos por essa hipótese, como a “embriaguez, sono hipnótico, traumatismos, além de outras, tais com um descontrole emocional significativo, estado de coma, transe mediúnico, efeito de drogas”<sup>191</sup>

Outro destaque para a hipótese deste artigo está na condição de ser uma causa transitória, essa incapacidade deverá se limitar ao tempo ou ao fato que justifica a sua existência. Portanto, no caso, por exemplo, de um indivíduo que se encontre em situação de coma, internado em uma UTI hospitalar, ele deverá ser considerado como incapaz apenas durante o período comatoso, mediante procedimento judicial cabível. Ultrapassada essa situação, assim que reativar as

<sup>190</sup> Apenas a título ilustrativo, cita-se o entendimento jurisprudencial pátrio sobre o tema: “**INTERDIÇÃO.** Portador de esquizofrenia com crises psicóticas e internações frequentes Ausência do necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil Intervalos de lucidez que não obstam a interdição Desnecessidade de internação compulsória no caso concreto Sentença de improcedência reformada Recurso provido. (TJ/SP. APL 00090347320098260619 SP 0009034-73.2009.8.26.0619. 1ª Câmara de Direito Privado. Rel. Rui Cascardi. Pub. 13/09/2013). (TJ/SP. Tribunal de Justiça de São Paulo: Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 29 maio 2016)

**APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. INCAPACIDADE RELATIVA. PROVA PERICIAL. EXISTINDO NOS AUTOS PROVA DE QUE O INTERDITANDO NOS PERÍODOS [FASES] EM QUE É ACOMETIDO PELA DOENÇA É INCAPAZ PARA REGER OS ATOS DA VIDA CIVIL, DEVE SER DECRETADA A SUA INTERDIÇÃO PARCIAL, DE MODO A IMPEDIR-LHE A PRÁTICA DE ATOS NEGOCIAIS SEM A ASSISTÊNCIA DA CURADORA. OS INTERVALOS DE LUCIDEZ NÃO IMPEDEM A INTERDIÇÃO. PROVIDO PARCIALMENTE O APELO.** (TJ/BA. APL 3294142007 BA. TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. Rel. SINESIO CABRAL FILHO. Pub. 3 de Fevereiro de 2009) (TJ/BA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia: Disponível em: <<http://www.tjba.jus.br>> Acesso em: 29 maio 2016)

<sup>191</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil.* vol 1. rev. atual. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 281)

funções normais e, com isso, o discernimento para prática dos atos sociais<sup>192</sup> será formatado outro processo para o alcance da sua capacidade civil.

Assim como ocorre com a retirada da capacidade plena, em face do estado de coma que se encontra submetido o indivíduo, o retorno ao *status quo ante* será feito mediante decisão judicial na qual o Estado reconhece a viabilidade do discernimento da pessoa para a prática de atos da vida civil. Em outras palavras: a mera extinção da situação transitória que inviabilize a manifestação de vontade, não é capaz de fazer retornar à capacidade do sujeito, assim como a sua ocorrência, também, não retirará a capacidade, se fazendo necessária a prolação de uma decisão por parte do Estado-Juiz.

Sobre o tema, deve-se citar, a título de exemplo, o julgamento do Resp. 1383624/MG<sup>193</sup> cuja relatoria coube ao Ministro Moura Ribeiro. Tratava-se de um pleito de nulidade do ato praticado

---

<sup>192</sup> Ainda em conformidade com os ensinamentos de Maria Helena Diniz: “perceber-se eu pelo Novo Código não se pode estender a incapacidade: a) ao deficiente físico, ou surdo-mudo ou ao cego, que, apesar de falta de locomoção, da audição ou da visão lhe dificulta o contato perfeito com o ambiente em que vive, se adapta à sociedade com grande facilidade, devido a uma compensação fisiológica, que lhe desenvolve outros sentidos, possibilitando trabalho e vida social.” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria geral do Direito Civil*. Vol 1. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 180)

<sup>193</sup> **CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. 1) ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO CONTRATO. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO. ART. 104 E INCISOS DO CC/02. SENILIDADE E DOENÇA INCURÁVEL, POR SI, NÃO É MOTIVO DE INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DE DIREITO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICATIVOS DE QUE NÃO TINHA O NECESSÁRIO DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DO NEGÓCIO JURÍDICO. AFIRMADA AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 284 DO STF. REGIME OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE BENS NO CASAMENTO. INCISO II DO ART. 1.641 DO CC/02. APLICAÇÃO NA UNIÃO ESTÁVEL. AFERIÇÃO DA IDADE. ÉPOCA DO INÍCIO DO RELACIONAMENTO. PRECEDENTES. APONTADA VIOLAÇÃO DE SÚMULA. DESCABIMENTO. NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. RECURSO ESPECIAL DO EX-COMPANHEIRO NÃO PROVIDO. 2) PRETENSÃO DE SE ATRIBUIR EFEITOS RETROATIVOS A CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DA EX-COMPANHEIRA NÃO PROVIDO.**

1. A condição de idoso e o acometimento de doença incurável à época da celebração do contrato de convivência, por si, não é motivo de incapacidade para o exercício de direito ou empecilho para contrair obrigações, quando não há elementos indicativos da ausência de discernimento para compreensão do negócio jurídico realizado.

2. Com o aumento da expectativa de vida do povo brasileiro, conforme pesquisa do IBGE, com a notória recente melhoria na qualidade de vida dos idosos e, com os avanços da medicina, não é razoável afirmar que a pessoa maior de 60 anos não tenha capacidade para praticar os atos da vida civil. Afirmar o contrário afrontaria diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e o da igualdade.

3. A alteração da conclusão do Tribunal a quo, com base nos elementos probatórios de que não existia um mínimo de prova indicando que não houve livre manifestação da vontade e de que não se comprovou alteração no estado emocional ou ausência de capacidade para a formalização do ajuste, não é possível de ser feita em recurso especial, em razão do óbice contido na Súmula nº 7 do STJ. 4. A deficiência na fundamentação do recurso especial no que tange à alegada ofensa aos arts. 1.641, II, 104, 145 e 171 do CC/02 atrai a incidência da Súmula nº 284 do STF. 5. Apesar do inciso II do art. 1.641 do CC/02 impor o regime da separação obrigatória de bens somente no casamento da pessoa maior de 60 anos (70 anos após a vigência da Lei nº 12.344/2010), a jurisprudência desta egrégia Corte Superior estendeu essa limitação à união estável quando ao menos um dos companheiros contar tal idade à época do início do relacionamento, o que não é o caso. Precedentes. 6. O fato do convivente ter celebrado acordo com



por um idoso acometido de doença incurável à época da celebração do negócio jurídico. Sustentavam os requerentes que, neste caso, deveria haver a invalidação do ato por ele praticado, pois além de enfermo, estaria com avançada idade, o que, em tese, fulminaria o seu discernimento.

Em seu voto, o Ministro Relator afirmou que a questão de ser portador de câncer não era motivo suficiente para encaixa-lo na previsão normativa atinente à incapacidade. Sustentou que tal enfermidade, por si só, não é capaz de resultar na perda do discernimento, devendo haver prova para tanto, o que inexistia nos autos em questão<sup>194</sup>. A busca pela estabilidade jurídica exigia a necessidade de manifestação judicial para o reconhecimento da situação excepcional.

O que se observa no voto exemplificativo é a vinculação restrita do julgador à hipótese abstrata da norma. Por não existir previsão legal para situação envolvendo portadores de câncer, caberia ao magistrado identificar situações outras que se encaixassem na previsão da lei. Não ocorrendo – ainda que, faticamente, houvesse demonstrações de discernimento comprometido – não poderia o Estado-Juiz retirar a capacidade do indivíduo de agir.

Portanto, no caso específico o que se observa é que a mera condição de ser portador de doença e ter idade avançada não pode resultar na presunção de incapacidade absoluta, até porque, como mencionado, esse estado é a exceção, devendo haver presunção, sempre, de capacidade. Com isso, deverá o julgador adotar todas as medidas necessárias para averiguar com maior cautela a condição mental que justifique a suspensão da autonomia para a prática do ato jurídico.

---

mais de sessenta anos de idade não torna nulo contrato de convivência, pois os ex-companheiros, livre e espontaneamente, convencionaram que as relações patrimoniais seriam regidas pelo regime da separação total de bens, que se assemelha ao regime de separação de bens. Observância do disposto no inciso II do art. 1.641 do CC/02. 7. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que o apelo nobre não constitui via adequada para análise de eventual ofensa a enunciado sumular por não estar ele compreendido na expressão "lei federal" constante da alínea a do inciso III do art. 105 da CF. Precedentes. Some-se o fato da ausência de demonstração e comprovação do dissídio jurisprudencial na forma legal exigida. 8. No curso do período de convivência, não é lícito aos conviventes atribuírem por contrato efeitos retroativos à união estável elegendo o regime de bens para a sociedade de fato, pois, assim, se estar-se-ia conferindo mais benefícios à união estável que ao casamento. 9. Recursos especiais não providos. (REsp 1383624/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 12/06/2015) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível: <<http://www.stj.jus.br>>; Acesso em: 29 maio 2016)

<sup>194</sup> Em seu voto, o Ministro Moura Ribeiro destaca que: “O elemento agente capaz, como sabido, se refere à aptidão que a pessoa tem para adquirir direitos e contrair obrigações. Porém, sob determinadas circunstâncias previstas na lei, as pessoas naturais podem não possuir capacidade ou tê-la limitada, como por questões relativas à idade (inciso I do art. 3º; e inciso I do 4º, ambos, do CC/02) ou à saúde física ou mental (inciso II do art. 3º; e inciso II, do art. 4º do CC/02). A condição de idoso do recorrente (62 anos), à época da celebração do contrato de convivência, por si, não é motivo de incapacidade para o exercício de direitos ou empecilho para contrair obrigações, até porque não há elementos indicativos de que ele não tivesse discernimento para entender o negócio jurídico que estava realizando.”

Ao afastar a validade dos atos perpetrados por estes indivíduos, reconhece o sistema que não teriam eles a plenitude do entendimento necessário para a prática de tais condutas. Esse discernimento é importante para que haja a efetiva vontade da pessoa no trato com a outra.

#### 3.4.2.4 Brevíssimos apontamentos acerca dos ausentes

Inova o Código Civil de 2002 quando retira a possibilidade de reconhecimento de incapacidade absoluta para os ausentes. Isso porque, nesta hipótese, não há que se falar em causa incapacitante. Não se trata nem de questão etária, nem mesmo de enfermidades que ataquem o discernimento ou a manifestação de vontade.

Como se sabe, o ausente é o indivíduo que se retira do seu domicílio, sem deixar qualquer indicativo do local para onde se dirigiu. Não está abrangido por nenhuma das causas elencadas no art. 7º<sup>195</sup>, que tratam da morte presumida e que, exatamente, por esta situação, se torna inviável a sua declaração de óbito. Porém, mesmo se encontrando, em tese, vivo, não há como saber o seu paradeiro, o que resulta na declaração de ausência.

Ora, aquele que desapareceu sem deixar informações do seu paradeiro, não deve ter a capacidade de praticar atos suspensa, pois, incapaz não o é. O que há, na realidade, é a impossibilidade – física, mesmo – de administração do seu patrimônio. Portanto, para esses casos, deverá ser direcionada a curatela<sup>196</sup> Isso significa dizer que ainda que seja declarado ausente, os atos praticados por esse indivíduo serão plenamente válidos, inexistindo razão para a sua nulidade ou anulabilidade.

Vê-se, portanto, que o Código se preocupou com a questão da manifestação de vontade no trato do absolutamente incapaz. Voltado para uma tutela protetiva do indivíduo contra atos

---

<sup>195</sup> Art. 7º do Código Civil. Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

<sup>196</sup> A declaração de ausência, a sucessão provisória e a sucessão definitiva encontram-se previstos nos artigos 22 à 39 do Código Civil.

praticados por terceiros nas interações sociais, o instituto da teoria das incapacidades apresenta contornos em destaque que envolvem explicitamente a manifestação de vontade.

### 3.5 DAS HIPÓTESES DE INCAPACIDADE RELATIVA

Após observar o texto original do Código Civil de 2002 quanto aos absolutamente incapazes, cumpre tecer, ainda que breves, comentários sobre o rol estampado no seu art. 4º acerca da incapacidade relativa. Aqueles que se encontravam ali estampados eram considerados pelo ordenamento como aptos à prática de atos da vida civil, desde que assistidos por terceira pessoa, capaz.

Ao contrário do que ocorre com os absolutamente incapazes, no caso dos relativamente, o sistema jurídico não fecha os olhos para a manifestação efetiva da vontade. O desejo do sujeito é relevado, apesar da necessidade de uma assistência praticada por terceiros, nos limites e com as exigências legais. Portanto, eles não são privados da participação no universo jurídico, pois os seus direitos serão realizados de acordo com seus anseios. Caberá ao terceiro, apenas conduzir essa vontade para chancelá-la<sup>197</sup>.

Tanto assim, que a ofensa ao quanto determinado na legislação não causa grave violação ao sistema, como ocorre com os absolutamente incapazes. Havendo descumprimento do quanto estipulado em lei, o ato será declarado como anulável, não se perfazendo da nulidade existente na outra hipótese<sup>198</sup>. Com isso, a possibilidade de invalidação do ato é mais restrita, até mesmo

---

<sup>197</sup> Art. 171, do Código Civil. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:  
I - por incapacidade relativa do agente;

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

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

Art. 173, do Código Civil. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo.

<sup>198</sup> É interessante notar que o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do AgRg no AResp nº 439.729/SP afirmou que o ato do relativamente incapaz deve ser qualificado como nulo, o que, em tese, é equivocado, pois, conforme demonstrado, determina o art. 171 do Código Civil que, nestas hipóteses, será o ato qualificado como anulável. Certamente, trata-se de um erro material quando da digitação da ementa do mencionado acórdão, porém, tecnicamente, a confusão entre nulidade e anulabilidade poderá resultar em graves consequências no mundo jurídico.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE CONTRATUAL. CONTRATO FIRMADO POR RELATIVAMENTE INCAPAZ SEM ASSISTÊNCIA. NULIDADE DO AJUSTE RECONHECIDA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A ALTERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.** (AgRg no AResp 439.729/SP, Rel. Ministro

porque, na hipótese de anulabilidade, por exemplo, a arguição será restrita apenas aos interessados, não sendo tão ampla quanto na situação de nulidade.

Caso o interessado não se manifeste no prazo de lei, o ato será convalidado e seus efeitos passarão a ser reconhecidos pelo Direito. Tal comportamento não ocorre com os casos de nulidade, pois diante da inexistência de discernimento para a manifestação de vontade, há ofensa de tal forma grave ao sistema que não haverá a possibilidade de convalidação do ato, haja vista que seu vício é intrínseco, podendo, portanto, ser extirpado a qualquer momento, por qualquer pessoa, pois o interesse, neste caso é de toda a sociedade<sup>199</sup>.

À semelhança do que ocorreu com as regras referentes aos absolutamente incapazes, no caso da incapacidade relativa, o legislador atual também apresentou alterações no texto e, por consequência, nas hipóteses ali previstas.

### 3.5.1 A primeira das hipóteses: a questão etária

A primeira modificação perceptível está na idade de alcance da maioridade. Como dito, no sistema anterior, seriam considerados como relativamente incapazes os indivíduos compreendidos entre os dezesseis aos vinte e um anos. Com a entrada em vigor do Código atual, esse limite final foi reduzido para dezoito anos. Destaque-se que a partir dos dezesseis anos, o ordenamento já encontra certo discernimento no indivíduo para o reconhecimento das condutas e a prática de atos com consciência<sup>200</sup>. Neste momento, o desenvolvimento intelectual

---

PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 13/04/2015) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 12 dez 2015)

<sup>199</sup> Cita-se em caráter meramente ilustrativo a seguinte ementa de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi: **DIREITO CIVIL. BANCÁRIO. APLICAÇÃO DE NUMERÁRIO EM FUNDO DE AÇÕES SEM AUTORIZAÇÃO DO CORRENTISTA. VERIFICAÇÃO DE EXPRESSIVAS PERDAS NO FUNDO. PEDIDO, FORMULADO PELO TITULAR DA CONTA CORRENTE, DE RESTITUIÇÃO DO VALOR INDEVIDAMENTE APLICADO. ARGUMENTAÇÃO, PELO BANCO, DE QUE O CORRENTISTA RATIFICOU O ATO AO SILENCIAR POR MESES, APÓS A ALEGAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR VERIFICADA.** - Não há ofensa aos arts. 458 e 535 do CPC na hipótese em que o Tribunal fundamenta o acórdão de maneira suficiente, ainda que não enfrente todos os temas trazidos pela parte à discussão. - O instituto da ratificação de atos, conforme previsto nos arts. 146 e seguintes do CC/16, diz respeito à prática de atos pelo relativamente incapaz, e visa à proteção dos terceiros que com ele contrataram. A prática de atos, por mandatário, excedendo os poderes conferidos no mandato, é tratada pelo art. 1.296 do CC/16, que não foi impugnado no recurso especial. Além disso, para verificar a existência de ratificação, é necessário o revolvimento do substrato fático do processo, vedado pela Súmula 7/STJ. Recurso especial não conhecido. (REsp 526.570/AM, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 20/02/2009) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 12 dez. 2015)

<sup>200</sup> Quando da Relatoria do Resp. 1272982/SC, o Min. Luís Felipe Salomão afirmou, no trato da matéria referente a reconhecimento de paternidade e prescrição que: “não há razões lógicas, tampouco jurídicas, para se falar em

encontra-se em formação, porém, as experiências acumuladas até o momento já habilitam o indivíduo para além da condição estabelecida para os menores dessa faixa etária<sup>201</sup>.

Um indivíduo, por exemplo, com dezessete anos deverá participar efetivamente do ato jurídico praticado<sup>202</sup>, ao contrário daquele com onze anos. Naquele caso, a vontade ali exprimida é a sua e não de um representante, porém, a validade de tal manifestação deverá ser condicionada à presença de um agente capaz que assistirá a conduta adotada, na condição de responsável legal.

Ora, por estarem próximos da maioridade, poderiam alguns indivíduos se beneficiar em negócios jurídicos – por exemplo – com a omissão da sua real idade<sup>203</sup>. Após a celebração do acordo, alegariam a inobservância dos requisitos legais, alcançando, assim, a anulabilidade do ato. Efetivamente, comportamentos como este demonstram a mais clara má-fé, o que deve ser afastado pelo ordenamento, inclusive, em face do princípio da eticidade que serve como um dos pilares para sustentação de toda linha filosófica do direito civil atual.

Havendo esta intenção, determina o Código, no artigo mencionado anteriormente, que o sujeito não poderá deixar de cumprir a obrigação que contraiu, se ela foi celebrada em razão da omissão da informação da idade ou mediante a declaração de maioridade.

### 3.5.2 O rol (original) do inciso II do art. 4º

Outra categoria abrangida pela incapacidade relativa que constava do texto original do Código

---

supressão da incapacidade de menor de 16 anos por conta da nomeação de tutor, pois, se assim fosse, tal incapacidade também deveria ser suprimida com a representação exercida pelos pais do indivíduo, o que não ocorre. Mesmo estando sob o pálio dos pais, ou tutor, o incapaz passa a responder por certas consequências no mundo jurídico, após completar 16 anos”

<sup>201</sup> Há, porém, casos em que o relativamente incapaz poderá atuar sem a participação de um assistente, como, por exemplo no caso de aceitar mandato (art. 666 do CC); fazer testamento (art. 1860, parágrafo único do CC); ser testemunha em atos jurídicos (art. 228, I)

<sup>202</sup> Vale destacar os ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “Saliente-se, porém, que a redução do limite etário, para fins de capacidade jurídica, não importa, necessariamente, em modificação de tais limites em matérias relacionada com a dependência econômica, não somente por aí se tratar de uma questão de necessidade de alimentos, mas também por se tratar, muitas vezes, de estatutos próprios, verdadeiros microsistemas paralelos à codificação civil. Na mesma linha, entendemos que tal redução não implica “cancelamento automático” do pagamento de pensão alimentícia no âmbito do Direito de Família, desde que mantidos os pressupostos autorizadores da referida obrigação.” (GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral*. V.1. 18 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 153)

<sup>203</sup> Art. 180, Código Civil. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.

Civil eram os ébrios habituais, os viciados em tóxico e os que, por deficiência mental tivessem o seu discernimento reduzido. Trata-se de modalidade nova, portanto, inexistente no diploma anterior. “Baseado em posição fundada em subsídios mais recentes da ciência médico-psiquiátrica, o novo Código Civil alarga os casos de incapacidade relativa decorrente de causa permanente ou transitória.”<sup>204</sup>

No trato da questão era importante identificar a situação envolvendo a habitualidade e excepcionalidade. Isso porque, poderá o indivíduo ser usuário esporádico de entorpecentes, porém sua manifestação de vontade permanecer hígida, o que não retira a validade dos seus atos quando praticados de forma autônoma. Aliás, ainda que na condição de usuário rotineiro, não havendo intervenção estatal através de decisão judicial transitada em julgado, a conduta por ele adotada no trato com seus iguais será validada pelo ordenamento<sup>205</sup>. Por sua vez, sendo de tal forma incidente sobre o discernimento para a prática de atos, a utilização de entorpecentes poderia resultar no deslocamento do grau de interdição para o âmbito do que previa o art. 3º, do texto original do Código Civil de 2002.

Lembra Caio Mário da Silva Pereira<sup>206</sup> que no que se refere à hipótese dos ébrios habituais e dos toxicômanos há uma profunda sensação de incerteza, pois o legislador não estabeleceu um limite fático real para qualificar o que venha a ser, por exemplo um ébrio habitual ou alguém de ingira bebida alcoólica como um ato rotineiro.<sup>207</sup>

<sup>204</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria geral do Direito Civil*. Vol 1. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 191

<sup>205</sup> Neste sentido, destaca-se o precedente do TJSP: **INTERDIÇÃO** Incapacidade A prova pericial concluiu que, embora dependente químico, o apelado não se mostra incapaz de gerir a sua pessoa ou os seus bens Os ébrios habituais e os viciados em tóxicos somente se tornam passíveis de interdição, se o vício compromete o seu discernimento, tornando-os incapazes Rejeição do pedido Sentença mantida Recurso improvido. (TJ-SP - APL: 00021573920118260396 SP 0002157-39.2011.8.26.0396, Relator: Paulo Eduardo Razuk, Data de Julgamento: 27/08/2013, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/09/2013) (TJ/SP. Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>; acesso em: 12 out. 2016)

<sup>206</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: Introdução ao direito civil. Teoria Geral de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.1. p.284

<sup>207</sup> Em interessante voto, a ministra Nancy Andrig relacionou a questão da incapacidade nas hipóteses sora previstas com o tratamento criminal do indivíduo qualificado como sociopata, conforme se observa: **PROCESSUAL CIVIL. CIVIL.RECURSO ESPECIAL. INTERDIÇÃO. CURATELA. PSICOPATA. POSSIBILIDADE**. 1. Ação de interdição ajuizada pelo recorrente em outubro de 2009. Agravo em recurso especial distribuído em 07/10/2011. Decisão determinando a reatuação do agravo em recurso especial publicada em 14/02/2012. Despacho determinando a realização de nova perícia psiquiátrica no recorrido publicado em 18/12/2012. 2. Recurso especial no qual se discute se a pessoa que praticou atos infracionais equivalentes aos crimes tipificados no art. 121, §2º, II, III e IV (homicídios triplamente qualificados), dos quais foram vítimas o padraço, a mãe de criação e seu irmão de 03 (três) anos de idade, e que ostenta condição psiquiátrica descrita como transtorno não especificado da personalidade (CID 10 - F 60.9), está sujeito à curatela, em processo de interdição promovido pelo Ministério Público Estadual. 3. A reincidência criminal, prevista pela psiquiatria forense para as hipóteses de sociopatia, é o cerne do presente debate, que não reflete apenas a situação do

De fato, o que se estabeleceu na doutrina clássica é que, nestas hipóteses, tanto no que se refere aos toxicômanos como aos ébrios habituais, este comportamento deve alcançar diretamente o *animus* da pessoa<sup>208</sup>. Ou seja, em decorrência destas condutas, deve haver uma redução da sua cognição, tudo isso devidamente comprovado através de procedimento judicial específico. Apesar de utilizar de drogas ou álcool de forma habitual, o indivíduo preserva intacto seu discernimento, ele não poderá ser qualificado como relativamente incapaz<sup>209</sup>.

---

interditando, mas de todos aqueles que, diagnosticados como sociopatas, já cometeram crimes violentos. 4. A psicopatia está na zona fronteira entre a sanidade mental e a loucura, onde os instrumentos legais disponíveis mostram-se ineficientes, tanto para a proteção social como a própria garantia de vida digna aos sociopatas, razão pela qual deve ser buscar alternativas, dentro do arcabouço legal para, de um lado, não vulnerar as liberdades e direitos constitucionalmente assegurados a todos e, de outro turno, não deixar a sociedade refém de pessoas, hoje, incontáveis nas suas ações, que tendem à recorrência criminosa. 5. Tanto na hipótese do apenamento quanto na medida socioeducativa - ontologicamente distintas, mas intrinsecamente iguais - a repressão do Estado traduzida no encarceramento ou na internação dos sociopatas criminosos, apenas postergam a questão quanto à exposição da sociedade e do próprio sociopata à violência produzida por ele mesmo, que provavelmente, em algum outro momento, será replicada, pois na atual evolução das ciências médicas não há controle medicamentoso ou terapêutico para essas pessoas. 6. A possibilidade de interdição de sociopatas que já cometeram crimes violentos deve ser analisada sob o mesmo enfoque que a legislação dá à possibilidade de interdição - ainda que parcial - dos deficientes mentais, ébrios habituais e os viciados em tóxicos (art. 1767, III, do CC-02). 7. Em todas essas situações o indivíduo tem sua capacidade civil crispada, de maneira súbita e incontrolável, com riscos para si, que extrapolam o universo da patrimonialidade, e que podem atingir até a sua própria integridade física sendo também ratio não expressa, desse excerto legal, a segurança do grupo social, mormente na hipótese de reconhecida violência daqueles acometidos por uma das hipóteses anteriormente descritas, tanto assim, que não raras vezes, sucede à interdição, pedido de internação compulsória. 8. Com igual motivação, a medida da capacidade civil, em hipóteses excepcionais, não pode ser ditada apenas pela mediana capacidade de realizar os atos da vida civil, mas, antes disso, deve ela ser aferida pelo risco existente nos estados crepusculares de qualquer natureza, do interditando, onde é possível se avaliar, com precisão, o potencial de auto-lesividade ou de agressão aos valores sociais que o indivíduo pode manifestar, para daí se extrair sua capacidade de gerir a própria vida, isto porquê, a mente psicótica não pendula entre sanidade e demência, mas há perenidade etiológica nas ações do sociopata. 9. A apreciação da possibilidade de interdição civil, quando diz respeito à sociopatas, pede, então, medida inovadora, ação biaxial, com um eixo refletindo os interesses do interditando, suas possibilidades de inserção social e o respeito à sua dignidade pessoal, e outro com foco no coletivo - ditado pelo interesse mais primário de um grupo social: a proteção de seus componentes -, linhas que devem se entrelaçar para, na sua síntese, dizer sobre o necessário discernimento para os atos da vida civil de um sociopata que já cometeu atos de agressão que, in casu, levaram a óbito três pessoas. 10. A solução da querela, então, não vem com a completa abstração da análise da capacidade de discernimento do indivíduo, mas pela superposição a essa camada imediata da norma, da mediata proteção do próprio indivíduo e do grupo social no qual está inserido, posicionamento que encontrará, inevitavelmente, como indivíduo passível de interdição, o sociopata que já cometeu crime hediondo, pois aqui, as brumas da dúvida quanto à existência da patologia foram dissipadas pela violência já perpetrada pelo indivíduo. 11. Sob esse eito, a sociopatia, quando há prévia manifestação de violência por parte do sociopata, demonstra, inelutavelmente, percepção desvirtuada das regras sociais, dos limites individuais e da dor e sofrimento alheio, condições que apesar de não infirmarem, per se, a capacidade do indivíduo gerenciar sua vida civil, por colocarem em cheque a própria vida do interditando e de outrem, autorizam a sua curatela para que ele possa ter efetivo acompanhamento psiquiátrico, de forma voluntária ou coercitiva, com ou sem restrições à liberdade, a depender do quadro mental constatado, da evolução - se houver - da patologia, ou de seu tratamento. 12. Recurso especial provido. (REsp 1306687/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJE 22/04/2014)

<sup>208</sup> A classificação Internacional de Doenças, e seu CID 10 F10 apresenta o alcoolismo como doença. Vide em MedicinaNet. Disponível em: <[http://www.medicinanet.com.br/cid10/1511/f10\\_transtornos\\_mentais\\_e\\_comportamentais\\_devidos\\_ao\\_uso\\_de\\_alcool.htm](http://www.medicinanet.com.br/cid10/1511/f10_transtornos_mentais_e_comportamentais_devidos_ao_uso_de_alcool.htm)>; Acesso em: 13 out. 2016.

<sup>209</sup> Desque-se o entendimento de Roberto Senise Lisboa, para quem: “a questão da embriaguez deve ser bem compreendida. Não se considera relativamente incapaz aquele que simplesmente se utiliza de bebida alcoólica,

Se não mais é possível sustentar uma hipótese que ganhou fortes críticas ao longo da evolução social esta deve ser a situação voltada para o deficiente mental. Isso porque, a situação clássica de exclusão foi alterada para uma perspectiva inclusiva. Com a evolução da perspectiva médica, acabou por concluir que a deficiência mental não seria uma hipótese razoável para se retirar a capacidade do indivíduo, posto que, apenas a manutenção desta condição não seria justificativa necessária para o reconhecimento de situação capaz de resultar num reflexo de tal forma grave no âmbito jurídico.

Diante da inserção da dignidade da pessoa humana, esta modalidade de incapacidade passou a ser, ainda mais questionada. Efetivamente, não há razão para defender que a mera condição de ser portador de deficiência é meio autorizativo para a redução da sua capacidade civil, ainda que se diga que será uma simples locação para o âmbito da modalidade relativa. A sociedade, inconformada com os reflexos decorrentes desta situação – ainda mais com a rotineira omissão estatal no trato de suas obrigações – aumentaram o tom crítico à esta situação originalmente trazida pelo Código Civil de 2002.

Passou-se a questionar a postura do sistema quanto a situação daqueles qualificados como deficientes mentais no sentido de seguir em direção não a um sentimento de exclusão, as para uma percepção de inclusão de atendimento à cidadania oriunda das previsões constitucionais. Esse discurso aglutinador ganha, com o passar do tempo mais adeptos acabando por resultar numa transformação social que, até os dias atuais, continua em franca ascensão.

De fato, a visão a ser impressa na situação específica deve ser outra: não se pode estabelecer critérios de exclusão apenas por ser o sujeito portador de enfermidade mental. Os impedimentos mentais decorrentes, devem ser considerados como elementos inerentes à pessoa humana e que, na realidade, a deficiência é provocada ou agravada pelos impedimentos e barreiras sociais existentes. Não por outro motivo, a Lei 13.146/2015 trouxe profundas alterações no sistema jurídico da teoria das incapacidades<sup>210</sup>, na medida em que apresentou outra visão no trato do

---

mas a pessoa que a ingere habitualmente, tendo por esse motivo reduzido o seu discernimento para a prática de atos e negócios jurídicos. [...] A expressão habitualidade não é a mais adequada. A habitualidade pode se dar de forma periódica mais constante ou não, como diariamente, a cada dois dias, a cada final de semana. A legislação não conduz ao absurdo de se reputar relativamente incapaz aquele que simplesmente ingere bebida alcoólica, mas sim o que perde por esse motivo, ainda que de forma parcial, a compreensão da realidade que o cerca, para praticar atos e negócios jurídicos. O mesmo raciocínio se aplica aos viciados em tóxicos” (LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. Vol. I, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 311)

<sup>210</sup> Apesar de ter sido publicado antes da entrada em vigor da Lei 13.146/2015, o acórdão exarado pela Ministra Nancy Andrighi quando da relatoria do REsp 1105663/SP se mostra em perfeita sintonia com o ideal ali estabelecido. Isso porque a Ministra Relatora apresenta insurgência quanto a questão da condição de relativamente incapaz para o deficiente físico, conforme se observa:



indivíduos ali compreendidos estabelecendo um novo conceito de deficiente físico que, nas palavras de Marianne Schulze, resulta de um movimento contrário àquele antes existente e que tinha como fito “querer ‘consertar’ as pessoas, ou seja, os déficits percebidos e aspectos médicos da deficiência, em direção à necessidade de ‘corrigir’ as atitudes da sociedade, reduzindo as barreiras atitudinais”<sup>211</sup>

### 3.5.3 Os excepcionais, sem o necessário desenvolvimento mental completo

Logo de início, um ponto merece destaque: Maria Helena Diniz, ao direcionar sua doutrina para o trato da terceira hipótese prevista no texto originário do Código Civil de 2002, afirma, expressamente, que se trata de situação que envolve “os fracos de mente, os surdos-mudos, sem educação apropriada e os portadores de anomalia psíquica ou congênita”<sup>212</sup>. Apesar da inquestionável sapiência da mencionada autora, tais colocações merecem contradita.

Isso porque, quando da previsão dos excepcionais sem desenvolvimento mental completo, o legislador civil não quis abranger os surdos-mudos. Estes possuem limitações quanto a sua capacidade de expressão, o que não implica no reconhecimento automático de qualquer limitação cognitiva, como busca estampar o legislador de 2002. Refere-se, portanto, a hipóteses completamente diversas e que não devem ser confundidas.

---

**DIREITO CIVIL. PESSOA COM DEFICIÊNCIA. AÇÃO INDIVIDUAL. PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. LEGITIMIDADE DO MP PARA RECORRER. ACORDO ACEITO PELO DEFICIENTE FÍSICO. AUTONOMIA DA VONTADE.** 1. O acordo celebrado por deficiente físico, ainda que abrindo mão de tratamento particular de saúde em troca de pecúnia, não pode ser impugnado pelo MP sob o pálio do art. 5º da Lei 7.853/89. O fato da deficiência física não tira da pessoa sua capacidade civil e sua aptidão para manifestar livremente sua vontade. 2. Já basta ao deficiente a violência decorrente de sua limitação física. Não é admissível praticar uma segunda violência, tratando-o como se fosse relativamente incapaz, a necessitar de proteção adicional na prática de atos ordinários da vida civil, proteção essa que chegue ao extremo de contrariar uma decisão que ele próprio tomou acerca dos rumos de sua vida. 3. O argumento de que "o direito à saúde é indisponível" e que, portanto, não pode haver sua redução a um quociente monetário, é equivocado. Qualquer pessoa pode optar por receber tratamento particular, pagando o preço correspondente, ou valer-se da saúde pública. No acordo objeto de homologação, o deficiente físico não renunciou a um tratamento de saúde. Apenas optou pelo tratamento na rede pública. 4. Recurso especial improvido. (REsp 1105663/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 27/09/2012) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 12 dez. 2015)

<sup>211</sup> SCHULZE, Marianne. *Tomada de Decisões: somente para quem está no poder?* In: Revista Deficiência Intelectual, n. 8, jan./jun., 2015, p. 5

<sup>212</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria geral do Direito Civil*. Vol 1. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 193

Outro ponto de fustigação do quanto colocado pela autora refere-se à expressão “fracos de mente”. Diametralmente oposto ao quanto busca afirmar, uma pessoa com desenvolvimento mental incompleto não pode ser qualificada como “fracos de mente”, pois esta expressão demonstra todo o cerne excludente que desejava estabelecer o legislador ordinário. Ao qualificar esse grupo de pessoas com tal adjetivação, a doutrinadora deixa evidente a sua adesão à postura excludente existente no Código.

Equivoca-se, ainda, quando afirmava que eram abrangidos pela hipótese do inciso III do art. 4º do Código Civil aqueles “sem educação apropriada”. É, no mínimo, estranha tal afirmativa. O sistema jurídico brasileiro, em nenhuma hipótese vigente vinculou – ou mesmo vincula – a ideia de capacidade cognitiva com educação. Apesar de analfabeto, o indivíduo deve ter sua capacidade plena reconhecida pelo sistema se não houver subsunção à previsão legal. Afirmer que aquele que não tem “educação apropriada” deve ser qualificado como relativamente incapaz, é retroagir a um patamar onde nem mesmo a legislação se dedicou a tal tema.

Por fim, levanta-se contra a conclusão da doutrina quando faz interpretação ampliativa do dispositivo. Em se tratando de incapacidade, a interpretação a ser dada deve ser, sempre, a mais restritiva possível. Então, estranho o comportamento ampliativo dado à hipótese do inciso III. Ao falar em pessoas “sem o necessário desenvolvimento mental completo”, o código quis restringir apenas à esta hipótese e a mais nenhuma outra, não cabendo ao intérprete fazê-lo<sup>213</sup>.

Portanto, neste inciso, previa o legislador a incapacidade relativa dos excepcionais, sem o desenvolvimento mental completo. Este caso abrangia aqueles possuidores de discernimento reduzido, porém, sem que houvesse a interferência ampla no discernimento, o que levava toda doutrina a exemplificar com a hipótese do síndrome de down.

A abordagem mais detalhada referente a questão da incapacidade por enfermidade mental ou por discernimento reduzido, por sua vez, será tratada em capítulo específico, posto que abrangida pelo conceito de deficiente físico que foi profundamente alterado pela promulgação da Lei 13.146/2015.

---

<sup>213</sup> Em sentido contrário, Carlos Roberto Gonçalves afirmar que “*excepcional* é o indivíduo que tem deficiência mental (índice de inteligência significativamente abaixo do normal), *deficiência física* (mutilação, deformação, paralisia etc), ou *deficiência sensocial* (cegueira, surdez, etc), e por isso, incapacitado de participar em termos de igualdade do exercício de atividades normais. Só os que não têm desenvolvimento mental completo são considerados relativamente incapazes.” (GOÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Parte geral. vol 1. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24)

### 3.5.4 Aspectos da incapacidade relativa do Pródigo

Por fim, o texto original do Código Civil apresentava, ainda, a incapacidade relativa do prodígio. Assim como previsto no Diploma anterior, o vigente também apresentou tratamento destinado àquele que dilapidava seu patrimônio com gastos para além da sua capacidade originária. Refere-se ao indivíduo que dissipa seus bens de forma imoderada, levando-o ao efetivo risco de alcançar a miserabilidade.

Já que não se trata de uma ausência de discernimento para a prática dos atos da vida em sua plenitude, o legislador a estampou dentro do rol dos relativamente incapazes<sup>214</sup>. Isso significa dizer que em havendo interdição, apenas a administração do patrimônio será atingida<sup>215</sup>, ou seja, a restrição alcançará atos que envolvam relações aspectos pecuniárias, sendo, nestes casos, necessária a nomeação de um curador para assistir os atos daquele reconhecido como prodígio<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona criticam uma modificação trazida pelo Código Civil atual em face do revogado no que se refere ao prodígio. Sendo assim, segundo os autores: O Novo Código, incorretamente ao nosso ver, afastou a determinação do art. 460 do CC/1916, que atribuía legitimidade ativa para a interdição do prodígio apenas ao cônjuge, ascendente ou descendente. Poderia ter melhorado a dicção legal, incluindo o convivente, mas não admitir como o fez, que *qualquer parente, ou até mesmo o Ministério Público (que não tem interesse em resguardar patrimônio particular)* possa pleitear a curatela por prodigalidade. O que justifica essa interdição é a preservação patrimonial da fazenda do interdito, e apenas os parentes sucessíveis, especialmente os herdeiros necessários têm tal interesse” (GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral*. V.1. 18 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 156)

<sup>215</sup> Apenas em caráter ilustrativo, cita-se o seguinte precedente do TJ/MG: **AÇÃO ANULATÓRIA - TESTADOR PRÓDIGO - INTERDIÇÃO PROVISÓRIA DECRETADA - TESTAMENTO - NULIDADE CARACTERIZADA - VOTO VENCIDO**. Não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não dispõem do pleno discernimento. Tendo sido decretada a interdição provisória do testador, não há como prevalecer o testamento por ele produzido, mormente à revelia do curador, nos termos da lei civil. v.v.: Sujeita-se à interdição a pessoa que comprovadamente demonstre não possuir aptidão para gerir atos de sua vida civil. Ausentes provas suficientes acerca da suposta prodigalidade do testador, de rigor a manutenção da revogação da interdição provisória, mormente em face da inexistência de perícia e do fato de a cassação da providência acautelatória ter se dado após interrogatório com o interditando, procedimento previsto no artigo 1.181 do CPC. A sentença que declara a interdição gera efeitos a partir de sua publicação, sendo os atos anteriormente praticados, sujeitos à anulação desde que cabalmente demonstrada a incapacidade à época de sua realização. Havendo alegação de excesso nas disposições testamentárias, e diante da impossibilidade de se aferir se o adiantamento da legítima praticado anteriormente se refere ao quinhão reservado aos herdeiros necessários, haverá apuração em liquidação de sentença, consoante previsão ao artigo 475 -C, do estatuto processualista. Caso comprovada, impõe-se a aplicação da redução das determinações, nos termos do artigo 1.967, do Código Civil de 2002. (TJ/MG. APCV: 101370600043630011 MG 1.0137.06.000436-3/001. Rel. FERNANDO CALDEIRA BRANT. Pub. 17/05/2008) (TJ/MG. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>; acesso em: 22 maio 2016)

<sup>216</sup> Segundo o opinativo de Maria Helena Diniz, a prodigalidade deveria ser vista, também com enfermidade mental, o que autorizaria a sua inclusão no antigo inciso II do art. 3º do Código Civil. “Portanto, quanto ao prodígio, a lei não lhe impõe a abstenção total dos atos jurídicos, nem lhe confere a liberdade de ação que lhe possibilite a perdulariedade. Entretanto, até mesmo a prodigalidade poderia estar incluída no termo *enfermidade mental* do art. 3º, II, do Código Civil, porque quem tem juízo não dissipa bens, com o intuito de proteger seu portador de vir a abster-se totalmente dos bens imprescindíveis para a sua sobrevivência. Deveras, se a prodigalidade resultar de desordem das faculdades mentais, que lhe retira o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil,

Em crítica ao conceito geral utilizado pela doutrina, referente apenas ao aspecto dos gastos acima daquele considerado “normal”, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald afirmam que se trata de uma interdição que deve ser analisada de forma mais ampla, ante a sua complexidade, já que deveria abranger áreas outras do conhecimento para além do direito, como Psiquiatria e Economia, por exemplo. Para os mencionados autores, não seria a prodigalidade uma causa incapacitante quando analisado a partir do prisma da dignidade da pessoa humana. Isso porque, segundo o ponto de vista apresentado, trata-se apenas de uma questão de desorganização patrimonial, o que significa dizer que aquele que se encontra nessa situação receberá por parte do ordenamento uma resposta muito mais punitiva do que protetiva. “Até porque o que se protege na interdição do pródigo é o patrimônio e não a pessoa (aliás, a vontade da pessoa pródiga para ter sido completamente ignorada pelo sistema, aviltando a sua dignidade).”<sup>217</sup>

Discorda-se, contudo do quanto afirmado pelos autores. Isso porque, ao contrário da linha de entendimento exposto, acredita-se que a intervenção do Estado no caso da prodigalidade não se mostra exagerada ou inoportuna. Trata-se de uma tentativa do ordenamento jurídico, exatamente, de manter a dignidade da pessoa humana<sup>218</sup>. Isso porque, a prodigalidade, ao contrário de uma simples compra em valores elevados, refere-se a um provável desvio de comportamento onde o indivíduo desprende-se da noção do valor monetário dos bens e passa a dilapidar seu patrimônio de forma desenfreada.

Por mais que busque afirmar que o cunho patrimonialista se mostra evidente, na realidade, num segundo plano, percebe-se que não se trata apenas de proteção ao patrimônio, mas, sim, ao mínimo existencial do indivíduo. Neste sentido, afirma Luiz Edson Fachin<sup>219</sup>, que o patrimônio deve ser utilizado como serventia da pessoa, o que, segundo o autor, significa dizer

---

sua interdição deverá ser requerida com fulcro no art. 3º, II do Código Civil, para declará-lo absolutamente incapaz.” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria geral do Direito Civil*. Vol 1. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014 p. 194)

<sup>217</sup> Segundo os autores mencionado: “Ao nosso visto, a prodigalidade não constitui, tecnicamente, causa incapacitante. É que, lastreado na dignidade da pessoa humana, não vemos lógica em interditar alguém (e, por conseguinte, privá-lo da capacidade jurídica geral) apenas porque despente o seu patrimônio desordenadamente. Trata-se de absurda intervenção do Estado. Bastaria imaginar alguém que amealhou patrimônio para um dia gastá-lo como bem aprouver. Por que uma pessoa tem de deixar patrimônio resguardado? Isso implica em uma exacerbada valorização do patrimônio em detrimento da essência da pessoa. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. V.1. rev. atual. amp. 15 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 282)

<sup>218</sup> Segundo Luiz Edson Fachin: “No portal dessa reflexão vem a pessoa. Pensar a pessoa no Direito Civil contemporâneo é remeter-se necessariamente à transmutação que esse termo substantivo sofreu ao longo do tempo, inserindo em estruturas filosóficas que conceituaram e delimitaram seu sentido” (FACHIN, Lui Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2 ed. atual. São Paulo: Renovar, 2006, p. 33)

<sup>219</sup> Ibidem, p. 43.

que as situações patrimoniais devem ser voltadas a funcionalizar o princípio solar da dignidade da pessoa humana.

Caso restringisse-se ao aspecto dos bens apenas, não haveria justificativa para que o Estado aguardasse a redução da capacidade de sobrevivência financeira da pessoa a um patamar de tamanha negatividade frente à sua capacidade de ganho dos mesmos<sup>220</sup>. “Justifica-se a interdição do pródigo pelo fato de encontrar-se permanentemente sob o risco de reduzir-se à miséria, em detrimento de sua pessoa e de sua família, podendo ainda transformar-se num encargo para o Estado que tem a obrigação de dar assistência às pessoas necessitadas.”<sup>221</sup>

Por fim, cumpre destacar que o legislador do Código em vigor abriu mão – de forma correta – da classificação dos índios como relativamente capazes. O diploma revogado trazia-os no rol daqueles indivíduos com capacidade limitada, equívoco este não cometido com a norma atual.

Em 1973 foi promulgada lei especial para o tratamento da matéria indígena. Denominada de Estatuto do Índio, a Lei 6001 reconheceu, em seu art. 1º, a capacidade de auferir os mesmos direitos concernentes aos demais indivíduos, sem que haja qualquer discriminação de raça, sexo, origem, cultura ou ascendência. De acordo com esta legislação, serão os índios considerados capazes, sendo tal condição excluída apenas daqueles não integrados que, por sua vez, deverão se submeter ao regime tutelar exercido pela União através da FUNAI – Fundação Nacional do Índio.

---

<sup>220</sup> Destaca-se o seguinte julgado do STJ: **PROCESSUAL - IMPENHORABILIDADE - LEI 8.009/90 - UNICO TELEVISOR - EXISTENCIA DE VARIOS TELEVISORES. I - A LEI 8.009/90 FOI CONCEBIDA PARA GARANTIR A DIGNIDADE E FUNCIONALIDADE DO LAR. NÃO FOI PROPOSITO DO LEGISLADOR, PERMITIR QUE O PRODIGO E O DEVEDOR CONTUMAZ SE LOCUPLETEM, TRIPUDIANDO SOBRE SEUS CREDORES; II - NA INTERPRETAÇÃO DA LEI 8.009/90, NÃO SE PODE PERDER DE VISTA SEU FIM SOCIAL; III - A IMPENHORABILIDADE NÃO SE ESTENDE A OBJETO DE NATUREZA SUNTUARIA; IV - SE A RESIDENCIA E GUARNECIDA COM VARIOS UTILITARIOS DA MESMA ESPECIE, A IMPENHORABILIDADE COBRE APENAS AQUELES NECESSARIOS AO FUNCIONAMENTO DO LAR. OS QUE EXCEDEREM O LIMITE DA NECESSIDADE PODEM SER OBJETO DE CONSTRIÇÃO; V - SE EXISTEM, NA RESIDENCIA, VARIOS APARELHOS DE TELEVISÃO, A IMPENHORABILIDADE PROTEGE APENAS UM DELES.** (REsp 109.351/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/07/1997, DJ 25/05/1998, p. 4) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 12 fev. 2015)

<sup>221</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Parte Geral. Vol. 1. 13 ed. Saraiva: São Paulo, 2015, p. 125-126

### 3.6 ADEQUAR A INCAPACIDADE À TUTELA DO INDIVÍDUO: UM CAMINHO IRREVERSÍVEL

De tudo o quanto afirmado até o momento, percebe-se que a teoria das incapacidades apresentada pelo Código Civil atual se refere a uma tentativa de aprimoramento do sistema jurídico anteriormente existente, afastando conceitos e regras consideradas como inadequadas pela doutrina – vide a questão da expressão “loucos de todo o gênero”. Representa, portanto, a busca do sistema jurídico para a proteção da pessoa natural que não possui discernimento completo para a prática dos atos da vida de forma autônoma<sup>222</sup>.

A nomeação de um representante ou um assistente para os incapazes – absolutamente, ou relativamente, nesta ordem – demonstra a real preocupação do ordenamento com o critério referente à manifestação de vontade para a prática de atos que, por sua vez, representam a capacidade negocial, ou seja, a possibilidade de trânsito de patrimônio nas relações jurídicas. Releva-se à segundo plano, conforme preceituam Cristiano Chaves e Nelson Rosendal<sup>223</sup> os interesses existenciais de tais pessoas.

De fato, em decorrência da constitucionalização do direito civil e da maciça inserção do ideal de proteção ao indivíduo com o estabelecimento da dignidade da pessoa humana como vértice de todo ordenamento jurídico pátrio, a questão da capacidade para exercer direitos deve vincular-se a uma tutela mais vertida para o ser humano em face do patrimônio. Não por outro motivo que Ingo Von Salert<sup>224</sup> afirma que é a peculiaridade de cada ser humano que o faz

---

<sup>222</sup> Apesar da ambientação atual do direito apresentar contornos inquestionáveis acerca da valorização do indivíduo como um todo, percebe-se que no quanto ora tratado, o Diploma vigente ainda apresenta elementos com aspectos patrimoniais. A construção dos regimes protetivos da tutela e da curatela deixa evidente a preocupação do ordenamento com a questão muito mais econômica do que no âmbito das situações jurídicas existenciais daquele considerado como incapaz.

Pode parecer contraditório esta afirmação diante do que apresentava o Código Civil nos arts. 3º e 4º. Isso porque, analisando tais dispositivos era evidente que haveria ali uma tutela protetiva ao indivíduo, pois, por exemplo, aquele que não conseguisse exprimir sua vontade, seria considerado absolutamente incapaz e, com isso, teria um “escudo jurídico” contra atos perpetrados por terceiros contra si. Toda estrutura filosófica existente parecia, em tese, sustentada nas mesmas bases filosóficas que levantam o complexo de princípios regidos pela Constituição Federal.

Ocorre que esse pensamento padece quando se analisa por um prisma um pouco mais detalhado. A ingerência de uma atenção maior sobre o tema em questão resultará na percepção de que todo o esforço do legislador ali feito verte-se unicamente para a vontade, pois quando se fala na incapacidade de discernimento, alega-se a ausência da possibilidade de administrar seus próprios interesses. Ora, sendo a teoria das incapacidades inspirada no Código Civil de 1916, cuja base teórica era eminentemente patrimonial, não se pode fechar os olhos para a situação segundo a qual esses “interesses” tutelados apresentam cunho, também, essencialmente, patrimonialista.

<sup>223</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. V.1. rev. atual. amp. 15 ed. Salvador, 2017.

<sup>224</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 32

merecedor de respeito e consideração por parte não só do Estado como um todo, mas, também da comunidade que o cerca.

Diante disso, a manutenção da integridade de direitos fundamentais assegura à pessoa o afastamento de qualquer tipo de ato que resulte no trato do indivíduo de forma degradante ou desumana. A estruturação das condições mínimas de vida com a garantia da participação ativa e como corresponsável pelo próprio deslinde da sociedade como um todo, são elementos que, quando conjugados, resultam na tutela ampliada do ser humano, hipóteses estas que abrangem a viabilidade de uma tutela jurídica adequada às peculiaridades dos indivíduos, despindo-se de elementos genéricos e abstratos de tratamento homogêneos.

A mutação constante da sociedade resulta na alteração permanente em seus contornos. A sensação de estabilidade existente em épocas passadas não mais se experimenta com a mesma facilidade. O principal motivo para essa nova reestruturação veio com a Constituição Federal de 1988 que imprimiu uma forma de percepção do sistema jurídico a partir de um viés que permaneceu inerte durante muitos anos. O ser humano não era visto como foco principal, pois as lentes dos legisladores estavam manchadas com o patrimonialismo.<sup>225</sup>

A inserção do princípio da dignidade da pessoa humana no ápice de toda construção estruturante do sistema contribuiu para uma guinada do indivíduo ao mesmo patamar. Porém, para que houvesse a alteração profunda em toda cadeia filosófica outros princípios serviram, também, como base. O direito à igualdade substancial resultou no ideal da não discriminação, o que assegurou, em âmbito constitucional a obrigação por parte de todo o sistema jurídico em utilizar ferramentas que viessem a equilibrar as desigualdades naturais e sociais apresentadas por cada indivíduo em sua singularidade.

A personalidade jurídica e a capacidade para exercer direitos devem estar em consonância com o princípio maior da Carta Magna de 1988, a dignidade da pessoa humana. O sistema das incapacidades previsto no Código Civil de 2002 não coaduna em sua totalidade com o preceituado pela Constituição Federal, à medida que desenha em suas disposições o caráter

---

<sup>225</sup> Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald: “se detecta uma disparidade injustificável, um verdadeiro despautério jurídico. Afastar um sujeito da titularidade de seus direitos, obstante-lhe a prática de qualquer ato da vida civil e dos próprios direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente, concedendo-lhe tutela tão somente aos interesses patrimoniais, a ser efetivada por intermédio de terceiros (o prerepresentante legal), relegando a um segundo plano os seus interesses existenciais.

Dai a necessidade premente de dedicar-se proteção jurídica à pessoa humana sob a perspectiva do que ela é, e não pela ótica do que ela tem.” (destaques no original) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. rev. amp. atual. Vol. 1. 15 ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 330)

unicamente patrimonial. A revisão dessa teoria a fim de coaduná-la com a ótica civil-constitucional é medida que se impõe, notadamente porque somente assim se obterá uma perspectiva favorável efetivamente ao incapaz, que terá o seu regime de proteção imaginado para a promoção da sua dignidade humana e não pensado no aspecto estritamente patrimonial.

Em assim sendo, a construção de um sistema mais humanizado ainda não terminou. De tempos em tempos, finda-se a elaboração de preceitos normativos singulares que acabam por desaguar na promulgação de normas que servirão como mecanismos hábeis para a derrubada dos muros que separam os indivíduos diante de suas diferenças. O tratamento isonômico meramente formal foi o responsável pelo alargamento das dificuldades existentes àqueles que não permeavam o padrão originalmente previsto pelo legislador. Contra esse comportamento é que o universo jurídico caminha nos dias atuais.

A promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência é um dos grandes passos conferidos para se alcançar a igualdade material. Mudanças profundas foram instituídas e resultaram diretamente em influências nos mais diversos âmbitos da vida dos indivíduos pois alcançou diretamente a teoria das incapacidades. Com isso, houve uma ampliação do acesso à justiça dos indivíduos por ele alcançados, com o reconhecimento da sua autonomia e da capacidade para o exercício dos seus direitos.

Por sua vez, problemas também nasceram, pois como o sistema é construído a partir de uma rede de conexões, ao modificar o direcionamento de uma das vias, certamente formarão pontos de incongruências que levarão ao necessário ajuste por parte do hermenauta. Aliás, este é o foco central do presente trabalho, pois analisará a questão envolvendo a interrupção da prescrição após a promulgação da Lei 13.146/2015 e o acesso à justiça. Porém, antes de alcançá-lo deve-se tecer comentários acerca da linha de entendimento instaurada com o Estatuto da Pessoa com Deficiência para que, se possa caminhar em terreno conhecido, dando passos largos para a solução do problema.

### 3.7 UM NOVO HORIZONTE PARA A TEORIA DAS INCAPACIDADES

Como mencionado anteriormente, a teoria das incapacidades sempre foi uma realidade nos Código Civil brasileiro. Inicialmente com um aspecto de tutela protetiva do patrimônio do indivíduo, o instituto permaneceu com seu fito, mesmo com a entrada em vigor do Diploma



atual. A linha principiológica humanista decorrente da constitucionalização do Direito, como um todo, trouxe novas matizes para o tema. Porém, por detrás da preocupação com o indivíduo, o que se observava, na realidade era a busca pela integridade da manifestação de vontade nas relações sociais e, por consequência, na manutenção da proteção patrimonial.

O instituto da curatela apresenta contornos flagrantes neste sentido. Apenas a título de exemplo, a partir do conceito apresentado por Pontes de Miranda sobre o instituto, é possível perceber que, efetivamente, o foco principal da curadoria era os bens do interditado. O autor, ao definir o conceito de curatela afirma que seria o cargo conferido por lei “para reger a pessoa e os bens, ou somente os bens”<sup>226</sup>.

Observa-se que o autor destaca a questão da proteção dos bens em dois momentos enquanto conceitua o instituto. Fala-se em proteção aos bens e à pessoa, havendo uma alternativa destinada apenas aos bens – neste caso, certamente, quis enfatizar a hipótese do pródigo. Não por outro motivo, apesar de voltar-se para a proteção daquele que se encontra em formação e, por isso, necessitado de especial atenção do Estado com o reconhecimento da prioridade absoluta e da proteção integral, a tutela prevista no Código Civil também apresenta fortes contornos que põe o patrimônio em destaque.

Durante décadas, toda engrenagem dos incapazes funcionava, basicamente, sob dois pilares que sustentavam ausência de discernimento, a saber: em razão da inexperiência de vida, por conta da idade tênue; ou em face de enfermidade mental ou desvios psicológicos, como no caso da prodigalidade. Independentemente se o estudo se desenvolve no âmbito da modalidade absoluta, ou relativa, as bases para a construção de toda teoria transitavam por esses dois caminhos.

Instabilidades ao posicionamento doutrinário uniforme quanto à teoria das incapacidades foram apresentadas ao longo dos anos em que o princípio da dignidade da pessoa humana irradiava com mais solidez por todo o sistema jurídico. A estrutura consolidada da incapacidade e da interdição passou a apresentar incongruências com o sistema vigente. A proteção ao patrimônio em destaque quando comparada com o indivíduo não poderia ser mais exercida da forma como tradicionalmente se previa. Porém, o direito pátrio ainda continuava a insistir na formatação da

---

<sup>226</sup> Para Pontes de Miranda: “curatela ou curadoria é o cargo conferido por lei a alguém, para reger a pessoa e os bens, ou somente os bens, de pessoas menores ou maiores, que por si não podem fazer, devido a perturbações mentais, surdo-mudez, prodigalidade, ausência, ou por ainda não terem nascido” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de Direito de Família*. V. 3. Campinas: Bookseller, 2001, p. 285)

incapacidade a partir da ausência de idade hábil ou da limitação intelectual do indivíduo que acabava por lhe retirar o discernimento para prática de atos da sua vida.

Inúmeras batalhas judiciais se formaram no simples intuito de administração patrimonial daqueles que tinham elevado volume de bens. O instituto que deveria ser construído como mecanismo de proteção ao ser humano no seu plano existencial, foi modelado como uma via de proteção muito maior aos bens do que ao indivíduo.

### **3.7.1 A teoria das incapacidades e a segurança no trato negocial**

Retroagindo às origens, é possível perceber, conforme afirma Judith Martins-Costa<sup>227</sup> que a teoria das incapacidades foi desenvolvida na busca pela manutenção da integridade as relações negociais decorrentes do capitalismo que nascia na Europa. Abandonavam-se aquelas relações feudais em que a pessoalidade era fundamental para a sua concretude para alcançar um grau de abstração negocial onde havia uma massificação de tais interações. A partir de então, o tráfego de bens não se limitava mais à zona circunscrita do feudo, pois os muros anteriormente existentes não serviam mais como limitação para realização dos negócios jurídicos.

Exatamente por não se conhecer – pessoalidade – aqueles com quem se negociava, surgiu a necessidade de criação de um sistema que afirmasse a segurança nas transações, ou seja, onde a autonomia da vontade - antes em voga - fosse cristalina e inquestionável<sup>228</sup>. Não por outro motivo que as pessoas que, supostamente, não exerciam sua vontade de forma consciente, foram afastadas do trato jurídico, pois retiraram-lhe a capacidade de manifestar livremente o seu desejo, o que, por consequência, impedia o exercício dos direitos a eles inerentes. Justifica-se, então, toda construção existente entre a capacidade geral (denominada de sujeito de direitos) e a capacidade específica (ou capacidade de exercício).

---

<sup>227</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética*. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia Ludwig (orgs.). *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p.313

<sup>228</sup> Lembra Ana Caolina Brochado Teixeira que: “A incapacidade de agir está circunscrita ao elemento patrimonial, concepção esta que é fruto de uma tradição em que advertem os influxos de uma elaboração científica de séculos, que não aproxima a capacidade de agir dos direitos do homem, mas sim, da realização de negócios e para a tutela da relação contratual. Numa antiga concepção, os atos de autonomia privada, para o qual era necessário ser capaz, eram tidos como expressão do direito de propriedade e do tráfego comercial. Todavia, hoje, a tutela da pessoa não pode se exaurir apenas na esfera patrimonial (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Integridade psíquica e capacidade de exercício*. Revista trimestral de direito civil, Rio de Janeiro, v. 33, p. 3-36, jan./mar. 2008, p. 10)

As codificações modernas adotaram para si essa concepção trazida pelo capitalismo e reforçada pelos ideais burgueses franceses: a capacidade está diretamente vinculada à viabilidade de exposição da sua vontade negocial de forma consciente. Aqueles que eram desprovidos de tal habilidade deveriam ser afastados do mercado jurídico, efetivamente, de acordo com o seu grau de ausência de discernimento: surgindo, daí a questão da incapacidade absoluta e relativa. A simplicidade deste raciocínio foi fundamental para garantir a figura do proprietário e do negociante. O primeiro abrangeria a todos, pois inerente à condição da capacidade de direito, enquanto que o segundo sofria as limitações decorrentes da teoria das incapacidades, haja vista que vinculado à capacidade de exercício. Sendo assim, entende Meirelles<sup>229</sup> que diante da condição de requisito abstrato destinado ao conceito de capacidade, o de incapacidade também foi desenhado de forma genérica e afastado do sujeito ocupante do mundo real.

Demonstração deste entendimento constava expressamente no Código Civil de 1916 que apresentava conceito por demais amplo e indeterminado como causa justificadora da incapacidade absoluta. Todos aqueles que o julgador considerasse como abrangido pela expressão “loucos de todo o gênero” seriam afastados do trato das relações jurídicas, pois qualificados como incapazes. Não havia um balizamento específico para designar quem estaria dentro desta qualificação, o que demonstra que caso o indivíduo que não se enquadrasse no perfil exigido para uma “boa administração” do seu patrimônio poderia ter sua autonomia mitigada através do instituto da interdição, cujo propósito, por detrás da máscara de tutela da pessoa, era, efetivamente, a proteção patrimonial.

Ser diferente era ser fustigado pela sociedade que buscava o padrão ideal. Por muitos anos utilizou-se o termo de “homem-médio” como sendo aquele que representava a perfeição do trato jurídico<sup>230</sup>. A meta de todo o sistema era conseguir manter as relações efetivas apenas entre os indivíduos que assim se qualificassem, pois, qualquer desvio deste contorno poderia ser alcançado pela teoria das incapacidades, cujo resultado seria o afastamento da validade da

---

<sup>229</sup> MEIRELLES, Jussara. *O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia: uma leitura do regime de incapacidades*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.) *Diálogos sobre direito civil*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 600

<sup>230</sup> Segundo Jussara Meirelles, “sentimentos, emoções, transtornos afetivos, alterações de comportamentos que demonstrassem a vida diversificada pulsante em cada indivíduo, mas que não se adequassem ao modelo típico do pressuposto agente comado ao requisito capaz, deveriam tomar rumo diverso, via interdição, para que a subjetividade categorizada fosse mantida” (MEIRELLES, Jussara. *O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia: uma leitura do regime de incapacidades*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.) *Diálogos sobre direito civil*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 603)

sua declaração de vontade. Isso, conforme afirma Jussara Meirelles, reflete o comportamento de uma “sociedade intolerante com as fraquezas pessoais”<sup>231</sup>

Interessante é que um pensamento considerado por demais retrógrado permaneceu hígido por décadas a fio em diversos sistemas jurídicos, inclusive no Brasil. Isso demonstra a força existente na questão patrimonial, deixando incontestado que o indivíduo não era elevado ao grau de importância necessário, até os conflitos militares mundiais ocorridos durante do século XX. Ferido por duas guerras que assolaram a Europa e refletiram por todo o globo, diversas nações se uniram na busca do estabelecimento de regras mínimas existenciais para o indivíduo. Aquele que antes era o meio, passou a ser o fim, a razão de existência do direito.

O que se viu, principalmente, durante os anos de batalha ocorridos com a Segunda Guerra Mundial, foi o ser humano sendo relegado a um padrão de ínfima importância. Diversos experimentos científicos – sob a chancela do desenvolvimento da ciência alemã – foram impostos, principalmente, aos Judeus, causando-lhes deformações gravíssimas e morte, na maioria das hipóteses. O término dos conflitos deixou, além de uma Europa devastada, o mundo perplexo com a falta de humanidade daqueles que agiam em conformidade com a lei do Estado Alemão e que resultou na morte de milhões de pessoas e no abuso de outras milhares ao longo de, praticamente, cinco anos de conflitos.

Com o fim do conflito bélico e a derrocada do líder alemão, o mundo passou a se preocupar com a incidência das regras de convívio societário. Muitos ordenamentos que tradicionalmente qualificavam-se pelas suas legislações patrimonialistas passaram a apresentar elementos que instaurariam um novo horizonte, onde seu foco principal seria deslocado para o ser humano.

Os direitos humanos passaram a ganhar contornos antes inexistentes. As nações internacionais, em sua maioria, dedicaram-se a desenvolver uma base de direitos a serem defendidos em prol das pessoas, pela simples condição de seres humanos. Diante disso foram elaborados diplomas de amplitude multinacional que buscavam a proteção mais ampla do indivíduo.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos instaurou uma releitura dos códigos dos países signatários a partir do viés humanista, onde o ser humano não era apenas o sujeito

---

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 602.

de direitos abstrato, mas, sim, o indivíduo real formado pela estrutura biofísica e que é detentora de diversidades entre si. O conceito axiológico da pessoa passa, então, a ser estabelecido.

Restando mais solidificado o ideal genérico de proteção do ser humano, passou-se a observar a necessidade de atendimento aos interesses de grupos específicos constantes nas sociedades. Minorias que não eram efetivamente alcançadas pelas regras gerais de direitos humanos, apesar de, como qualificadas, serem genéricas e, com isso, de aplicabilidade irrestrita. Na prática, esses grupos – como homossexuais, índios, mulheres, negros, crianças – eram subjugados por outros que se consideravam como dominantes.

As reformas constitucionais experimentadas por alguns Estados do Ocidente inauguraram a efetiva preocupação dos sistemas jurídicos nucleares com aquilo que a união internacional já estampava em suas Convenções e Acordos. Não sendo mais abstrato, mas, sim, real, o reconhecimento da diversidade dentro de um mesmo agrupamento societário leva a uma necessária releitura da estrutura de trato do indivíduo, cuja teoria da incapacidade se mostra inserta. A pessoa passou a ser vista em seu âmbito existencial, o que ampliou a incidência dos direitos dos homens para além da relação entre o Estado e o indivíduo: eles alcançaram as relações privadas, o que passou a ser conhecido como eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Os antes insignificantes – ou, esquecidos – direitos da personalidade são vistos com outros olhos, nos quais o interesse em sua tutela mostra-se muito mais efetivo. O indivíduo desenvolveu prerrogativas a serem protegidas pelo sistema que antes eram inalcançáveis pelo direito<sup>232</sup>.

---

<sup>232</sup> Segundo Pietro Perlingieri, “Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação. A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em isoladas ocasiões, como nas teorias tomistas. A personalidade é, portanto, não um direito, mas um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155-156)

No Brasil, esse movimento não foi de tal forma imediato como ocorrida na Europa. Os ares da mudança que circulavam no velho continente chegaram ao país através de pensadores que de lá vieram, o que resultou numa morosidade maior na sua inserção na realidade pátria. Somente a título de exemplo, na perspectiva indenizatória por ofensa a direitos extrapatrimoniais, destaca-se que o reconhecimento à indenização por dano moral apenas começa a ser visto na jurisprudência do STF apenas nos idos da década de sessenta<sup>233</sup>.

No campo das incapacidades, as diferenças entre as pessoas não poderiam mais ser ignoradas. O sujeito de direito abstrato deixa de existir para dar lugar à “pessoa de carne e osso”. O homem ideal desce do pedestal para reconhecer as diferenças dos seus semelhantes. Com isso, faz-se necessário encontrar uma resposta para a real identificação do sujeito incapaz.

### **3.7.2 O Código Civil de 2002 e a perda da oportunidade de evoluir no trato do incapaz**

Na década de setenta é enviado para o Congresso Nacional o anteprojeto do Código Civil ora vigente. Era o momento ideal para alteração de conceitos equivocados existentes no Diploma anterior. São retiradas expressões genéricas como “loucos de todo o gênero” para se fazer inserir a opção pela cláusula genérica da ausência de discernimento. A partir de então, o que se observa é a ausência de discernimento para a prática de atos da vida.

Apesar da modificação, no âmago da questão, pouca alteração filosófica foi observada, pois todo o sistema ainda convergia para a tutela do patrimônio. Exigia-se apenas a fundamentação em provas periciais para o processamento da interdição do indivíduo, afastando-o da capacidade de tutelar seus próprios interesses. Porém, apesar de sua estrutura ainda permanecer caminhando pelos mesmos trilhos, a introdução do pensamento constitucional imprimiu um necessário tangenciamento na linha de entendimento exposta.

---

<sup>233</sup> Precedente do STF: Omissis o julgado que deixou de apreciar um dos recursos interpostos, autoriza a oposição de embargos de declaração. Efeitos. Responsabilidade civil. Lucros cessantes: cálculo assentando nas variações salariais. Admissão. Dano moral e aumento da fração salarial. Desatendimento: motivação. Juros: não se tratando de crime, dever ser simples e contados da citação. Embargos recebidos para conhecimento do extraordinário e seu parcial provimento. (RE 63479 ED, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES, Segunda Turma, julgado em 29/08/1969, DJ 26-09-1969 PP-04399 EMENT VOL-00777-01 PP-00348) (STF. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>; acesso em: 04 jun. 2016)

A irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana resultou, conforme afirma Judith Martins-Costa<sup>234</sup>, na possibilidade de reconstrução de uma teoria das incapacidades. Há a exigência por uma interpretação diferenciada, pois, submetido aos preceitos constitucionais humanitários. Isso resulta na modificação de paradigma por parte do intérprete e aplicador do direito.

Em conjunto com a inserção do ser humano como o fim de toda construção normativa, houve a necessidade de reconhecimento de um trato diferenciado, como dito, a grupos específicos que compõem a sociedade. Apesar de existir um rol extenso, em razão da temática ora proposta, resumir-se-á à análise da questão dos deficientes físicos, por resultar em forte interferência no âmbito da capacidade civil.

Gustavo Tepedino é claro ao afirmar que a tutela do indivíduo não se submete mais à tutela patrimonial. Segundo o autor, deve a pessoa humana ser qualificada de forma concreta de acordo com a relação jurídica a qual se insere.<sup>235</sup> A partir de então, a observância do valor social da sua atividade é elemento fundante na percepção da sua vulnerabilidade e, por consequência na tutela protetiva a ela incidente, devendo, por isso, ser o tema central do direito privado.<sup>236</sup>

### 3.8 DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEU PROTOCOLO FACULTATIVO

Tecnicamente, a abordagem referente ao deficiente sempre foi inspirada em áreas de

---

<sup>234</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética*. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia Ludwig (orgs.). *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 319).

<sup>235</sup> Em interessante passagem, afirma que: “a presunção de falta de discernimento ou compreensão que justifica o tratamento como incapaz, é imprecisa e imperfeita ao tratamento de atos patrimoniais, uma vez que desloca a realização de tais atos à vontade de um representante ou assistente, assim, como assemelha em categorias genéricas, com a de deficiente mental, paranoico, o portador de síndrome de Down ou de Alzheimer, entre outros, deconsiderando a diferença existente entre tais institutos. Muito mais angustiante é, no entanto, quando se trata de situações de cunho existencial, como o tratamento santiário e a disposição corporal, o método educacional..., que ocupam preocupação central em um ordenamento jurídico voltado à realização da pessoa, como o nosso; por cento que não se pode desprezar ou desqualificar o valor jurídico da vontade do incapaz em tais casos.

Logo, é inadmissível que o menor, o deficiente mental, o enfermo, tenham desprezadas suas manifestações de vontade acerca de questões que tocam o seu desenvolvimento humano. Apesar de o sistema prognar que o melhor interesse em tais indivíduos seria preservado delegando o poder de escolha a um representante, tal medida implicaria em violação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (RODRIGUES, Rafael Garcia. *A pessoa e o ser humano no novo Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 26-27)

<sup>236</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Do sujeito de Direito à Pessoa Humana*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342

conhecimento voltadas à saúde. Trata-se de uma designação emprestada de estudos de medicina que ressaltam o estado físico do indivíduo, demonstrando a ocorrência de enfermidade/limitações físicas ou psíquicas. Identificados estes elementos, a pessoa não era merecedora do reconhecimento de sua capacidade pelo sistema jurídico<sup>237</sup>. O Código Civil se utilizava, exatamente, deste preceito médico/psiquiátrico para o estabelecimento de algumas hipóteses do rol – taxativo, lembre-se – das incapacidades.

Apesar de referir ao Diploma Civilista vigente, esta opção não é uma exclusividade das terras *brasilis*. Inúmeros outros Estados estrangeiros também optaram por irrigar-se pelos ensinamentos da medicina/psiquiatria quando se fala em incapacidade. Outra não poderia ser a conclusão, afinal a questão da capacidade vinculou-se, rotineiramente, com o discernimento do titular para o exercício dos seus direitos. Sendo assim, havendo comprovação médica desta limitação, caberia ao sistema jurídico afastar a capacidade desta pessoa, sob o manto de garantir-lhe proteção em face de comportamentos de terceiros<sup>238</sup>.

---

<sup>237</sup> Quanto às pessoas com deficiência, há dois Decretos-Leis que tratam sobre o tema da sua qualificação, a saber: Decreto nº 3.298/99 e o Decreto nº 5.296/2004. No que se refere à este último, o seu art. 5º afirmava, expressamente, que seria considerada pessoa como portadora de deficiência aquelas insertas nos incisos que compõe o seu parágrafo primeiro, a saber: § 1º Considera-se, para os efeitos deste Decreto: I - pessoa portadora de deficiência, além daquelas previstas na Lei no 10.690, de 16 de junho de 2003, a que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas seguintes categorias: a) deficiência física: alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; b) deficiência auditiva: perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz; c) deficiência visual: cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; d) deficiência mental: funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: 1. comunicação; 2. cuidado pessoal; 3. habilidades sociais; 4. Utilização dos recursos da comunidade; 5. saúde e segurança; 6. habilidades acadêmicas; 7. lazer; e 8. trabalho; e) deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências; e II - pessoa com mobilidade reduzida, aquela que, não se enquadrando no conceito de pessoa portadora de deficiência, tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, gerando redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção. (BRASIL. Dec. nº 5.296, de 02 dez. 2004. Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000 e 10.098, de 19 de dezembro de 2000 e dá outras providências)

<sup>238</sup> É interessante ressaltar que a condição de deficiente físico como aquele que possui limitação física propriamente dita era vista em época pretérita como uma forma de castigo. A tradicional linha filosófica adotada pelo Código de Hamurabi evidencia este ponto de vista na medida em que aplicava o preceito do “Olho por olho, dente por dente”. Assim, a penalidade máxima era a retirada de da função de algum órgão do sujeito agressor. Por exemplo, havia previsão segundo a qual se um filho batesse em seu pai, lhe seria arrancada a mão, o mesmo comportamento sendo aplicado ao médico que levou um cidadão à morte ou causou-lhe algum tipo de restrição por conta de erro médico. (BOUZON, Emanuel. *O Código de Hamurabi*. 10 ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2003).



Com a nova linha filosófica, altera-se uma perspectiva detentora de uma visão degradante anteriormente existente. Isso porque, no trato referente às pessoas com deficiência, predominava, inicialmente, a abordagem segundo a qual havia um sentido amplamente negativo, o que resultava na criação em normas e posturas sociais que supõem na eliminação desses sujeitos, ou, na melhor das hipóteses, no seu ocultamento da convivência ordinária. Com a evolução dos conhecimentos médicos e fisiológico, aquilo que parecia ser uma punição divina, passou a ser vista através dos olhos da ciência.

Neste momento, apesar de ser visto como uma anormalidade, a deficiência passou a ser encarada como uma situação meramente médica, o que impunha à sociedade a busca pela tentativa de reabilitação e adequação do sujeito ao meio social padrão. Atualmente, a vivência se inclui numa terceira fase de trato, pois agora insere-se no âmbito do modelo social onde a deficiência deixa ser vista como algo anormal, para ser qualificada como uma condição normal e inerente ao ser humano.

Todos os indivíduos são semelhantes e não iguais, o que imprime o reconhecimento da diversidade humana. Cada sujeito, com suas peculiaridades, tem o direito de viver de acordo com suas necessidades, pois somente assim segura-se o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, o modelo que atualmente se experimenta impõe à sociedade a garantia de respostas jurídicas e sociais com base na não discriminação e na igualdade de oportunidade, incluindo as diferenças na estrutura fundamental da convivência comunitária.

Nas últimas três décadas, entre o final do século XX e o início do século XXI, a abordagem da deficiência ganhou impulso para uma perspectiva mais humanitária, voltada para os direitos humanos, com, inclusive, grande respaldo junto às Nações Unidas. Este reconhecimento permite o desenvolvimento das pessoas com seus planos de vida próprios, diante de suas necessidades. Isso significa dispor dos mecanismos e instrumentos necessários para assegurar

---

Também havia previsão negativa para o deficiente no Código de Manú. Naquela época, as pessoas que eram deficientes físicas não tinham direito à sucessão haja vista que, em seu art. 162 afirma-se expressamente que: “os eunucos, os homens degradados, os cegos, surdos de nascimento, os loucos, idiotas, mudos e estropiados, não serão admitidos a herdar” (ASSIS, Olney Queiroz e PUSSOLI, Lafaiete. Pessoa Deficiente – Direitos e Garantias (constitucionais, civis, trabalhistas, eleitorais, tributários e previdenciários. 1 ed. São Paulo: Edipro, 1992, p. 29) Na realidade, quando se fala em deficiente físico, encarava-se como sendo um sinal de impureza o que resultava no sentimento de pena ou de rejeição por parte dos demais membros da sociedade. Dai, construía-se a legitimidade para a exclusão do indivíduo do meio social, e por consequência da atividade jurídica. A eles, caberiam apenas a condição de inferiores quando comparados com os outros sujeitos que não detinham nenhum tipo de limitação, resultando no direcionamento de preces para que se alcançasse a cura ou no extermínio por qualifica-los como uma pecha na sociedade.

a sua legitimidade e o exercício dos seus direitos através do atendimento por parte dos sistemas jurídico e político dominantes.

No ano de 2006, o sistema jurídico mundial deu um passo à frente no que se refere ao tratamento conferido às pessoas consideradas como incapazes. Independentemente do grau e da forma da sua limitação, a Convenção de Nova York objetivou uma abordagem diferenciada acerca do tema, quando comparada àquela existente até então. A partir de 13 de dezembro de 2006, as Nações Unidas estabeleceram a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, que, sem sombra de dúvidas, implicou a consagração de novos pilares da abordagem a ser imposta pelos Estados signatários em face das pessoas com deficiência.

Desde então, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência busca alterar essa linha de entendimento para fazer inserir a questão social no seu trato. Diante disso, sugere que a questão da deficiência deva ser entendida a partir de um caleidoscópio de elementos outros que abrangem, além do aspecto psicológico, elementos sociais, físicos e ambientais. O resultado direto é a ampliação da ideia de deficiência física.

No ano seguinte à sua edição, o Estado Brasileiro tornou-se signatário, viabilizando a entrada no ordenamento da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Foi através da tramitação e, subsequente, chancela pelas duas casas legislativas que o Decreto nº 168/2008 reconheceu o patamar efetivo de norma constitucional ao mencionado texto internacional<sup>239</sup>. Em 2009 houve a edição do Decreto Presidencial nº 6949/2009 que ratificou a adoção daquela convenção.

Atualmente, cento e cinquenta e cinco nações são signatárias da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, sendo, deste total, cento e vinte e seis ratificaram seus termos. Por sua vez, no que se refere ao Protocolo Facultativo, o número de membros é bem menor, pois há noventa signatários e setenta e seis ratificações. Independentemente de qual o avanço tecnológico e social da Nação, o volume de signatários demonstra a preocupação global com o trato da matéria e a união em torno da busca por uma abordagem diferenciada daquela existente.

---

<sup>239</sup> Exigência contida no §3º do art. 5º da Constituição Federal: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A sociedade brasileira, a partir de então, se deparou com uma norma que tem como fito principal assegurar proteção especial ao deficiente a fim de garantir sua inserção na vida em sociedade, pois conforme estampado em seu artigo primeiro, sua finalidade é “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.

### 3.9 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, E A BUSCA PELA HARMONIZAÇÃO DO DEFICIENTE FÍSICO

A adesão ao conteúdo normativo constante no art. 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência alterou, sobremaneira, o regramento pátrio, pois, restou qualificada como pessoas com deficiência aqueles que possuem “impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interações com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.”

É interessante notar que logo a partir de uma leitura inicial já é possível perceber que houve uma amplitude no âmbito de atuação da norma em abstrato. Um número maior de indivíduos, portanto, será alcançado pelos preceitos constantes na Convenção Internacional o que exigirá da sociedade um cuidado e atenção muito mais presente no trato da matéria.

Conforme elucidada Joyceane Bezerra de Menezes<sup>240</sup>, durante muito tempo, aqueles portadores de limitações psíquica ou físicas eram vistos pelo sistema como pessoas que deveriam ser excluídas do trato ordinário da sociedade como um todo. O ordenamento jurídico limitava o exercício pleno de seus direitos através da inserção da incapacidade jurídica e com isso, a sua autonomia era desconsiderada. Não havia um conceito específico para os deficientes e a abordagem conferida pelo sistema restringia-se às questões de saúde física e psíquica. Esta opção, porém, trouxe uma maior segurança à aplicação da norma ao caso prático, porém, abriu

---

<sup>240</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de. *O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Civilistica.com: revista eletrônica de direito civil, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

a possibilidade de não abranger a todos aqueles, pois somente os que preenchessem os preceitos formais seriam inclusos na tutela protetiva.

O conceito apresentado no primeiro artigo da Convenção demonstra uma preocupação com o indivíduo real em detrimento ao antigo sujeito de direito abstrato. Verifica-se que o legislador buscou apresentar a possibilidade ao julgador de analisar pormenorizadamente cada caso para qualificação da existência ou do grau de deficiência que acomete a pessoa. A partir de então, deve-se adotar os mecanismos necessários para a busca por um tratamento igualitário destes indivíduos em face daqueles que não são portadores de limitações.

Outro ponto de destaque é a ausência da expressão incapacidade ou qualquer outra que conduza à esta conclusão. A ideia de inexistência de discernimento encontra-se, também, desvinculada da realidade atual, pois, o que resultará no reconhecimento da condição de deficiente físico são os impedimentos que o corpo psicofísico possui aliado às diversas barreiras existentes no convívio social. Em outras palavras, significa dizer que apenas com a reunião de um conglomerado de fatores endógenos e exógenos à pessoa humana é que poder-se-á afirmar acerca da sua real incapacidade.

A ânsia pela manifestação de vontade livre e desimpedida, decorrente exclusivamente da condição existencial do indivíduo, perde espaço para os reflexos que o social apresenta para ele. Trata-se de uma visão muito mais externa do que interna. Não é o indivíduo que deverá se adaptar à sociedade para que seja considerado como capaz, mas sim a sociedade que deverá se adequar ao individual para que aceite as diferenças existentes e valorize a pessoa como ela é, reconhecendo a impossibilidade de sustento do homem-médio para todas as hipóteses<sup>241</sup>.

### **3.9.1 A capacidade como uma das diretrizes para a pessoa com deficiência**

O art. 12 da CIDPD é claro ao afirmar dentre as diretrizes dos Estados signatários a necessidade de reconhecer a capacidade legal às pessoas portadoras de deficiência, sem que haja

---

<sup>241</sup> Lembra Joyceane Bezerra de Menezes que “Direitos humanos, direitos fundamentais e direitos de personalidade se entrelaçaram para viabilizar uma tutela geral da pessoa nas relações públicas e privadas, considerando-se que nessas últimas também se verificam lesões à dignidade e aos direitos mais eminentes do sujeito. Exemplificativamente, as pessoas com deficiência psíquica e intelectual foram, por muito tempo, excluídas de uma maior participação na vida civil, tiveram a sua capacidade jurídica mitigada ou negada, a sua personalidade desrespeitada, seus bens espoliados, a sua vontade e sua autonomia desconsideradas. Ao cabo e ao fim, a capacidade civil serviu de critério para atribuir titularidade aos direitos fundamentais” (MENEZES, 2015, p. 3)

diferenciação entre eles e aqueles desprovido de tais limitações. Para tanto, deverão as nações que se vincularam com o texto legal possibilitar o acesso da pessoa com deficiência ao apoio ao exercício de sua capacidade legal, salvaguardando os direitos que se considerem necessários para tanto, evitando-se abusos aos direitos humanos. Efetivamente, sob o novo olhar apresentado pela Convenção, o deficiente deverá ter sua vontade respeitada, inclusive no caso de terceiros figurarem como auxiliares na sua prolação.<sup>242</sup>

Com a construção deste texto legal buscou-se o estabelecimento de uma abordagem globalizada do portador de deficiência dotada de cunho social e humanizado, assegurando-se, assim, que as sociedades se desenvolvam em torno da garantia de uma proteção aos direitos da pessoa com deficiência. A constatação de tal condição vinculada restritamente aos conceitos médicos perde espaço para uma abordagem mais coletiva, pois, como mencionado, inclui em sua identificação as barreiras sociais impostas. É dever da comunidade cultivar elementos – não se pode esquecer do âmbito educacional - para que a pessoa deficiente – e anteriormente considerada como incapaz – consiga manifestar sua vontade de agir de acordo com suas próprias diretrizes.

Para se conseguir alcançar os objetivos constantes na Convenção, restou determinado que os países signatários deveriam adotar mecanismo que eliminassem, ou pelo menos, diminuíssem os obstáculos sociais – em sentido lato – que impeçam o exercício pleno dos direitos vinculados aos deficientes. Vale salientar que alguns desses empecilhos não se tratam de meras restrições físicas, mas, sim, limitações jurídicas propriamente ditas, como ocorre no caso da teoria das

---

<sup>242</sup> Na íntegra o art. 12 da Convenção dos Portadores de Deficiência:

Artigo 12. Reconhecimento igual perante a lei

- 1.Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
- 2.Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
- 3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.
- 4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.
- 5.Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

incapacidades que, conforme mencionado, limitava-se, apenas à verificação da questão referente à manifestação de vontade do agente no trato das relações jurídicas.

A introdução da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no sistema jurídico brasileiro alcança o seu âmbito constitucional. Com isso, os reflexos partem de um patamar hierárquico decorrente da supremacia da Constituição e da necessidade de interpretação ao seu favor de todo o sistema infra. Portanto, a adequação era urgente para que houvesse a adesão do quanto ali determinado e o reconhecimento do direito brasileiro.

### 3.9.1.1 A Lei 13.146/2015 e o espelho da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Em junho de 2015 o Poder Legislativo deu um passo importante para o tratamento da matéria. No dia seis daquele mês, foi promulgada a Lei 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Inspirada na Convenção, esta Lei busca adequar o tratamento conferido ao deficiente físico à realidade atual, com a valorização da pessoa. Tanto assim que ao conceituá-lo, o legislador caminhou no mesmo sentido da norma internacional, estabelecendo que pessoa com deficiência é aquela “que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Repetiu-se o mesmo conceito da CIPD e com isso, o trato abstrato da matéria ganhou contornos mais salientes e firmes. Não será possível, a partir de então, encarar a matéria da mesma forma como outrora feito. Aliás, o próprio § 1<sup>o</sup><sup>243</sup> do artigo referido estabelece requisitos que devem ser lançados quando da análise do grau de deficiência que acomete o indivíduo. Isso implica dizer que não poderá o aplicador do direito reconhecê-la a partir de uma visão superior e desconexa com a realidade factual. Para muito além disso, deverá aproximar-se do indivíduo como pessoa e efetivar, a partir deste ângulo, a análise das limitações existentes juntamente com as restrições de interação com a sociedade.

---

<sup>243</sup> § 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação.

A norma internacional insere no Brasil a necessidade de desenvolvimento de uma abordagem mais voltada para o aspecto inclusivo, modificando a perspectiva excludente anteriormente vigente. Ao invés de segregar aqueles que não compunham o modelo considerado como adequado do sujeito abstrato, o indivíduo real deverá ser trazido para a convivência social, a partir da apresentação de mecanismos legais de inclusão, em atendimento às concepções apresentadas pela Organização das Nações Unidas<sup>244</sup>.

Não por outro motivo que veio à lume a Lei 13.146/2015 que se voltou amplamente para o atendimento de tais questões. Espelha-se o espírito constante na Convenção Internacional dos Portadores de Deficiência na lei infraconstitucional, a fim de materializar as determinações ali contidas e concretizar o desejo do legislador no trato da matéria, fortalecendo, ainda mais, a eficácia dos direitos humanos nas relações privadas<sup>245</sup>.

Um ponto importante que merece destaque no estudo da temática envolve a conceituação de pessoa com deficiência preconizada pela legislação internacional em vigor. Utilizando-se como base o modelo social de abordagem, a norma afasta a análise do incapaz como aquele portador de uma limitação inerente à própria pessoa para se utilizar da visão segundo a qual a deficiência,

---

<sup>244</sup> O art. 12 da Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência estabelece as obrigações inerentes aos Estados signatários, a saber: Artigo 4. Obrigações gerais 1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a :a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção; b) Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência; c) Levantar em conta, em todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência; d) Abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção; e) Tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada; f) Realizar ou promover a pesquisa e o desenvolvimento de produtos, serviços, equipamentos e instalações com desenho universal, conforme definidos no Artigo 2 da presente Convenção, que exijam o mínimo possível de adaptação e cujo custo seja o mínimo possível, destinados a atender às necessidades específicas de pessoas com deficiência, a promover sua disponibilidade e seu uso e a promover o desenho universal quando da elaboração de normas e diretrizes; g) Realizar ou promover a pesquisa e o desenvolvimento, bem como a disponibilidade e o emprego de novas tecnologias, inclusive as tecnologias da informação e comunicação, ajudas técnicas para locomoção, dispositivos e tecnologias assistivas, adequados a pessoas com deficiência, dando prioridade a tecnologias de custo acessível; h) Propiciar informação acessível para as pessoas com deficiência a respeito de ajudas técnicas para locomoção, dispositivos e tecnologias assistivas, incluindo novas tecnologias bem como outras formas de assistência, serviços de apoio e instalações; i) Promover a capacitação em relação aos direitos reconhecidos pela presente Convenção dos profissionais e equipes que trabalham com pessoas com deficiência, de forma a melhorar a prestação de assistência e serviços garantidos por esses direitos.

<sup>245</sup> Flávia Piovesan afirma que o sistema de proteção aos direitos humanos passou a ser construído a partir de uma rede integrada de tratados internacionais de proteção às pessoas e ao respeito às suas peculiaridades, “que refletem a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados” (PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direito humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15)

na realidade, é uma restrição imposta no âmbito social e ambiental ao exercício pleno da autonomia do indivíduo.

Princípios estruturantes são construídos para que seja possível sustentar todo o sistema. A intervenção mínima e o “*in dubio pro capacitas*”, formam o lastro necessário para o crescimento de toda teoria. A partir de então, sustenta-se uma menor participação restritiva do Estado nas relações envolvendo deficientes, retirando a viabilidade da incapacidade pelo auxílio na tomada da decisão, afinal, conforme preceitua o art. 1º da Convenção, o seu fim principal será o de “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.”

Aquele Estado antes limitador da manifestação de vontade deverá modificar suas diretrizes para encobrir-se com preceitos asseguradores da liberdade daqueles que antes eram vistos como pessoas incapazes. Há a imposição do necessário respeito à autonomia privada do indivíduo em cumprimento aos preceitos instaurados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Não por outro motivo que, analisando os princípios gerais consantes no art. 3º da Convenção<sup>246</sup>, é possível visualizar uma preocupação vívida de todo o sistema com a isonomia de tratamento e o respeito à manifestação da vontade de cada sujeito de direitos.

A partir de então, inspirado no quanto determinado na Convenção, o Estado brasileiro muda o ideal do conceito de deficiência para adotar uma abordagem aberta, pois agora não poderá mais ser vista apenas como aquele portador de limitações físicas e psíquicas<sup>247</sup>. Para muito além disso, também deverão ser incluídas as limitações impostas ao seu habitat, o que resulta, como

---

<sup>246</sup> Art. 3º da Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência: “a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) A não-discriminação; c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) A igualdade de oportunidades; f) A acessibilidade; g) A igualdade entre o homem e a mulher; h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.”

<sup>247</sup> Flávia Balduino Brazzale e Rosalice Fidalgo Pinheiro lembram que: “O ponto de partida do interprete será a norma acima descrita, mas sua função não se limitará em descrever os significados e, sim, ir além reconstruindo seus sentidos. Logo, não se pode falar em interpretação desvencilhada da observação dos significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso e do mesmo modo, no que diz respeito à necessidade de análise do próprio contexto social preexistente” (BRAZZALE, Flávia Balduino; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Uma reviravolta no direito protetivo: a nova curatela e a pessoa com deficiência. *Revista Jurídica da FA7. Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito da FA7*. Disponível em: <<http://www.uni7setembro.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/62/51>>; Acesso em: 10 jan. 2017)



já mencionado, na identificação da sua condição de acordo com o somatório destes dois elementos.

### 3.10 A LEI 13.146/2015 E O REGIME DAS INCAPACIDADES

A tradicional amputação existente no regime das incapacidades não mais encontra substrato para a sua manutenção. A alteração filosófica iniciada a partir da Constituição Federal de 1988 dá mais um passo à frente. Excluir - qualificando-o como incapaz de gerir os direitos do qual é titular - será uma atitude incompatível com o que se espera a partir do momento em que o Estado Brasileiro passou a ser signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Por conta disso, não apenas a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência se fez necessário, mas a mudança da teoria das incapacidades também foi medida imposta, com o fito de alcançar o objetivo constante na Convenção da ONU<sup>248</sup>.

A Lei 13.146/2015 trouxe profundas modificações no trato da matéria referente à incapacidade. Houve intervenção no aspecto qualitativa na teoria das incapacidades, pois restou relegado o conceito médico e estático de deficiência para ampliá-lo a um ideal mais social e aberto. Agora, o conceito de incapacidade não é mais visualizado no seu âmago individualista e abstrato que se resumia na influência psíquica ou física da pessoa. Ele passa a ser percebido num aspecto solidarista onde serão relevadas, também, as barreiras sociais que impeçam o exercício da vontade pela pessoa titular do direito.

Voltado para as pessoas com deficiência, a norma alcançou diretamente os incisos constantes nos arts. 3º e 4º, do Código Civil vigente. Seu objetivo foi conferir autonomia ao indivíduo portador de deficiência, afastando-o do procedimento de interdição, para conferir-lhe elementos

---

<sup>248</sup> O § 1º do art. 35 da Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência prevê que os países signatários possuem a obrigação de confecção e transmissão de relatório após dois anos da entrada em vigor da Convenção no Estado em questão a fim de relatar a situação fática que se encontra a noção. Após isso, a obrigatoriedade de apresentação do relatório será a cada quatro anos ou quando houver solicitação por parte do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Vale salientar que este relatório é apresentado de acordo com padrões estabelecidos pelo próprio texto da Convenção, estabelecido em seu art. 36. No caso brasileiro, conforme informado pelo *site* da Secretaria Especial de Direitos Humanos, o Estado Brasileiro apresentou relatório referente aos anos de 2008 à 2010, não havendo qualquer outra informação acerca de novos relatórios ou de pedidos por parte da Secretaria Específica da ONU. (Secretaria de Direitos da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-com-deficiencia/dados-estatisticos/relatorio-de-monitoramento-da-convencao>>; Acesso em 14 jan. 2017).

que auxiliem no exercício da sua autonomia com o apoio necessário para chancelar suas próprias decisões, através de instituto denominado de “tomada de decisão apoiada”.

Não por outro motivo que Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona afirmam que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, na realidade, apresentou uma alteração necessária na configuração dada pelo ordenamento a estas pessoas. Isso porque, a partir do princípio da Dignidade da Pessoa Humana houve a retirada da pessoa com deficiência do rol de incapaz, passando a considerá-la como um agente detentor de plena capacidade para o exercício dos direitos que titulariza. Houve, portanto, atendimento à perspectiva constitucional da isonomia, na medida em que impõe o mencionado diploma a utilização de institutos assistenciais próprios, capazes de manter o equilíbrio das relações sociais, sem, contudo, afetar indistintamente a capacidade dos portadores de deficiência.<sup>249</sup>

A concepção de deficiente alcança o modelo social e constitui na estruturação a partir de dois elementos que envolvem o conceito de diversidade funcional, o qual origina-se na própria diversidade humana, sem que esta seja apenas o seu único mecanismo configurador. Em sua aliança, há também o elemento externo que corresponde à barreira que impede ou limita o gozo dos direitos fundamentais a eles direcionados em igualdade de condições com os demais. Diante disso, percebe-se que o modelo apresentado reconhece a existência de restrições sociais que obstam o exercício dos direitos.

A edição da Lei 13.146/2015 promoveu forte mudanças no sistema das incapacidades brasileiro, a fim de reconhecer autonomia às pessoas com deficiência. Além disso, também restou estabelecido o plano nacional da pessoa com deficiência - denominado de Viver sem Limite<sup>250</sup>

---

<sup>249</sup> Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho: “Em verdade, o que o Estatuto pretendeu foi, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser rotulada como incapaz, para ser considerada –em uma perspectiva constitucional isonômica– dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil” (GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral*. V.1. 18 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 2)

<sup>250</sup> Em apresentação ao programa Viver sem Fronteiras, o *site* da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania esclarece os seus objetivos, cujo texto transcreverá na íntegra: “O Governo Federal lançou no dia 17 de novembro de 2011 o Viver sem Limite - Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, como resultado do firme compromisso político com a plena cidadania das pessoas com deficiência no Brasil. Oportunidades, direitos, cidadania para todas as pessoas são objetivos aos quais o Plano está dedicado. Segundo resultados divulgados pelo IBGE, do Censo 2010, o País possui 45,6 milhões de pessoas com alguma deficiência, o que representa 23,91% da população. Mas, ao lançarmos esse conjunto de iniciativas, estamos pensando numa sociedade mais justa e plural para todos os 190 milhões de brasileiros, afinal de contas quando as pessoas com deficiência estão incluídas, toda a sociedade ganha. O Viver sem Limite foi construído com inspiração na força e no exemplo das próprias pessoas com deficiência, que historicamente estiveram condenadas à segregação. Trata-se de um conjunto de políticas públicas estruturadas

- onde constam os pilares de atuação do Estado Brasileiro, como o âmbito educacional, de acessibilidade, saúde e conclusão social. Sem dúvidas, para que houvesse atendimento ao espírito apresentado pela Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, o Estado brasileiro passou realizar implementações de políticas públicas, alterações legislativas e adoção de métodos que realizassem a inclusão social.

Toda construção sistêmica - como mencionado - é formada a partir de uma abordagem mais social do que individual, a vontade antes razão para a elaboração de todo o formulário de intenções resultante no reconhecimento, ou não, do sujeito capaz passa a ser questionado ainda com mais força. Afinal, como poderia um país signatário da Convenção que instaura uma linha de pensamento muito mais humanista do que patrimonialista e muito mais coletiva do que Individualista permanecer utilizando-se de elementos incapacitantes que se voltam exclusivamente para o elemento cognitivo sem ponderar acerca das próprias limitações impostas pela sociedade que durante anos se preocupou com o estabelecimento de um padrão geral de indivíduo, esquecendo a real construção plúrima da comunidade em que os indivíduos vivem?

Dentre as alterações provocadas pela CIDPD, o reconhecimento da capacidade jurídica a todas as pessoas portadoras de deficiência merece destaque. Estabelece o item 02, do seu artigo 12, que os Países que se submeterem às suas regras terão que reconhecer aos indivíduos por ela tutelados a capacidade jurídica em igualdade com aqueles que não detém qualquer tipo de limitação. Não se trata de uma mera formalidade legal, pois, ao que se extrai da leitura da parte

---

em quatro eixos: Acesso à Educação; Inclusão social; Atenção à Saúde e Acessibilidade. Cada ação presente nesses eixos é interdependente e articulada com as demais, construindo redes de serviços e políticas públicas capazes de assegurar um contexto de garantia de direitos para as pessoas com deficiência, considerando suas múltiplas necessidades nos diferentes momentos de suas vidas.

O governo brasileiro tem a convicção de que só produziremos mudanças para a superação de limites quando equipararmos oportunidades entre pessoas com e sem deficiência. Isso porque os limites não estão definidos pela condição de cada pessoa, mas pela sociedade, seja através de obstáculos físicos ou de atitudes preconceituosas. O produto desse trabalho é um Plano de Ação que articula e organiza iniciativas inovadoras em diferentes áreas, possibilitando otimizar resultados e assegurar cada vez mais uma vida melhor, com dignidade e direitos para as pessoas com deficiência.

Ao lançar o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, o Estado brasileiro reafirma o compromisso irrenunciável de assegurar a todos e todas, sem qualquer discriminação, o direito ao desenvolvimento e à autonomia. A base dessa responsabilidade está na Constituição Federal de 1988 e foi ampliada com a ratificação pelo Brasil da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em 2008. O Viver sem Limite tem como referência fundamental a constatação de que, ainda que a condição de deficiência esteja presente em diferentes grupos sociais e em diferentes idades, existe uma estreita relação entre pobreza extrema e agravamento das condições de deficiência. Motivados por esses indicadores, o Plano a ser executado tem especial atenção com as pessoas que se encontram em situação de pobreza extrema, desafio central do nosso governo. (Secretaria de Direitos da Pessoa com Deficiência. Disponível em: < <http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-com-deficiencia/programas/viver-sem-limite>>; Acesso em: 14 jan. 2017).

final do mencionado dispositivo, houve a busca pela isonomia material, pois o que se deseja, na realidade, é a ocorrência de isonomia ampla, alcançando todos os aspectos da vida do deficiente.

Portanto, a manutenção do sistema clássico de incapacidades resultaria, sem sombra de dúvidas, na sustentação de um caminho contrário aos preceitos que o país se vinculou. Independentemente do grau de limitação física ou psíquica deve ser reconhecida a capacidade do indivíduo como um dever essencial e um vetor fundante para assegurar o exercício de qualquer direito voltado para estas pessoas<sup>251</sup>. Diante disso, os Estados Consignatários deverão passar por um processo de revisão da teoria das incapacidades existentes em cada ordenamento jurídico, a fim de assegurar o acompanhamento dos preceitos técnicos, jurídicos e filosóficos decorrentes da Convenção.

### **3.10.1 A mudança (necessária) na percepção quanto ao deficiente físico**

O reconhecimento da capacidade para os deficientes deságua em importantes consequências, pois impõe aos Estados a obrigatoriedade de adoção de medidas que assegurem o suporte necessário para o exercício da capacidade jurídica ampla. Os signatários experimentaram alterações legislativas tanto no âmbito do direito material, como do direito processual, na medida em que abandonaram o procedimento lastreado na identificação da deficiência com a

---

<sup>251</sup> Amanda de Souza Barbosa e Antônio Lago Júnior. também comungam desse opinativo, na medida em que afirmam: “Diante das novas possibilidades de tratamento, que focam no empoderamento e cuidado do sujeito, a interdição civil (sobretudo quando absoluta) traduz-se numa forma radical de (des)zelo, pois retira algo precioso ao ser humano, sua autonomia. Brandão questiona se a interdição é um meio de desconstrução da autonomia ou de construção de um cuidado em face do interditado. Deve-se ter em mente que o respeito ao projeto de vida é um direito fundamental, projeto este que deve ser concebido e vivido de acordo com as capacidades de cada um. Nesse caminho para a inclusão, o Poder Judiciário tem um papel de grande relevância, criando possibilidades em meio ao vazio legislativo e conferindo juridicidade a demandas de proteção contramajoritárias.

A necessidade de uma mudança cultural a respeito de como lidar com as pessoas, em algum grau, incapacitadas por motivos de transtorno psíquico é indubitável. O que ainda não está claro é de que forma o Direito Privado, mais especificamente o Direito Civil, poderá se tornar permeável a essa mudança. As críticas à insuficiência dos arts. 3.º e 4.º do CC/2002 revelam um problema anterior: a possível falência do Código enquanto projeto moderno de redução da complexidade, como identificado por Hespanha. O autor identificou que a tendência é que o direito formal se “complexifique”. Cada vez mais o Código se torna inadequado, pois sua linguagem é a da generalidade. Sua vocação é para a perenidade e imobilismo, sendo natural a sua insensibilidade àquilo que é particular e às mudanças.” (LAGO JÚNIOR, Antônio; BARBOSA, Amanda Souza. *Primeiras análises sobre o sistema de (in)capacidades, interdição e curatela pós estatuto da pessoa com deficiência e Código de Processo Civil de 2015*. Revista Direito Civil Contemporâneo. RDCC (Journal of Contemporary Private Law). v. 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 73)

subsequente substituição da vontade do indivíduo dela portador, por uma engrenagem onde a segurança para manutenção dos direitos plenos reinará.

O eixo ideológico apresentado, então, perfaz-se a partir do estabelecimento de elementos de apoio e colaboração que garantirão a cada pessoa alcançada por suas normas, a possibilidade de expressar e identificar suas opções e decisões adotadas. O trato isonômico é assegurado, porém, deve-se ter em mente que a tutela ampliativa não pode ser negada. Em outras palavras, a igualdade prevista garantirá o mínimo necessário para o exercício dos direitos dos portadores de deficiência, não havendo qualquer vedação para o trato desigual, quando houver imposição de medidas mais benéficas para estes, afinal, a sua limitação física ou mental não poderá ser causa de exclusão diminutiva por parte do mundo jurídico, mas poderá ser utilizada como justificativa para uma abordagem garantidora de direitos mais ampliativa.

Nesta linha de entendimento, a Convenção estabelece que alguns dos portadores de deficiência, em face da restrição que detém, necessitam de apoio para exercer sua capacidade jurídica. Com isso, caberá a adoção de medidas apropriadas a assegurar este suporte. Aqui, ao que transparece, diante da tutela protetiva alargada, não se limita a sustentação Estatal apenas aos meios materiais. Para muito além deste ponto de vista, deverá o Estado prestar o apoio necessário para assegurar o pleno exercício da capacidade legal ora reconhecida, com o estabelecimento das garantias necessárias a afastar o exercício abusivo de tal assistência.<sup>252</sup>

A sua limitação ao âmbito patrimonial restringirá, por demais, a busca pelo tratamento isonômico tão defendido pela Convenção. Sendo assim, o apoio poderá alcançar as mais diversas searas do direito que se estendem, por exemplo, desde o direito de família<sup>253</sup> até o

---

<sup>252</sup> Determinação constante do item 4 do art. 12 da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência: “Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetem os direitos e interesses da pessoa.”

<sup>253</sup> Artigo 23. Respeito pelo lar e pela família. 1. Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que: a) Seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes; b) Sejam reconhecidos os direitos das pessoas com deficiência de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre esses filhos e de ter acesso a informações adequadas à idade e a educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos. c) As pessoas com deficiência, inclusive crianças, conservem sua fertilidade, em igualdade de condições com as demais pessoas. 2. Os Estados Partes assegurarão os direitos e responsabilidades das pessoas com deficiência, relativos à guarda, custódia, curatela e adoção de crianças

direito à participação cultural, recreação, lazer e esporte<sup>254</sup>. Na perspectiva processual por exemplo, toda e qualquer decisão adotada, em que se faça necessário o apoio de terceiros, deverá haver a incidência da presunção em prol do deficiente, pois é ele quem deverá ser o responsável pelo exercício do direito. Os apoiadores serão apenas auxiliares da sua manifestação de vontade, o que implica dizer que, em casos de conflitos, a manifestação de vontade do apoiado terá sempre a presunção de veracidade sobre si. Independentemente do grau da deficiência, o que se busca é garantir que ele consiga exercer, na medida do possível, a sua manifestação de vontade livre.

---

ou instituições semelhantes, caso esses conceitos constem na legislação nacional. Em todos os casos, prevalecerá o superior interesse da criança. Os Estados Partes prestarão a devida assistência às pessoas com deficiência para que essas pessoas possam exercer suas responsabilidades na criação dos filhos. 3.Os Estados Partes assegurarão que as crianças com deficiência terão iguais direitos em relação à vida familiar. Para a realização desses direitos e para evitar ocultação, abandono, negligência e segregação de crianças com deficiência, os Estados Partes fornecerão prontamente informações abrangentes sobre serviços e apoios a crianças com deficiência e suas famílias. 4.Os Estados Partes assegurarão que uma criança não será separada de seus pais contra a vontade destes, exceto quando autoridades competentes, sujeitas a controle jurisdicional, determinarem, em conformidade com as leis e procedimentos aplicáveis, que a separação é necessária, no superior interesse da criança. Em nenhum caso, uma criança será separada dos pais sob alegação de deficiência da criança ou de um ou ambos os pais. 5.Os Estados Partes, no caso em que a família imediata de uma criança com deficiência não tenha condições de cuidar da criança, farão todo esforço para que cuidados alternativos sejam oferecidos por outros parentes e, se isso não for possível, dentro de ambiente familiar, na comunidade.

<sup>254</sup> Artigo 30. Participação na vida cultural e em recreação, lazer e esporte. 1.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência de participar na vida cultural, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e tomarão todas as medidas apropriadas para que as pessoas com deficiência possam: a) Ter acesso a bens culturais em formatos acessíveis; b) Ter acesso a programas de televisão, cinema, teatro e outras atividades culturais, em formatos acessíveis; e c) Ter acesso a locais que ofereçam serviços ou eventos culturais, tais como teatros, museus, cinemas, bibliotecas e serviços turísticos, bem como, tanto quanto possível, ter acesso a monumentos e locais de importância cultural nacional. 2.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para que as pessoas com deficiência tenham a oportunidade de desenvolver e utilizar seu potencial criativo, artístico e intelectual, não somente em benefício próprio, mas também para o enriquecimento da sociedade. 3.Os Estados Partes deverão tomar todas as providências, em conformidade com o direito internacional, para assegurar que a legislação de proteção dos direitos de propriedade intelectual não constitua barreira excessiva ou discriminatória ao acesso de pessoas com deficiência a bens culturais. 4.As pessoas com deficiência farão jus, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, a que sua identidade cultural e lingüística específica seja reconhecida e apoiada, incluindo as línguas de sinais e a cultura surda. 5.Para que as pessoas com deficiência participem, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de atividades recreativas, esportivas e de lazer, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para: a) Incentivar e promover a maior participação possível das pessoas com deficiência nas atividades esportivas comuns em todos os níveis; b) Assegurar que as pessoas com deficiência tenham a oportunidade de organizar, desenvolver e participar em atividades esportivas e recreativas específicas às deficiências e, para tanto, incentivar a provisão de instrução, treinamento e recursos adequados, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas; c) Assegurar que as pessoas com deficiência tenham acesso a locais de eventos esportivos, recreativos e turísticos; d) Assegurar que as crianças com deficiência possam, em igualdade de condições com as demais crianças, participar de jogos e atividades recreativas, esportivas e de lazer, inclusive no sistema escolar; e) Assegurar que as pessoas com deficiência tenham acesso aos serviços prestados por pessoas ou entidades envolvidas na organização de atividades recreativas, turísticas, esportivas e de lazer.

### **3.10.2 As mutações no regime das incapacidades e a hipótese da incapacidade daqueles que não puderem exprimir sua vontade, mesmo que por causa transitória: não se trata de uma simples alteração de artigos**

A alteração da percepção filosófica impôs a mudança, também, do desenho legal. A perspectiva positiva do trato jurídico dos incapazes sofreu profundas alterações com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Apesar de sua estrutura básica permanecer intacta, as hipóteses configuradoras foram eliminadas ou alteradas, mantendo-se incólume, basicamente, apenas a questão etária no que se refere ao reconhecimento da incapacidade.

Manteve-se a bipartição em incapacidade absoluta e relativa. Com isso, também restou estruturado o seguimento da representação e da assistência. Neste parâmetro amplo, a Lei 13.146/2015 não interferiu. A grande alteração, porém, como dito, veio nas hipóteses ali previstas, pois, eliminaram-se por completo todas aquelas referentes à incapacidade absoluta, à exceção dos menores de dezesseis anos. Atualmente, o ordenamento jurídico pátrio prevê apenas a hipótese de incapacidade absoluta para crianças e adolescentes até dezesseis anos.

As demais situações foram retiradas do rol de incisos anteriormente existentes no art. 3º do Código Civil. Não havia como manter a hipótese que considerava como absolutamente incapaz aquele que por enfermidade ou deficiência mental, não tivesse o necessário discernimento para a prática de atos. Esta previsão fere frontalmente toda a linha principiológica inaugurada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, razão esta que, por si só, justifica sua extirpação de todo ordenamento. Tratava-se, sem dúvidas, de uma das principais demonstrações da opção do legislador pretérito pela exclusão daqueles que não se adequavam à sua moldura abstrata de sujeito ideal.

Interessante foi o tratamento conferido à situação originalmente prevista no inciso III do art. 3º do Código Civil de 2002. Nela havia a previsão de que seriam considerados como absolutamente incapazes aqueles que “mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. Neste caso, ao invés de posicionar-se da mesma maneira feita com o inciso II – ou seja, excluindo-o do ordenamento – preferiu o legislador deslocá-lo para o rol dos relativamente incapazes. Este foi um comportamento que mereceu destaque, pois, efetivamente, pode o sujeito encontrar-se incapacitado para manifestar sua vontade, exatamente por conta de enfermidade, o que, num primeiro momento, restaria qualificado como deficiente físico de acordo com o sentido social ora utilizado.

Vale aqui destacar uma modificação inserida diretamente no texto que poderia passar despercebida numa primeira leitura. O texto original da hipótese desta hipótese de incapacidade referia-se, expressamente, há situação em que a restrição na manifestação de vontade fosse transitória. Não trazia o legislador a hipótese da impossibilidade decorrente de uma situação permanente.

A opção, certamente, decorreu do desenvolvimento de uma linha de raciocínio lógica, afinal se a causa impeditiva da manifestação de vontade fosse permanente, o reconhecimento da incapacidade seria o único caminho viável, até mesmo em razão da ausência de autonomia necessária para administração dos atos da vida. Sendo assim, não precisou ser estampada esta hipótese no texto de lei, optando o legislador por trazê-la subentendida através da expressão “mesmo”.

No que se refere ao art. 4º propriamente dito, há, também, alterações impostas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ali, o legislador alcançou o texto constante nos incisos II e III. No que quanto ao primeiro deles, houve a retirada da previsão atinente ao deficiente mental e aqueles que tenham o discernimento reduzido. Esses passaram do patamar de relativamente incapazes para absolutamente capazes, adequando-se à principiologia filosófica do CIDPD.

Partindo-se de uma leitura mais cuidadosa do texto da Lei 13.146/2015 percebe-se que em seu art. 2º<sup>255</sup> o legislador pátrio, seguindo o mesmo preceito do CIDPD, ao conceituar a pessoa com deficiência apontou a necessidade de acometimento de “impedimento de longo prazo”. Trata-se, efetivamente, de norma de conceito indeterminado que imporá ao magistrado a hermenêutica para desvendar, segundo a situação hipotética, a amplitude desta expressão.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que insere uma cláusula de conceito indeterminado, ampliando a possibilidade de subsunção dos sujeitos à sua tutela protetiva, o mesmo legislador

---

<sup>255</sup> Cristiano Chaves, Rogério Sanches Cunha e Rogério Batista Pinto fazem interessante indagação acerca do art. 2º no que concerne à manutenção dos efeitos da lei 7.853/1989. Diante do questionamento, respondem os autores: “na verdade, não há que se falar em revogação tácita ou expressa da lei 7.853/1989, a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Isso porque o Estatuto, quando pretendeu revogar antigas disposições, o fez de forma expressa, como consta do art. 123, listando as leis que não foram recepcionadas pelo diploma novel. Aliás, a única menção feita pelo Estatuto à Lei nº 7.853/1989 deu-se em seu art. 98 que, alterando o art. 3º daquela lei, relacionou os agentes legitimados à proposição de ações visando a proteção da pessoa com deficiência (Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Municípios, Distrito Federal e associação constituída há mais de um ano). E, de fato, são plenamente compatíveis os conceitos apresentados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência com aquelas que já constavam da lei 7.852/1998, regulamentados por meio de decreto. Sobretudo no que se refere a impedimentos de ordem física que dificultem o pleno exercício na sociedade, por seu portador, em relação aos demais.” (FARIAS, Cristiano Chaves; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Rogério Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 23)



trouxe um outro elemento para hipótese do art. 4º, III do Código Civil. Agora, o texto legal afirma expressamente além da “causa transitória”, consta a viabilidade para a “causa permanente”. Em outras palavras: o texto de lei agora contempora duas hipóteses, trazendo o legislador para a luz, a situação que antes permanecia às escuras.

Da mesma forma, a alteração constante no inciso III também foi no sentido de conferir ajustes ao quanto previstos na Convenção. Retirou-se, por completo, a restrição capacitária antes existentes aos excepcionais, sem o desenvolvimento mental completo, para conferir-lhe a capacidade absoluta. Em seu lugar, inseriu-se a previsão anteriormente existente no inciso III, do art. 3º do Código Civil, que trata daqueles que “mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. Deixou, então, de ser absolutamente incapaz para ganhar o *status* de relativamente incapaz.

Surge a partir de então um problema: os conceitos indeterminados de “impedimento de longo prazo” e de “mesmo por causa permanente”. Não há nenhum elemento objetivo que imprima a ideia do que venha a ser longo prazo, pois não resta ali consignado se seria ele um período de dias meses ou anos. Há apenas a limitação trazida com a expressão em abstrato.

Neste ponto, percebe-se que há uma confluência entre o Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois em ambos os casos existe previsão referente às limitações físicas ou psíquicas que alcançam a pessoa no transcorrer do tempo. Porém, apesar da aproximação, não se confunde, pois, aquela trazida pela pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e mais amplo. Ou seja, a hipótese prevista no art. 2º da Lei 13.146/2015 é a moldura, dentro da qual se inserem os deficientes.

Todos que ali se encontram são qualificados como absolutamente capazes, exatamente por conta da linha filosófica instaurada pelo Estatuto. Ocorre que esta postura não impossibilita a identificação de hipóteses de incapacidade que é o que o Código Civil faz. Sendo assim, ainda que seja qualificado como deficiente, aquele que não conseguir exprimir sua vontade – seja por causa transitória ou permanente – estará vinculado ao rol dos sujeitos relativamente incapazes. Exatamente por ser um rol de hipóteses específico, trata-se de situação excepcional, sendo merecedor de interpretação restritiva.<sup>256</sup>

---

<sup>256</sup> Neste sentido, afirmam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald que “Chame-se, porém, a atenção para um detalhe substancial: as pessoas com deficiência que não podem exprimir sua vontade foram removidas do rol dos absolutamente incapazes previsto na redação primitiva do Código Civil e enviadas para o catálogo dos

Em resumo, o art. 4º, inciso III apresenta duas hipóteses em seu texto: a primeira vinculada aos deficientes pois trata de restrição permanente à manifestação de vontade e uma outra que se afasta do conceito expresso no art. 2º da Lei 13.146/2015, podendo abranger qualquer pessoa, ainda que não absorvida pela condição de deficiente.

Deve-se destacar que, independentemente se o impedimento é tecnicamente de longo ou de curto prazo, há, de fato, uma restrição para a manifestação de vontade que acabará por resultar em prejuízos para o indivíduo quanto da sua autonomia. Não lhe sendo assegurada a possibilidade de reação à ofensa ao seu direito, o sujeito deve ser visto de forma diferenciada pelo ordenamento, pois se trata de uma flagrante hipótese de vulnerabilidade, independentemente se há configurada hipótese de curtíssimo, curto, médio, longo, longuíssimo ou permanente impedimento.

Portanto, ao arremessar o que previa no inciso III do art. 3º para o art. 4º, o legislador conferiu um *upgrade* na capacidade já que lhe retirou da hipótese de absolutamente para conferir-lhe o grau de relativamente, ocasionando, por sua vez, um trato diferenciado por parte de todo o sistema. Ocorre que, como mencionado, se trata de situação em que o sujeito se encontra alijado da sua capacidade de manifestação de vontade, o que suscita várias incompatibilidades reflexas com demais institutos existentes no sistema como um todo, exatamente por se tratar de uma flagrante situação de vulnerabilidade. Retirar a autonomia de escolha é retirar a liberdade do indivíduo, o que significa dizer que presumir que ele não agiu porque não quis, quando na realidade a reação não foi feita por não ter condições, é um dos mais flagrantes equívocos violadores da tutela de direitos do indivíduo, onde se encontra o seu acesso à justiça, por exemplo.

### 3.11 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE

Conforme mencionado no curso do tópico anterior, houve a mutação do quadro envolvendo a

---

relativamente incapazes com uma nova filosofia de tratamento. Corretamente o legislador optou por restringir o alcance da incapacidade ao conjunto de circunstâncias que evidenciem a impossibilidade real e duradoura de entender, de querer e de poder se manifestar claramente, a ponto de justificar a curatela. O ser humano não será mais reduzido à curatela pelo simples fato de ser portador da patologia psíquica. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. rev. amp. atual. Vol. 1. 15 ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 348)

teoria das incapacidades. As cores desbotadas de um sistema excludente passam a ser trocadas e aquele desenho antes existente dá lugar à tela onde se alinham os contornos de uma teoria mais inclusiva, na qual o sujeito não poderá ter sua vontade desqualificada apenas por não fazer parte do padrão subjetivo imaginado pelo legislador abstrato. Trata-se de uma nova perspectiva, onde a máscara que durante muito tempo permaneceu incólume do sujeito ideal é retirada para que se possa enxergar o ser humano como ele é, aceitando-se suas limitações e diferenças.

Ao rotacionar a perspectiva da construção ideológica da teoria das incapacidades, o Estatuto da Pessoa com Deficiência exige do Estado a adoção de mecanismos antes inexistentes, por serem, em tese, despiciendos. Muito mais simples, efetivamente, era o trato da matéria, pois não caberia ao Poder Judiciário, por exemplo, se preocupar com a adoção de meios de tutela do interesse daquele enquadrado como incapaz. A própria normativa material resolvia o problema de forma precedente, pois, excluindo a sua capacidade de atuação sobre os direitos que titularizava, exigia-lhe a designação de sujeito capaz, o que assegurava ao conflito o patamar de igualdade exigido.

Destaque-se que não era o Estado quem utilizava de rotinas de equiparação para fazer valer a igualdade material. A sua posição era confortável, pois ao retirar a capacidade do indivíduo, reconhecia-se a sua incapacidade – redundância proposital – de encarar o problema do desequilíbrio fático de poderes, imputando a nomeação de um curador para, em muitos casos hipóteses em que o sujeito tinha o discernimento para a prática dos atos da vida civil.<sup>257</sup> A partir

---

<sup>257</sup> O exemplo histórico mais marcante está na questão da mulher. Até os idos da década de 60, com a entrada em vigor do Estatuto da Mulher Casada, lei 4121/62, as pessoas do sexo feminino eram vistas como sujeitos inferiores aos homens. Havia um regime excludente que acabava por desaguar no reconhecimento da incapacidade feminina, como consequência, apenas de ser do sexo feminino.

Durante longas décadas, o sexo feminino era subjugado no sistema jurídico brasileiro, posto que a única “função” conferida à mulher era a de reprodução. As normas, formadas por homens, retiravam delas a capacidade para gerir atos da sua própria vida. Por isso, as mulheres eram sempre submetidas ao trato masculino. Segundo Roberto de Ruggiero, “Sofria a mulher, no estado de casada, uma notável restrição da sua capacidade, na parte em que, para se manter íntegra e unida à sociedade familiar e para se assegurar a propriedade material do grupo, não podia, sem autorização do marido, fazer doações, alienar bens imóveis, dá-los de hipoteca, contratar mútuos, ceder ou receber capitais, constituir-se fiadora, transigir ou estar em juízo relativamente a tais atos (art. 134 do CC) ne aceitar mandatos (art. 1.743 do CC) (RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1. 2 ed. Campinas: BookSeller, 2005, p. 456/457.)

Enquanto solteiras, viviam sob as ordens de seu pai. Não é por outro motivo que tradicionalmente o Poder Familiar era denominado de Pátrio Poder, pois decorria exatamente da gestão paterna sobre os atos de todos os seus filhos. A mãe, inicialmente, não detinha qualquer capacidade para gerir a vida da sua cria, pois, como dito, sua função era meramente reprodutiva. Apenas cuidava faticamente, enquanto o genitor saía para trabalhar e garantir o dinheiro necessário ao sustento da família.

Todo e qualquer trato quanto aos atos da vida civil eram direcionados ao homem, sem que a mulher pudesse participar, nem mesmo opinar. Os casamentos eram fomentados entre os patriarcas das famílias e a mulher, se submeter à imposição matrimonial, agregava o nome do futuro esposo ao seu, pois a família do macho era considerada como a mais importante. Prova disso está na construção do nome dos filhos que, na sua maioria das

do reconhecimento da capacidade daqueles que antes eram qualificados como incapaz, muda-se toda a perspectiva do trato da matéria.

A ideia decorre da busca pela criação de um espaço de inclusão através do exercício pelo próprio indivíduo da sua autonomia, alcançando, por via de consequência, a viabilização do seu acesso à justiça. Evidentemente que, para que isso aconteça, não será a simples edição de uma legislação abstrata que conseguirá alterar a postura de todo ordenamento jurídico de forma tão profunda como se busca. A implementação dessa nova perspectiva requer que os órgãos competentes e responsáveis estabeleçam ou disponibilizem mecanismos de interação que assegurem àqueles que não se encontram no mesmo patamar de igualdade meios especiais, destinados a reforçar seus direitos mais importantes, ou, pelo menos, torná-los menos vulneráveis face às suas limitações. Esta linha de entendimento, frise-se, impõe uma reorganização não apenas ao Poder Judiciário, mas a todos os demais poderes, como, inclusive, estampam os princípios oriundos do Estatuto da Pessoa com Deficiência.<sup>258</sup>

Atualmente, muito se ouve falar que a deficiência é uma questão de direitos humanos, porém para que se alcance, efetivamente, essa qualidade, necessário se faz que haja uma mutação do paradigma, devendo-se reconhecer que os problemas sofridos por esses indivíduos serão qualificados como entraves que alcançam os direitos fundamentais, daí incluídos o acesso à justiça.

Como dito, o modelo social instaurado a partir da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, e espelhado na Lei 13.146/2015, parte da premissa de que a deficiência é, em grande parte, resultado de uma sociedade que não considera como existente as pessoas com deficiência. É a reação a um comportamento que afastava a autonomia da pessoa com deficiência para exercitar à sua autonomia no que se refere a sua própria vida, para passar a reconhecer a necessidade de eliminação de qualquer barreira a elas impostas, com o fito de estruturar uma adequada equiparação de oportunidades.

---

vezes, acabava por descartar o sobrenome materno – tanto do pai quanto da mãe – optando pela perpetuação apenas daqueles vinculado à família paterna de ambos os genitores.

<sup>258</sup> Dentro da linha de entendimento trazida pelos princípios do Estatuto da Pessoa com Deficiência, decorrentes da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência todos os três poderes estatais devem adotar medidas para inclusão daqueles que ali se encontram previstos. Caberá ao Estado signatário impor medidas decorrentes de políticas preferenciais em favor dos vulneráveis, os quais, atualmente, se encontram os portadores de deficiência, por meios diretos ou indiretos que assegurem o seu acesso à serviços públicos.

A reestruturação da teoria das incapacidades demonstra a intenção da legislação em colocá-la num segundo plano, erigindo para o aspecto mais importante do trato a questão envolvendo a percepção da vulnerabilidade. Evidentemente, não há como negar que alguém que não detém de toda a autonomia física e psicológica está muito mais vinculado à condição de vulnerável do que, efetivamente de incapaz. Este é o ponto nevrálgico de toda esta situação.

Esse movimento realça, ainda mais, a necessidade de busca por um acesso à justiça mais amplo, ou seja, o direito à tutela jurídica efetiva, haja vista que somente desta forma é que se alcançará todas as circunstâncias sociais, econômicas, pessoais e de qualquer outro tipo que possam impedir ou dificultar os deficientes a terem a prestação jurisdicional que lhe é cabível.

Antes, porém, de continuar com a análise do tema principal destinado ao presente trabalho, deve-se abrir a oportunidade para abordar os contornos específicos referente à teoria da vulnerabilidade. A intenção do trato da matéria é assegurar a estruturação de bases para a construção da teoria que pretende demonstrar a necessidade de percepção da atividade do magistrado de forma diferenciada daquela que vinha sendo propalada ao longo dos tempos, pois, somente desta forma é que será possível ajustar elementos pontuais do sistema jurídico à essa nova perspectiva referente à teoria das incapacidades.

## 4. DA VULNERABILIDADE

### 4.1 INTRODUÇÃO

Partindo-se de uma visão estéril e sem qualquer preocupação com as singularidades individuais, a igualdade prevista na França do século XVIII, buscava tratar todos de uma maneira formalmente isonômica, mesmo que a realidade social e física assim não espelhasse. Seriam genericamente idênticos perante a lei, o que resultaria na impossibilidade de gerência estatal para manutenção do equilíbrio de poderes nas relações contratuais, pois equivalentes desde sempre.

A ascensão de uma classe política antes reprimida por pesada carga tributária resultou numa perspectiva de construção da principiologia dominante pós-revolução, completamente diferenciada daquela outrora existente. O grande “inimigo” foi deposto do seu trono e em seu lugar os próprios componentes da burguesia passaram a ditar as regras vigentes. Mudar era preciso, e as elas foram profundas.

O Estado agora apático em suas funções de ingerência apenas observava de longe a efetivação e a desconstituição de relações jurídicas. O que deveria vigor de forma incontestada era a manifestação da vontade dos negociantes. O contrato passa a ser a fonte de regras entre os tratantes.

A autonomia da vontade, então é erigida ao patamar de elevada importância no trato das relações jurídicas. O Estado, antes presente, é afastado e em seu lugar resta imposto a atenção à tríade da Revolução francesa: *égalité*, *liberté* e *fraternité*. Com o ente estatal obstado em sua atuação, restou aberto um fecundo campo para a incidência das regras contratuais, que, por sua vez, nasciam da expressão da vontade dos celebrantes.

O mercado deveria ser desenvolvido e, para isso, a circulação de riquezas ganharia o fomento necessário para romper os limites que viessem a ser impostos. A industrialização seguia o ritmo do fascínio provocado pela inserção de tecnologia e o Estado passou a ser considerado como o inimigo da evolução. Porém, nem todos são iguais materialmente, como queria a legislação ao estipular o seu aspecto formal.

O deslumbramento com o rompimento das amarras do regime estatal anterior ao da burguesia trouxe consigo o brilho do mundo mercantilista. Porém, também vieram os problemas de uma liberdade extremada, na medida em que a realidade não se mostrava tão perfeita quanto tentava espelhar a legislação positivada. Não por outro motivo que Boaventura de Souza Santos afirma ser o século XIX um momento fascinante da história, pois foi um período em que as contradições da realidade se projetaram com bastante incidência em decorrência da modernidade que se aproximava. “O modo como foi formulado no século XIX este dualismo e sua articulação com o princípio do *laissez faire* explica a ambiguidade da forma política de actuação do Estado neste período.”<sup>259</sup>

O indivíduo era visto como um ser em si mesmo; um elemento singular, enquanto que a sociedade era o local onde seria possível haver a livre concorrência através de relações que se resumiam à espécie contratual. Diante disso, não é equivocado afirmar que os direitos pertencentes aos particulares são disponíveis, salvo exceções legais. Este comportamento tinha como justificativa a viabilidade da livre negociação com o respeito integral às regras estabelecidas entre as partes.

A ideia de destaque para a vontade era tão presente que, em obra clássica, Silvio Rodrigues<sup>260</sup> chegou a afirmar que o *pacta sunt servanda* é de tal forma relevante que não se resume apenas a defender os anseios daqueles vinculados pelo enlace contratual. Adere, acima de tudo, a uma conotação coletiva, social, o que agrega amplitude ainda maior para a questão, pois vincula-o à questão da segurança jurídica decorrente das relações negociais e que estão relacionadas às expectativas que foram fomentadas no âmbito social.

Inspirado no direito europeu, o sistema civil brasileiro seguiu a mesma sorte daquela imposta pelo Diploma Napoleônico. Por se encontrar no ápice da pirâmide hierárquica, sua influência individualista irradiou por todo o sistema o que fez com que a autonomia da vontade permanecesse evidente também no direito pátrio. Existia, pois, um complexo de relações sociais que se mantinha sob a igualdade formal, agregada com a valorização da autonomia da vontade.

Décadas se passaram, enquanto os preceitos do direito liberal permaneciam intactos na visão

---

<sup>259</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: o Social e o Político na Pós-Modernidade*. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999, p. 82

<sup>260</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 3. ed. rev.e aum. São Paulo: Max Limonad, 1967. v.3, p. 17

filosófica reinante. As desigualdades econômicas e sociais eram deixadas de lado, pois apenas aquelas consideradas como insuportáveis para a concretização do contrato deveriam ser afastadas do trato social. A cegueira fomentada pelo discurso vazio da igualdade autorizava a classe dominante a manter seus interesses resguardados, pois o factóide erigido pela Revolução Francesa escondia, acima de tudo, as desigualdades que assolavam as relações sociais.

#### 4.2 A PREOCUPAÇÃO COM O INDIVÍDUO

Em decorrência da revolução de pensamento introduzido de forma mais incisiva a partir da segunda metade do século XX, o ser humano passou a ser o foco central de todo o funcionamento do sistema jurídico. Como reflexo do princípio solar da dignidade da pessoa humana, o aplicador do direito foi conduzido a observar as normas não como elementos tuteladores do patrimônio, de forma isolada, mas, sim, do ser humano que seria o seu fim, e não apenas o seu meio. Todos os esforços devem ser garantidos para que se assegure um tratamento mais humanizado e menos vertido para a irrealidade de uma isonomia abstrata.

O complexo normativo deve alcançar a todos, sempre respeitando os limites e a peculiaridade de cada um dos indivíduos que compõem a sociedade. Ao contrário do que estabeleciam os franceses revolucionários, não há como ter uma sociedade simétrica em absoluto. Cada pessoa, além de carregar consigo emoções e vivências peculiares, apresenta interesses e limitações singulares. Portanto, ao invés de auxiliar, o tratamento homogêneo em sua totalidade, acabou por manter abertas as chagas da desigualdade e do desequilíbrio social.

Inúmeros tratados foram, desde então, celebrados com o intuito de valorizar o ser humano. O rol extenso de diplomas normativos internacionais demonstra a preocupação globalizada com a valorização do interesse do indivíduo, respeitando, sempre, as suas individualidades. Nesta esteira, pode-se observar a construção de convenções que possuem uma abordagem mais ampla vertida a direitos fundamentais do ser humano, como ocorre com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, assim como, também, se verifica a celebração de tratados mais específicos, como no caso da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente<sup>261</sup>.

---

<sup>261</sup> Destaca-se, mais uma vez, os ensinamentos de Antônio Lago Júnior e Amanda Souza Barbosa, segundo os quais: “o conceito de pessoa com deficiência adotado pelo art. 1.º da Convenção reflete uma mudança na percepção



Resguardada a proteção à pessoa, acabou-se por perceber que ainda havia grande falha no objetivo de construção de uma sociedade igualitária. A realidade que teimava em aparecer perante os legisladores agora restou vista: havia diferenças entre os indivíduos, e um sistema que os considerava como iguais era anacrônico e contrário ao objetivo central de tutela do indivíduo. A paz e a segurança jurídica não poderiam se consolidar num ambiente onde a própria legislação chancelaria, ainda que de forma desigual, o tratamento entre sujeitos que careciam de atenção diferenciada para fazer valer os direitos que lhe eram inerentes, pela simples condição de ser humano.

#### 4.2.1 Não há mais formalmente iguais, mas há vulneráveis

Elemento de estudo mais intensivo no âmbito da bioética, a temática envolvendo a vulnerabilidade é analisada doutrinariamente a partir de sua bifurcação, onde no primeiro seguimento se encontram aqueles acometidos de restrições no âmbito físico do próprio ser humano, ou seja, limitações que se vertem para o âmbito da saúde propriamente dita do indivíduo<sup>262</sup>. Já o segundo grupo é direcionado para elementos externos envolvendo aspectos constantes não no sujeito propriamente dito, mas numa análise dele para o ambiente em que vive, como, por exemplo questões de pobreza, empecilhos geográficos, educação limitada, conhecimentos técnicos restritos, entre outros.<sup>263</sup>

---

do corpo com impedimentos. Ele deixa de ser meramente um problema médico e passa a ser percebido como o resultado da opressão oriunda do binômio normalidade/anormalidade. A deficiência não é resultado, apenas, de doenças e lesões identificadas por uma perícia biomédica, mas sim da relação de desigualdade oriunda de um ambiente que impõe uma série de barreiras ao corpo com impedimentos e que, portanto, passa a ser aferida a partir de critérios biomédicos e de direitos humanos. Diniz, Barbosa e Santos identificam que a ONU adotou como premissa o modelo social de deficiência, instrumento importante para promoção da igualdade entre deficientes e não deficientes. [...] Cabe, assim, aos Estados-Partes promover medidas de acesso ao apoio que necessitem ao exercício de sua capacidade legal. Tais medidas devem contar com mecanismos de prevenção de abusos, respeitar os direitos, vontade e as preferências da pessoa, além de resguardá-las de influências indevidas. Devem, ainda, ser aplicadas pelo período mais curto possível e submetidas a revisão regular.” (LAGO JÚNIOR, Antônio; BARBOSA, Amanda Souza. *Primeiras análises sobre o sistema de (in)capacidades, interdição e curatela pós estatuto da pessoa com deficiência e Código de Processo Civil de 2015*. Revista Direito Civil Contemporâneo. RDCC (Journal of Contemporary Private Law). v. 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 53)

<sup>262</sup> Numa metáfora bastante harmoniosa, Maurício da Silva afirma que: “Olhe para os dedos de sua mão. Eles são diferentes. Ainda bem. Exatamente por serem diferentes eles são harmoniosos quando vistos em conjunto. Já imaginou se eles fossem todos iguais? Certamente teríamos dificuldade de fazer o que fazemos de maneira tão natural. A humanidade, pode-se dizer, é semelhante a uma mão. Somos diferentes numa família. Somos diferentes numa região. Somos diferentes numa nação. A diferença é inerente, portanto, à natureza humana. Que bom que assim seja” (SILVA, Maurício da. *Alteridade e cidadania*. Disponível em: <<http://www.evirt.com.br/conlunistas/mauricio08.htm>>; Acesso em: 10 out. 2015)

<sup>263</sup> Esse é o entendimento expresso por Michael H. Kottow em: KOTTOW, Michael. H. *Comentários sobre bioética, vulnerabilidade e proteção*. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Org). *Bioética: poder e injustiça*. 2 ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004

De acordo com essa classificação, a vulnerabilidade secundária relaciona-se diretamente com o aspecto social, exterior ao indivíduo, posicionando-se em contrapartida à primária que se refere às características próprias e inerentes ao sujeito. O reconhecimento da condição de vulnerável por conta de interferências do meio em que vive deve ser, também, o foco atual das normas jurídicas, em detrimento da atenção anteriormente conferida de forma exclusiva ao primeiro agrupamento. Não há mais espaço para uma análise restrita ao indivíduo em sua construção física e psíquica apenas, pois a complexidade das relações sociais acaba por apresentar elementos de desequilíbrio que ultrapassam tais restrições para alcançar patamar muito maior do que aquele que o próprio sujeito se consagra.<sup>264</sup>

---

<sup>264</sup> Segundo Mary Beloff e Laura Clérico: “*El argumento de vulnerabilidad, por un lado, alerta acerca de que personas o grupos de personas requieren que otro haga algo (Estado) para ayudarlas a salir del estado de vulnerabilidad, porque al encontrarse en una posición de exclusión, de marginalidad, de subordinación, no disponen de las mismas herramientas (socioeconómicas, de participación real en los procesos políticos, para disputar los lugares desde los que se puede tener “voz efectiva” para que se expresen tanto individual cuanto como miembros de un colectivo, etc.) para procesar y revertir esa situación. Sin embargo, por el otro lado, puede implicar la estigmatización o la estereotipación de los grupos o personas a los que se dirigen esas medidas estatales (dilema de la diferencia).*”

*¿Logra la Corte IDH evitar caer en alguna de las trampas del uso del argumento de vulnerabilidad: la de la esencialización y/o la de la estigmatización? La Corte IDH juega constantemente con tres elementos, que en algunos casos aplicó con mayor intensidad que en otros. Esos tres elementos son: a) la pertenencia de las personas afectadas a un grupo vulnerable definido por algún Instrumento Internacional de Derechos Humanos específico (niños, comunidades indígenas); b) la situación de vulnerabilidad concreta (vivir en la calle, en situación de detención en hacinamiento o superpoblación, vivir en situación de desplazamiento a la vera de una ruta en la miseria extrema), y c) el conocimiento de esa situación de vulnerabilidad por parte del Estado.*

*Sobre este último punto agregamos e insistimos<sup>101</sup> con la crítica a la Corte IDH: el Estado no puede desconocer a un grupo, a un colectivo que es vulnerable y tampoco puede ignorar situaciones de vulnerabilidad de cierta extensión y públicas. Concederle al Estado ese desconocimiento es muy generoso, por decir lo menos; pero sobre todo es un boomerang que, de activarse, invalidaría todo el desarrollo argumental anterior, como ya indicamos” (BELOFF, Mary; CLÉRICO, Laura. *Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la corte interamericana*. In: Revista de estudios Constitucionales. N. 2. Nov. 2016. Chile: Universidad de Talca, p. 139-177)*

Em tradução livre: O argumento da vulnerabilidade, por outro lado, alerta acerca de pessoas ou grupos de pessoas que requerem que outro haja logo (Estado) para ajuda-las a sair do estado de vulnerabilidade porque ao encontrar-se numa posição de exclusão, de marginalidade, de subordinação, não dispõem das mesmas ferramentas (socioeconômicas, de participação real nos processos políticos para disputar os lugares diante daqueles que podem ter “voz efetiva” para se expressarem tanto individual como em membros de um coletivo, etc). para processar e reverter essa situação. Em dúvidas, por outro lado, pode implicar a estigmatização ou estereotipação dos grupos ou pessoas aos quais se dirigem essas medidas estatais (o dilema da diferença).

Teria a corte IDH buscado evitar haver alguma das armadilhas decorrentes do uso do argumento da vulnerabilidade: a da condição essencial e/ou da estigmatização? A corte IDH julga constantemente com três elementos, que em alguns casos aplica-se com maior intensidade do que em outros. Esses três elementos são: pertencer as pessoas afetada a um grupo de vulnerável definido por algum instrumento internacional de Direitos Humanos específico (crianças, comunidades indígenas); b) a situação de vulnerabilidade concreta (viver na rua, em situação de detenção ou superpopulação, viver em situação de desabrigado ou viver em uma rota de extrema pobreza) e c) o conhecimento dessa situação de vulnerabilidade por parte do Estado.

Sobre este último ponto, acrescentamos e insistimos com a crítica à Corte IDH. O Estado não pode desconhecer um grupo, um coletivo que é vulnerável e tampouco pode ignorar situações de vulnerabilidade de certa extensão e publicidade. Conceder ao Estado esse desconhecimento é muito generoso, por dizer o mínimo; mas sobre tudo há um bumerangue que, destaque-se, invalidaria todo o desenvolvimento argumentativo anterior como já indicamos.

A maior sensibilidade do sistema diante das necessidades do indivíduo fez com que as normas jurídicas passassem a enxergar essa problemática dos vulneráveis. Dentro do âmbito do universo jurídico<sup>265</sup>, inúmeros são os ramos que esta matéria alcança, como é possível se observar no direito do consumidor, no trato do idoso, da criança e do adolescente, nas relações jurídicas e na bioética. Isso implica dizer que, para muito além do que se pode imaginar num primeiro momento, a tutela do vulnerável apresenta ramificação por todo o mundo jurídico, o que impõe, ainda mais, o cuidado do aplicador do direito quando se deparar com situações fáticas que ressaltem essa condição, pois, assim, restará cumprida a incansável efetivação da igualdade em seu âmbito material.<sup>266</sup>

#### 4.2.1.1 O conceito de vulneráveis: do plano extrajurídico para o plano endojurídico

Desde 2012 o Conselho Nacional de Saúde definiu o conceito de vulnerabilidade. Interessante notar que ali o contorno para a sua identificação ganha uma amplitude maior do que a restrição física, haja vista que o legislador utilizou expressões como “por quaisquer razões ou motivos”. Isso assegura uma área de atuação para o reconhecimento do vulnerável muito mais ampla do que a mera limitação psicofísica. Sendo assim, todo aquele que tenha impedimentos ou restrições, qualquer que seja sua fonte, para exercer seu consentimento livre e esclarecido será qualificado pela resolução 466/2012, como detentor de atenção mais evidenciada, por se

---

<sup>265</sup> Vale salientar que não apenas na seara jurídica é possível encontrar o trato acerca do vulnerável. Adequando-se às necessidades de cada área do conhecimento, a questão da vulnerabilidade é explorada em diversos aspectos, como ocorre na medicina, psicologia, filosofia, entre outros. Aliás, o direito veio como uma das últimas áreas a se debruçar sobre essa temática, ganhando forte propulsão a partir do amadurecimento da tutela da dignidade da pessoa humana.

<sup>266</sup> Lembra Carmen Magallón Portolés que “*Además de la vulnerabilidad común (en general, no suicientemente reconocida), existen factores y circunstancias materiales y/o simbólicas (creencias, culturas, ideologías...) que generan una vulnerabilidad añadida, una vulnerabilidad que puede decirse es construida socialmente porque aún en el caso en que el factor desencadenante es un rasgo biológico, por ejemplo, el sexo, son las percepciones e interpretaciones sociales proyectadas en torno suyo las responsables de construirla.* (PORTOLÉS, Carmen Magallón. *Más allá de la vulnerabilidad de las mujeres*; ARLETTAZ, Fernando; SANABRIA, María Teresa Palacios. *Reflexiones en torno a derechos humanos y grupos vulnerables* Colombia: Editorial Universidad de Rosario, 2015, p. 191.

Em tradução livre: Além da vulnerabilidade comum (em geral, não suficientemente reconhecido), existem fatores e material e/ou simbólicos (crenças, culturas, ideologias ...) circunstâncias que geram uma vulnerabilidade “acrescida”, uma vulnerabilidade que pode ser afirmado que é construída socialmente, mesmo porque, ainda que sem o fator biológico desencadeante, por exemplo, o sexo, social, são percepções e interpretações projetadas em torno dele responsáveis pela sua construção.

encaixar no conceito de vulnerável<sup>267</sup>.

É interessante notar que ao realizar uma consulta semântica, o termo “vulnerável” apresenta-se logo como primeiro elemento conceitual a ideia de ferida, de sujeito que será atacado, de pessoa derrotada ou enfraquecida. Porém, este ideal é muito mais amplo – como já mencionado – para além das restrições meramente físicas, pois abrange elementos externos<sup>268</sup>. Isso significa dizer que se deve pensar nas pessoas que estão sob seu manto como aquelas que se apresentam de forma fragilizada ou prejudicada diante da situação fática. Não por outro motivo que Claudia Lima Marques e Bruno Miragem<sup>269</sup> afirmam ser o tema um estado da pessoa que poderá ser inerente à sua existência ou imposta pela situação em que se encontra.

Nesta linha de entendimento, pode-se reconhecê-la como sendo uma situação permanente – a primeira – ou provisória, como mencionado, na segunda situação. Por não ser uma hipótese exclusivamente inerente ao sujeito, mas com viabilidade de decorrer de interação pelo meio em que vive, a vulnerabilidade poderá se configurar também pela coletividade, pois a hipótese de desequilíbrio ou enfraquecimento de direitos ultrapassa a singularidade pessoal, numa análise pontual<sup>270</sup>. Sua atenção, portanto, é de suma importância para a manutenção dos ideais de

---

<sup>267</sup> Art. 25 da Resolução 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde: “estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida ou impedida, ou de qualquer forma estejam impedidos de opor resistência, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido”

<sup>268</sup> Ultrapassando as barreiras do mundo jurídico e focando-se apenas no aspecto físico/existencial, não há como negar que em determinados lugares do mundo e em determinados contextos sociais, a vida é algo extremamente vulnerável, ou seja, a probabilidade de alcançar a morte por fome, circunstância da vida insana ou por não dispor de meios suficientes para combater as enfermidades que tem cura é muito maior do que em outros lugares ou contextos, tendo como resultado um descaso pela esperança da vida da população afetada. Duas causas se destacam para geração de condições de vida precária: a divisão desigual das riquezas e os conflitos armados. A centralização econômica em determinados países mantém a vulnerabilidade de uma grande parte da população dentro daquele rol de países qualificados como pobres.

<sup>269</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2 ed, rev., ampl, atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 120.

<sup>270</sup> Andrew J. Trask em análise de artigo publicado por Christine Bartholomew sobre a questão da vulnerabilidade nas *class action* americanas tece críticas ao mencionado autor que em seus escritos acabou por reconhecer a existência de certo desequilíbrio na relação travada nos julgamentos coletivos daquele país. Isso indica, portanto, a existência da vulnerabilidade no âmbito coletivo, pois, conforme comentado pelo comentarista, não se deve deixar de perceber que os consumidores que estão do lado oposto às grandes instituições são vulneráveis, apesar de não existir, segundo seu pensamento, dentro deste agrupamento, um “setor”, mais vulnerável por não ter se feito presente ao processo. Apesar de todas críticas ali desenvolvidas, conclui Andrew que “*Nonetheless, this article is important for two reasons. First, it provides a relatively new justification for some of the same results-oriented arguments defendants tend to hear from plaintiffs. “Vulnerability theory” may be novel, but in a political system that seems increasingly polarized between haves and have-nots, or between the 1% and the 99%, knowing the nuances of arguments for skewing the rules in a particular direction is always good. Second, and more importantly, it reinforces from both a rhetorical and theoretical standpoint one of the central truths defendants must learn when litigating class actions: the best arguments are framed in terms of what is best for absent class members. Absent class members are the beneficiaries of Rule 23. Caselaw has consistently held that named plaintiffs, class counsel, and even judges owe absent class members a fiduciary duty. And, as I have argued before, the interests of absent class members and defendants in a fair procedure for certifying a class often coincide in*

isonomia, dentro do critério estampado na célebre afirmação de que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente, na medida de suas desigualdades.

Efetivamente, a tarefa de identificação do que vem a ser um grupo vulnerável, ou indivíduo ali compreendido, não é algo fácil e simplório. A sua atividade conceitual se mostra suscetível de receber inúmeras características que caminharão de acordo com a perspectiva teórica a partir da qual se situe a análise investigativa que se desenvolve. Exatamente em razão da fluidez do seu perfil identificador, acredita-se que uma conceituação fixa daqueles alcançados pelo manto da vulnerabilidade seria por demais arriscado, pois, certamente, excluiria diversas hipóteses que se encaixariam de forma perfeita neste conceito, mas que ali não se encontram em razão da restrição definidora proposta.

Genericamente, dentro dos diversos conceitos apresentados pela doutrina, pode-se afirmar que a vulnerabilidade é a condição ou situação na qual o indivíduo se encontra em desvantagem por conta das influências provocadas em sua liberdade para atuar por vontade própria de forma desimpedida. Verifica-se a partir dessa delimitação semântica, que ora propõe a possibilidade de identificação de dois agrupamentos: aqueles vinculados a uma limitação física, inerente ao próprio indivíduo e outra atinente à uma hipótese externa, que não surge, necessariamente da pessoa, mas a ela é imposta pelo meio social em que vive. Ou seja, divide-se o ideal de vulnerabilidade em dois grupos: o objetivo e o subjetivo.

Portanto, no primeiro caso, a vulnerabilidade está inerente ao próprio sujeito. Dele emana a condição de impedimento que poderá se dar diante de uma limitação física ou psíquica que o acompanha por anos, ou que venha a surgir e desaparecer em pouco tempo. Por sua vez, na modalidade objetiva, não se faz necessária a pré-existência do aspecto subjetivo, posto que, por ser decorrente da relação do sujeito com a sociedade, as limitações são oriundas do meio,

---

*surprising ways.* » (TASK, Mr. Andrew J. *arguments defendants tend to hear from plaintiffs*. Disponível em: <*arguments defendants tend to hear from plaintiffs*> ; acesso em: 05 jan. 2017)

Em tradução livre: No entanto, este artigo é importante por duas razões. Em primeiro lugar, fornece uma relativa nova justificação para alguns dos argumentos fins/meios de defesa que os réus tendem a se deparar perante os ofendidos. "A teoria da vulnerabilidade" pode ser nova, mas em um sistema político que parece cada vez mais polarizado entre ricos e pobres, ou entre os 1% e os 99%, saber as nuances de argumentos para desviar as regras em uma direção particular é sempre bom. Em segundo lugar, e mais importante ainda, reforça, tanto do ponto de vista teórico como retórico, uma das verdades centrais é que os réus devem aprender ao litigar ações de classe: os melhores argumentos são formulados em termos do que é melhor para os membros ausentes. Os membros da classe ausente são os beneficiários da Regra 23. Caselaw tem consistentemente afirmado que os demandantes nomeados, advogados de classe, e até mesmo juízes devem cuidar dos membros ausentes de uma classe como um dever de confiança. E, como já discuti antes, os interesses dos membros ausentes da classe e dos réus em um procedimento justo para certificar uma classe coincidem frequentemente em maneiras surpreendentes.

podendo, assim como no primeiro caso, serem identificadas de forma permanente ou provisória. De fato, independentemente de qualquer dos casos, deve-se lembrar que o conceito de vulnerabilidade somente poderá ser observado de forma completa quando imerso em contexto político, econômico e social singular.

#### 4.2.1.2 Estar vulnerável não é, simplesmente, sofrer danos. A necessidade de uma abordagem fática para sua identificação

Resumir a identificação da vulnerabilidade para as hipóteses em que os sujeitos sofrem danos, é uma atividade temerária, posto que restringe por demais sua amplitude ao afastá-la de uma percepção mais global. Neste caso, haverá uma redução vertical da incidência da classificação objetiva e, ao mesmo tempo, retirará a maleabilidade necessária ao instituto. É interessante notar que, por haver situações em que as relações sociais são o meio de fomento da vulnerabilidade, sua identificação não pode limitar-se a situações ou características específicas e estáticas. Para muito além disso, o tema é revestido de dinamicidade, pois acompanha o movimento frenético em que a sociedade mergulha.

É possível identificar várias dimensões de risco que podem afetar indivíduos e grupos. Assim, pode-se falar em vulnerabilidade física, psíquica, econômica, ambiental, sanitária, jurídica, entre outras. Tratam-se de hipóteses que poderão variar de acordo com os contextos históricos adotados para a análise, pois, para muito além de configurações pontuais, volta-se para a dificuldade ou incapacidade, propriamente dita, de lidar com situações ou suas alterações que põem em risco algum bem – inclusive o jurídico – vinculado à pessoa, assim como, também abrangerá, questões em que esta dificuldade ou incapacidade alcance a viabilidade de mudanças necessárias para se afastar de fatos que lhes sejam prejudiciais<sup>271</sup>.

---

<sup>271</sup> Lembra Enrique Jorge Arévalo que: “*La vulnerabilidad, examinada en su mayor amplitud, es un fenómeno estrechamente vinculado con la muerte; como tal, se exterioriza en infinidad de formas y tiempos, pero golpea de modo implacable a la totalidad de los individuos y estratos sociales. En otras palabras: la vulnerabilidad es la antesala de la muerte y, tarde o temprano, con mayor o menor sufrimiento y permanencia, nos alcanza a todos. Desde esa óptica, se puede afirmar que todos los seres humanos somos vulnerables. Es el estado en que encuentran los seres vivientes, a despecho de la relativa protección que garantizan las organizaciones forjadas por las distintas civilizaciones. Si además consideramos que la supervivencia de cada uno, particularmente en las etapas de la infancia y vejez (y en ocasiones soportar cualquier dolencia —transitoria o permanente—), depende en gran medida de los cuidados de otros, debe concluirse que todo ser humano es esencialmente vulnerable*” (ARÉVALO, Enrique Jorge. *La protección jurídica a las personas em situación de vulnerabilidad y el respeto a la autonomía de la voluntad*. In: Revista Jus. N. 37, Jan. 2016. México: Instituto de Ciências Jurídicas de Puebla, 2016, p. 61-88)

Independentemente de qualquer noção de vulnerabilidade que se adote, é possível considerar a ocorrência de gradações, isso porque, partindo-se de uma perspectiva amplíssima, não será possível negar ser ela uma condição da própria espécie humana<sup>272</sup>. Fala-se isso, pois diante das limitações físicas do homem, ele sempre se submeteu a situações de risco impostas pela natureza, das quais, em muitos casos, ainda não consegue exercer o controle necessário para se afastar desta condição, como, por exemplo, as epidemias que sazonalmente acometem países dos mais diversos. Portanto, se for abordada de um modo genérico, a vulnerabilidade encontra-se inserida na própria condição de ser humano e a reunião em agrupamentos sociais, de uma forma ou de outra, busca reduzir, exatamente, essa fragilidade humana.

Partindo-se para uma situação hipotética em que determinada nação está sofrendo com incidência de uma epidemia sem que haja vacinação ou qualquer tipo de medicamento para combatê-la, todos aqueles que ali se encontram estão passíveis de serem contaminados. Neste caso, não há que se falar em vulnerabilidade sanitária para esta hipótese específica, pois, diante da ausência de medicamentos e da taxa de contaminação da enfermidade, todos os membros daquela comunidade possuem a mesma chance contrair a doença.

Por sua vez, analisando a questão pelo aspecto morte, verifica-se, também, que não há qualquer condição de vulnerabilidade, pois todos serão alcançados por ela em algum momento da sua vida. Porém, em muitos casos, um idoso carecerá de um atendimento médico mais complexo do que alguém mais jovem a fim de evitar-lhe a morte, o que lhe torna vulnerável para esta hipótese, e, portanto, carecedor de uma atenção maior pelo sistema jurídico. Daí implica dizer que a vulnerabilidade que aqui interessa, é, senão, aquela que se pode dar uma resposta política ou jurídica, pois, o que importa é a relação direta com a capacidade do indivíduo em responder

---

Em tradução livre: A vulnerabilidade, examinada em sua maior amplitude, é um fenômeno vinculado com a morte; como tal, se exterioriza em infinidade de formas e tempos, mas ataca de modo implacável à totalidade dos indivíduos e estratos sociais. Em outras palavras: a vulnerabilidade é a antessala da morte e cedo ou tarde, com maior ou menor sofrimento e permanência, nos alcança à todos. Partindo-se desta ótica, pode-se afirmar que todos os seres humanos são vulneráveis. É o estado em que se encontra os seres vivos, o desfecho da relativa proteção que garantem as organizações forjadas pelas distintas civilizações. Se, ademais, considerarmos que a supervivência de cada um, particularmente, nas etapas da infância e velhice (e em ocasiões de ocorrência de qualquer doença – transitória ou permanente -) depende em grande medida dos cuidados de outros, deve concluir-se que todo ser humano é essencialmente vulnerável.)

<sup>272</sup> Neste sentido, afirma Heloísa Helena Barboza que: “Todos os humanos são, por natureza, vulneráveis, visto que todos os seres humanos são passíveis de serem feridos, atingidos em seu complexo psicofísico. Mas nem todos serão atingidos do mesmo modo, ainda que se encontrem em situações idênticas, em razão de circunstâncias pessoais, que agravam o estado de suscetibilidade que lhes é inerente. Embora em princípio iguais, os humanos se revelam diferentes no que respeita à vulnerabilidade”. (BARBOZA, Heloísa Helena. *Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos*. In: OLIVERA, Guilherme de; PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *Cuidado & vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 106-118, p. 110)

– neste caso, entende-se como resposta fática – aos riscos que lhe são apresentados pelo meio social em que vive.

Por isso, resulta indispensável especificar a ideia de vulnerabilidade de modo que inclua algum elemento que permita dar-lhe viabilidade e utilidade no âmbito jurídico e político. Trata-se de encontrar algum critério que permita assinalar quais fatores de vulnerabilidade resultam política e juridicamente relevantes para ser objeto de uma abordagem específica no plano científico e acadêmico. Igualmente, este critério deve ser complementado com a indicação de um limite mínimo a partir do qual o risco se torna publicamente relevante para ser considerado de modo específico.

Exatamente por ter duas amplitudes; uma subjetiva e outra objetiva, a capacidade de resposta depende, por sua vez, também, dos recursos disponíveis pelos indivíduos ou grupos e da abrangência de mobilização de modo eficaz desses recursos. Este pensamento deve ser aplicado em qualquer área do conhecimento, inclusive no âmbito jurídico. Ou seja, a análise da vulnerabilidade depende da quantidade, qualidade e diversidade dos elementos ativos necessários para a atuação do indivíduo, assim como a aptidão real para sua utilização. A diferença existente entre os elementos disponíveis e sua capacidade de utilização definirão os graus de vulnerabilidade que podem espraia-se desde a sua inexistência à sua atuação ampla, ainda que se trate da mesma hipótese fática.

Apenas a título de exemplo, olhando-se para a questão da bioética, a vulnerabilidade ganhou reflexos normativos a partir de 2005 quando encontrou previsão no art. 8º da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos<sup>273</sup>. Neste dispositivo legal, acentuou o legislador que a vulnerabilidade deve ser considerada quando da evolução do conhecimento médico e sua aplicação, assim como das práticas médicas e tecnológicas a ela associadas, devendo os indivíduos ou grupos assim reconhecidos serem protegidos.

Há um vínculo entre a vulnerabilidade e o desenvolvimento, seja em qualquer área abordada. No campo, por exemplo, da medicina, serão menos vulneráveis os indivíduos que compõem sociedades onde o acesso à saúde é universalizado e mais isonômico em sua atuação. Do mesmo

---

<sup>273</sup> Art. 8º da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos: “Na aplicação e no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas, deve ser tomada em consideração a vulnerabilidade humana. Os indivíduos e grupos particularmente vulneráveis devem ser protegidos, e deve ser respeitada a integridade pessoal dos indivíduos em causa” (Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>; acessado em: 22 abr 2016)



modo, no aspecto educacional, a quebra da condição de vulnerável está diretamente relacionada à garantia do ingresso, permanência e desenvolvimento da atividade escolar dos alunos, em qualquer grau de aprendizado. Diferente não poderia ser no mundo jurídico, pois a vulnerabilidade será mitigada na medida em que mecanismos legais ou judiciais, propriamente dito, devam ser implementados para efetivação do acesso à justiça dos membros da sociedade.

Aliás, por falar em acesso à justiça, a evolução imposta resulta no reconhecimento da efetivação da tutela jurídica pretendida e não apenas na sua modalidade de ingresso. Isso implica dizer que não apenas o acesso primário resultará na busca pela resolução da vulnerabilidade, mas, no reconhecimento de viabilidade de exercício de direitos a fim de se garantir uma distribuição mais adequada do ideal de justiça. Para muito além desta hipótese, o tema em questão provém de uma condição determinada que faz o indivíduo ou o coletivo estar em desvantagem com relação àqueles com quem trava uma relação jurídica<sup>274</sup>.

Interessante é o entendimento manifestado por Cláudia Lima Marques<sup>275</sup>, segundo o qual há estudos europeus que, no trato da vulnerabilidade, têm buscado diferenciá-la da isonomia. Isso porque, no caso da isonomia, a visão impressa seria mais ampla, pois deve ser enxergada de acordo com uma postura comparativa entre situações idênticas. Por sua vez, a vulnerabilidade seria decorrente do princípio da igualdade, mas com ele não se confunde pois, trata-se, na realidade, de uma situação em que poderá se fazer desnecessário o estabelecimento de hipóteses comparativas entre sujeitos e situações.

O direito atual caminha no sentido de, cada vez mais, se aproximar da realidade fática existente. Afasta-se do mundo ideal das normas projetadas por um legislador supostamente isolado do plano dos fatos para trazer para si os anseios reais de cada indivíduo. A ideia de justiça não está mais vinculada ao aspecto referente ao cumprimento fiel da norma objetiva apenas, mas, sim, no atendimento dos anseios da sociedade como um todo, reflexo da manutenção da paz social.

---

<sup>274</sup> Historicamente reconheceu-se essa condição de desequilíbrio para determinados agrupamentos sociais como o caso das mulheres, dos negros, dos índios, das crianças e dos adolescentes, dos consumidores, dos idosos, dentre outros. Apesar disso, filia-se ao entendimento que, atualmente, esta condição não pode ser limitada ao reconhecimento legal apenas, mas, inclusive, das características específicas do agrupamento e do contexto em que ele se encontra formando-se uma relação de simbiose, pois o coletivo se qualifica como tal porque está inserido no contexto que o envolve e desenha tal condição. Por sua vez, o contexto, nada mais é do que o reflexo das reações de diversos grupos que o compõe, inclusive do próprio grupo considerado como vulnerável.

<sup>275</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 320-321

Os seres reais põem-se no lugar daqueles ideais, isonomicamente elencados por assim desejar o legislador abstrato. O homem ideal perde sua hegemonia para o homem de fato. A falibilidade de cada indivíduo passa a ser reconhecida e o direito inicia uma busca pela adequação ao que espera a sociedade real, ou, conforme mencionado por Norberto Bobbio, seria uma “passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos”<sup>276</sup>

Sem dúvidas, os princípios da igualdade e da não discriminação constituem pilares essenciais para o reconhecimento dos direitos existentes nas mais diversas normas jurídicas. Por isso, a fim de alcançar a real materialização do direito de igualdade, cabe aos Estados adotar medidas de atuação positiva cujo objetivo é eliminar o maior número de barreiras possíveis para o exercício dos direitos reconhecidos pelo ordenamento<sup>277</sup>.

A partir do reconhecimento das diferenças, o sistema jurídico caminhará para a implantação do Direito Social que poderá ser reconhecido como um direito de desigualdades, porém, não um direito de privilégios espúrios, mas, sim, de atendimento às diversidades necessárias e politicamente legitimadas. Por esse motivo, há o necessário tratamento diferenciado onde se constrói uma rede mais protetiva para as partes qualificadas como vulneráveis, como no caso do consumidor, do idoso, da criança e adolescente, do trabalhador, do deficiente físico, entre outros.

Nesta esteira, a ideia de vulnerabilidade abrange elementos que se intercambiam. Não se refere a uma categoria fixa, ou mesmo um rótulo que poderá ser taxado à uma situação específica. Deve haver, portanto, uma abordagem mais refinada nas situações submetidas à análise, pois

---

<sup>276</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 2004, p. 78

<sup>277</sup> Não por outro motivo que o Comité de Direitos Humanos afirma em seu Comentário Geral de nº 18 que: “O Comité deseja também assinalar que o princípio da igualdade por vezes exige aos Estados Partes que adotem disposições afirmativas de modo a diminuir ou eliminar condições que causem ou ajudem a perpetuar a discriminação proibida pelo Pacto. Por exemplo, num Estado onde as condições gerais de uma certa parte da população impeçam ou prejudiquem a sua satisfação dos direitos humanos, o Estado pode tomar uma acção específica para corrigir essas condições. As medidas deste carácter podem envolver a concessão durante algum tempo, ao sector da população de que se trate, de certo tratamento preferencial em questões específicas em comparação com o resto da população. No entanto, enquanto for necessário esse tipo de acção, para corrigir a discriminação de facto, essas medidas constituem uma diferenciação legítima no âmbito do Pacto” (Provedoria dos Direitos Humanos. *Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTtimor-Leste-portugues.pdf>>; acesso em: 12 dez. 2016)

apenas desta forma será possível alcançar uma variedade de hipóteses que se relacionam com a circunstância em análise.<sup>278</sup>

#### 4.3 A VULNERABILIDADE X A INCAPACIDADE: EM BUSCA DE MAIOR EFETIVIDADE AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A ideia de inserção mais efetiva da vulnerabilidade no ordenamento jurídico brasileiro resulta no reconhecimento da necessidade de identificação das diversidades ali constantes, ou, nas palavras de Manoel Jorge Silva Neto<sup>279</sup>, será a configuração das discriminações legítimas. Por “discriminação legítima”, entenda-se, a obrigatoriedade que recai sobre o sistema em reconhecer a existência de diferenciações entre os seus membros e encará-las de frente, adotando mecanismos de tutelas diferenciadas. Efetivamente, há uma disformidade de tratamento (daí a expressão “discriminação”), porém, não de forma excludente, mas de maneira inclusiva.

Trata-se, sem dúvida, de um grande avanço para a chancela da igualdade material, e o afastamento da igualdade formal na incidência sobre o sistema jurídico. Não por outro motivo que Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>280</sup> sustenta que para o funcionamento adequado do sistema diante dos parâmetros desejados pela Constituição Federal, há a necessidade de

---

<sup>278</sup> Luna Florencia, em seu texto *la metáfora de las capas* sugere que a abordagem acerca da vulnerabilidade deva ser encarada como capas que recaem sobre o indivíduo. Quanto mais capas houver, mais vulnerável ele deve ser considerado. A proposta em tela se dá por conta da necessidade de observância de múltiplos elementos para que se possa configurar a questão da vulnerabilidade do sujeito. Defende a autora que não se trata de um parâmetro fixo e imutável, mas, sim, de condição variável que se adequará de acordo com o ângulo percebido para a hipótese específica. Para explicar sua linha de raciocínio acerca das capas, cita alguns exemplos para demonstrar que a forma de análise e o interesse defendido interferirá na identificação da condição de vulnerável. “*Por ejemplo, en relación con el consentimiento informado, la capa de analfabetismo puede ser tratada ofreciendo varias sesiones de información y trabajando con ilustraciones; o también (en el caso de que el analfabetismo no sea la cuestión principal y los sujetos de investigación fueran adolescentes o jóvenes de una gran ciudad) ofreciendo juegos de computadoras simples e interactivos, los cuales pueden resultarles mucho más familiares a las jóvenes acostumbradas a enviar mensajes desde sus teléfonos celulares<sup>31</sup>, que los largos formularios de consentimiento informado*”. (LUNA, Florencia. Vulnerabilidad: la metáfora de las capas. Disponível em: <[http://www.saludcapital.gov.co/Capacitaciones%20Comit%20de%20tica%20para%20la%20Investigacin/6%20Sesi%C3%B3n%2016%20julio%202014/Luna\\_F%5B1%5D.\\_Vulnerabilidad\\_la\\_metafora\\_de\\_las\\_capas.pdf](http://www.saludcapital.gov.co/Capacitaciones%20Comit%20de%20tica%20para%20la%20Investigacin/6%20Sesi%C3%B3n%2016%20julio%202014/Luna_F%5B1%5D._Vulnerabilidad_la_metafora_de_las_capas.pdf)> Acesso em: 20 nov. 2016).

Em tradução livre: Por exemplo, em relação com consentimento informado, a capa de analfabetismo pode ser tratada oferecendo várias sessões de informação e trabalhando com ilustrações; ou também (no caso em que o analfabetismo não seja a questão principal e os sujeitos de investigação sejam adolescentes ou jovens de uma grande cidade) oferecendo jogos de computadores simples e interativos, com os quais podem resultarem muito mais familiares aos jovens acostumados a enviar mensagens pelos celulares do que longos formulários de consentimento informado.

<sup>279</sup> NETO SILVA, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013

<sup>280</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

investigação da hipótese fática para identificação de existência de critério discriminatório. Havendo-o, parte-se para a busca pela justificativa lógica/jurídica para a manutenção desta abordagem diferenciada, apreciando a demanda pela correlação com os valores constitucionalmente protegidos. Em assim sendo, ocorrendo a harmonia entre ambos, autoriza-se o trato diferenciado, por se encontrar diante de uma situação de vulnerabilidade.

Muito mais profunda do que o sistema genérico da incapacidade, a vulnerabilidade vincula-se com uma maior eficácia ao princípio da isonomia, posto que se trata de uma abordagem da desigualdade de forma específica e pontual. É, efetivamente, um caminho mais complexo a ser adotado pelo julgador, pois, precisará de análise mais precisa, postura esta não exigida pelo sistema de incapacidades que abrange situações genéricas e gerais. Em outras palavras, enquanto que para a incapacidade caberia ao julgador apenas abordar a hipótese abstrata no exercício de subsunção, no caso da vulnerabilidade a sua configuração é mais cirúrgica, na medida em que uma situação em que esta hipótese se configura, não, necessariamente, ocorrerá em outro momento, apesar de ser a mesma pessoa. Portanto, a vulnerabilidade é a busca pela igualdade a partir de um foco específico.

O Século XX foi o grande momento para a guinada do trato da matéria, pois, em atenção ao quanto se discutia e implantava em ordenamentos alienígenas, o direito brasileiro começou a trabalhar com a elaboração de leis no sentido de assegurar a manutenção do equilíbrio das relações sociais, diante das diferenças factuais que cada cidadão apresentava. Isso não implica dizer que o sistema jurídico nacional está mais instável e menos isonômico, pois, na realidade, o que se estabelece é, exatamente, a postura contrária, ou seja, a busca pela aplicação mais efetiva do ideal de justiça. A parcialidade é comportamento necessário quando se retira a venda da isonomia formal que foi implantada por longo período no âmbito filosófico do direito nacional.

Apesar de tardia, as vendas que cegavam o legislador pátrio foram retiradas totalmente a partir da promulgação da Constituição Federal que trouxe consigo o reconhecimento da situação de fragilidade que acometia determinados agrupamentos e imprimiu a necessidade de tratamento diferenciado para eles, dos quais se destaca o atendimento aos anseios dos consumidores, dos idosos, das crianças e dos adolescentes, apenas para citar alguns exemplos. Desde então o mundo infraconstitucional passou, também, a elaborar leis que apresentavam contornos protetivos aos vulneráveis, conferindo nova feição ao ordenamento jurídico pátrio, como um todo.

#### 4.3.1 A relação de consumo e a vulnerabilidade do consumidor

As relações comerciais atuais perfilham entendimento inexistente no período clássico. Partindo-se do plano existencial decorrente da Revolução Francesa, o comércio entre pessoas ganhou contornos destoantes daqueles existentes ao tempo da prevalência do Estado omissivo e da liberdade plena e irrestrita. A valorização da autonomia da vontade dá lugar ao reconhecimento da autonomia privada e do autorregramento, o que implica a necessária intervenção do Poder Público de forma a proteger os desequilíbrios naturais existentes entre os indivíduos que se relacionam.

Cada ser humano é detentor de características que lhe apresenta, por si só, de forma diferenciada frente aos demais membros da sociedade. Apesar de oriundo da mesma árvore evolutiva, singularmente, a pessoa possui características específicas e vivências próprias que desenham padrões existenciais únicos e que, por conta disso, abrem espaço para uma diversidade de áreas de interesses. Por exemplo, o indivíduo, ao longo de sua vida, se dedicará ao exercício de determinada atividade produtiva, o que significa dizer que irá destinar seus conhecimentos ao aprimoramento daquela atuação, deixando ao largo o conhecimento em outros ramos.

Com a especialização das relações comerciais, o desequilíbrio antes existente, mas acobertado pela linha filosófica adotada, restou ainda mais evidente. A evolução da tecnologia imprimiu uma necessária abordagem mais específica acerca do meio de atuação para cada indivíduo, o que resultou, como no lado reverso da moeda, na imposição de conhecimento por parte daqueles que negociam com os bens. A possibilidade, então, de sobreposição de vantagens de uma parte sobre a outra tornou-se ainda mais efetiva e, com isso, aquelas relações que em épocas clássicas se imaginava serem isonômicas, estamparam perante os ordenamentos jurídicos uma disparidade incontestável.

O reconhecimento da posição de vantagem exercida pelo detentor da tecnologia ou do bem desejado pelos indivíduos levou a Organização das Nações Unidas, em 10 de abril de 1985, a promulgar a resolução nº 39/248<sup>281</sup>, cujo objetivo central foi reconhecer a relação de consumo travada entre as pessoas e a partir de então identificar uma postura de desequilíbrio existente

---

<sup>281</sup> Consumer Protection. Disponível em: < <http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>>; Acesso em: 18 jan. 2017.

entre o consumidor e o fornecedor e estabelecer balizas reguladoras para a busca do trato equilibrado das diversidades, com o fito de buscar a isonomia material.<sup>282</sup>

Trata-se de mecanismo de atuação global em que, a partir do reconhecimento do desequilíbrio existente entre aqueles pareados numa relação de consumo, estabelece parâmetros que devem ser buscados para sanar tal instabilidade, assegurando o direito dos consumidores ao acesso a produtos não perigosos com o fito de promover o desenvolvimento social e econômico sustentável e igualitário. Não por outro motivo que seu tópico II, que aborda os princípios gerais, afirma que deverão os governos desenvolver, manter ou reforçar as políticas de proteção existentes para o fortalecimento do consumidor, com o estabelecimento de suas próprias prioridades protetivas de acordo com as circunstâncias econômicas e sociais de cada nação e as necessidades da sua população, tendo em conta os custos e benefícios das medidas propostas<sup>283</sup>.

Evidentemente, os termos impostos na mencionada resolução apontam no sentido do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. A indicação da necessária atuação do Estado para implementação de políticas que assegurem o trato das relações sociais de forma tal a manter o equilíbrio e prova da existência de dissidência quanto ao poderio que cada um detém em sua atuação no mundo dos fatos. Não por outro motivo que, especificamente no Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um marco importante para o tema referente à abordagem das relações envolvidas no parâmetro de consumo<sup>284</sup>.

---

<sup>282</sup> Em seu Tópico I, 1º, quando trata dos objetivos a mencionada Resolução afirma que possui o foco de “*Taking into account the interests and needs of consumers in all countries, particularly those in developing countries; recognizing that consumers often face imbalances in economic terms, educational levels, and bargaining power; and bearing in mind that consumers should have the right of access to non-hazardous products, as well as the right to promote just, equitable and sustainable economic and social development.*” (Resolution 39/248. Consumer Protection.” Disponível em: < <http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>>; Acesso em: 18 jan. 2017.) Em tradução livre: Levando-se em conta os interesses e necessidades dos consumidores em todos os países, em particular os países em desenvolvimento; Reconhecendo que os consumidores enfrentam desequilíbrios econômicos Muitos termos, níveis educacionais e poder de negociação; e tendo em conta que os consumidores têm o direito de acesso deve aos produtos não perigosos, bem como o direito de promover apenas, o desenvolvimento social e econômico equitativo e sustentável

<sup>283</sup> Tópico II, 2º: “*Governments should develop, strengthen or maintain a strong consumer protection policy, taking into account the guidelines set out below. In so doing, each Government must set its own priorities for the protection of consumers in accordance with the economic and social circumstances of the country, and the needs of its population, and bearing in mind the costs and benefits of proposed measures.*” Disponível em: < <http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>>; acessa em 18 jan. 2017.)

Em tradução livre: Devem os Governos desenvolver reforçar ou manter políticas de proteção que assegure a condição de consumidor forte, tendo como parâmetros as orientações abaixo. E para tanto, cada Governo deverá estabelecer suas próprias prioridades para proteção dos consumidores de acordo com as situações econômicas e sociais de cada país e as necessidades de sua população, levando-se em conta os custos e benefícios das medidas propostas.

<sup>284</sup> Isso não implica dizer que a noção de desequilíbrio nas relações somente foi trazida para o sistema jurídico com a promulgação da Carta Magna. No complexo de leis que formata ordenamento pátrio é possível encontrar

Apesar das previsões espaciais que buscavam a manutenção do equilíbrio da relação travada entre os membros da sociedade, não existia lei destinada especificamente ao trato dos vínculos existentes entre os consumidores e os fornecedores. Mesmo diante de sua interação comum no seio da sociedade, o legislador ainda não havia se pronunciado expressamente acerca do tema, mesmo diante da vigência da resolução das Nações Unidas. A grande oportunidade, então, veio com a Constituição Federal que munida do princípio da dignidade da pessoa humana exibiu no inciso V, do art. 170<sup>285</sup>, a necessidade de atenção às relações consumeristas.

Neste dispositivo, o legislador Constitucional afirma que a ordem econômica deve ser fundamentada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa<sup>286</sup>, sendo que tais medidas buscam assegurar a existência digna do indivíduo, sempre contornando o ideal de justiça social. Da sua leitura, percebe-se que resta ali demonstrado que o Estado apresenta grande expectativa para a harmonização das relações sociais e que, para isso, reconhece o ponto de desequilíbrio existente nesta perspectiva, tanto assim que em seu inciso V estampa, expressamente, a necessidade de defesa do consumidor.

É interessante notar a forma como foi escrito o mencionado dispositivo, pois ali consta não a tutela da relação de consumo, mas, sim, a defesa do consumidor. A Carta Magna apontou apenas para um dos polos da relação jurídica estabelecida, pois esta é considerada mais frágil quando sopesada paralelamente com o outro polo. Neste sentido, a preocupação decorrente do ser humano impõe a necessária tutela do Estado na garantia de acesso aos bens de consumo básicos para a sobrevivência do indivíduo, situação que envolve, sem sombra de dúvidas, uma interação muito mais ativa abraçada pelo direito do consumidor sendo, portanto, merecedora de tutela protetiva especial, a fim de assegurar a isonomia necessária.<sup>287</sup>

---

legislação que já vertia suas preocupações para esse sentido, como ocorre, por exemplo, com o Decreto Lei 22.626/33, denominada de Lei da Usura.

<sup>285</sup> Art. 170, Constituição Federal. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - *omiss*; II - *omiss*; III - *omiss*; IV - *omiss*; V - defesa do consumidor;

<sup>286</sup> Art. 170, CF. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei

<sup>287</sup> Para uma maior sistematização dos direitos que seriam previstos para esta modalidade de relação jurídica, os atos de disposições transitórias trouxeram, em seu art. 43, a necessidade de elaboração de um Código de Defesa

Em comentários sobre a igualdade na relação consumerista, Claudia Lima Marques e Antônio Herman Benjamin afirma que somente poderá ser falar em igualdade perante a lei quando esta reconhecer a distinção entre “fortes” e “fracos”. Não há mais espaço para se assegurar a igualdade na lei, pois haveria aí a omissão quanto ao desequilíbrio real existente. O trato do consumidor não poderá ser o mesmo daquele conferido ao fornecedor, pois para que haja uma proteção efetiva do consumidor, segundo os autores, necessário se faz que haja a observância dos atuais pilares do direito privado, quais sejam: a atenção à dignidade da pessoa humana e a proteção ao vulnerável<sup>288</sup>, que, no caso, seriam aqueles identificados como consumidores.<sup>289</sup>

O reconhecimento da ausência de isonomia na relação de consumo foi de grande respaldo para a elaboração da Lei 8.078/90, pois rompeu-se com o modelo clássico preconizado pelo Código oitocentista vigente à época em que as partes, supostamente, teriam as mesmas forças no trato do negócio jurídico, cuja base filosófica estava na valorização do *pacta sunt servanda*. Com o reconhecimento da condição de vulnerável<sup>290</sup>, houve a aproximação do Estado para a responsabilidade na elaboração de mecanismos para o trato isonômico das diferenças apresentadas nesta relação jurídica, pois “para realizar a igualdade material era necessário

---

do Consumidor que, conforme se depreende do seu nome de batismo, possui normas que vertem mais para a garantia de direitos ao polo considerado como vulnerável. Desta forma, as normas ali postas reconhecem a condição de desequilíbrio, tanto assim que, a partir de uma leitura, ainda que superficial é facilmente identificável a busca do legislador pela construção de previsões com contornos mais benéficos para o consumidor em detrimento ao fornecedor, como ocorre, por exemplo diante da possibilidade de inversão do ônus probatório nas instruções processuais.

<sup>288</sup> Neste sentido, apenas a título ilustrativo, quando da Relatoria do Resp 1391650/SP, a Ministra Nancy Andrighi analisou a questão de existência de vulnerabilidade para reconhecer, ou não, a incidência das regras existentes no direito do consumidor para a relação apresentada: **RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGAS. AVARIAS. RESPONSABILIDADE CIVIL. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.** - Ação ajuizada em 10/02/2006. Recurso especial interposto em 24/07/2012 e distribuído a este gabinete em 25/08/2016. - Inaplicabilidade do CDC, como regra geral, aos contratos de transporte marítimo pela dificuldade de enquadramento como consumidor das partes contratantes. - Ausência de demonstração de vulnerabilidade de uma das partes para a aplicação da legislação consumerista. - Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1391650/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 21/10/2016) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 12 dez. 2015)

<sup>289</sup> MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 6 ed. Saraiva: São Paulo, 2014, p. 43

<sup>290</sup> Quando da relatoria do Recurso Repetitivo – temas 480, 481 – oriundo do Resp. 1243887/PR, o Ministro Luís Felipe Salomão afirmou expressamente em seu corpo decisório que “É possível o ajuizamento no foro do domicílio do consumidor de liquidação e execução individual de sentença genérica proferida em ação civil pública, pois, ainda que tenha sido vetado o parágrafo único do artigo 97 do CDC, a mera investigação da vontade do legislador com a leitura das mensagens de veto reduz a hermenêutica apenas ao elemento histórico de interpretação, desprezando aspectos importantes como o teleológico e o sistemático da norma, não podendo ser aceita interpretação que contradiga as diretrizes do próprio Código, baseado nos princípios do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e da facilitação de sua defesa em juízo. (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 12 dez. 2015)



limitar também a liberdade de alguns, impor uma maior solidariedade no mercado (*favor debilis*) e assegurar direitos imperativo”<sup>291</sup>

A tutela do consumidor, através do reconhecimento de sua posição de fragilidade, é de suma importância para que haja a efetiva liberdade do mercado. Busca-se, com isso, o incremento da liberdade mercadológica, pois, incide no controle ao abuso do poder econômico que, por sua vez, é praga destruidora da livre concorrência negocial. Portanto, apenas com o reconhecimento do desequilíbrio fático é que se poderá realizar uma sociedade isonômica e garantidora da liberdade do indivíduo no trato das suas relações.

Aliás, o art. 4º, inciso I, do CDC, estabelece expressamente que o consumidor é sujeito vulnerável, sendo, o elemento central da Política Nacional das Relações de Consumo, pois, conforme se depreende do *caput* do mencionado artigo, tem ela “por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”<sup>292</sup>. Por isso, afirma Paulo Valério Dal Pai que “o princípio da vulnerabilidade representa a peça fundamental no mosaico jurídico que denominamos Direito do Consumidor. É lícito até dizer que a vulnerabilidade é o ponto de partida de toda a Teoria Geral dessa nova disciplina jurídica”<sup>293</sup>

---

<sup>291</sup> MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 6 ed. Saraiva: São Paulo, 2014, p. 42

<sup>292</sup> Art. 4º da lei 8078/90: “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II – Ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

<sup>293</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade (no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais, interpretação sistemática do direito)*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2009. p.13

Exatamente por se tratar de um princípio, o tema encontra-se em abordagem evoluída pelos aplicadores e estudiosos do Direito do Consumidor. Grande exemplo disso encontra-se na relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze, quando do julgamento do AgRg no AREsp 837871/SP, que reconheceu a necessidade de mitigação da teoria finalista do conceito de consumidor concebido pela Lei 8.078/90, sob o manto da necessidade de verificação da ocorrência da vulnerabilidade, o que torna a sua incidência interligada à identificação por parte do julgador da sua ocorrência.<sup>294</sup>

Conforme mencionado no tópico anterior, a vulnerabilidade deve ser observada a partir do prisma em que é feita a análise do caso prático. Diante disso, é possível defender a existência de uma espécie de “acúmulo” de vulnerabilidades. Explica-se: por ter conteúdo fluido, pode uma situação jurídica espelhar mais de uma hipótese em que lhe seja reconhecida, condição facilmente identificada no caso da relação de consumo. Seguindo essa premissa, por exemplo, um consumidor analfabeto estará numa situação de vulnerabilidade muito maior do que aquele com domínio do vernáculo.

Não se quer dizer, com isso, que a segunda hipótese é carecedora de proteção. Ao contrário: o que se busca afirmar é que tanto no primeiro quanto na outra questão haverá a necessidade de tutela diferenciada por conta do reconhecimento desta posição especial. Ocorre que, no exemplo inicial, a proteção deverá ser ainda mais efetiva, pois há duas situações que resultam no reconhecimento da vulnerabilidade, quais sejam, a condição de consumidor e o analfabetismo, situação denominada pelo Superior Tribunal de Justiça de “hipervulnerabilidade”.<sup>295</sup>

---

<sup>294</sup> **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - BEM MÓVEL. INDENIZAÇÃO. PLEITO DE EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DEFEITO DE FABRICAÇÃO – DELIBERAÇÃO MONOCRÁTICA CONFERINDO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA.** 1. Consoante precedentes desta eg. Corte Superior, se a pessoa jurídica não ostenta a condição de consumidora final - na hipótese, cuida-se de um laboratório clínico que adquiriu os produtos para insumo de sua atividade comercial (fl. 23 da inicial) - nem se apresenta em situação de vulnerabilidade, não incidem as regras do Direito do Consumidor. Precedentes do STJ: AgRg no AREsp 133253/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 09/10/2014; AgRg no AREsp 560463/GO, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe de 23/09/2014; REsp 1417293/PR, Rel. Min. Nancy Andriighi, DJe de 02/09/2014; EDcl no Ag n. 1.371.143/PR, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 17/4/2013; REsp n. 1.297.956/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 27/2/2013. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1299116/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 10/03/2016) 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 837.871/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 29/04/2016)

<sup>295</sup> **RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROPAGANDA ENGANOSA. COGUMELO DO SOL. CURA DO CÂNCER. ABUSO DE DIREITO. ART. 39, INCISO IV, DO CDC. HIPERVULNERABILIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO.** 1. Cuida-se de ação por danos morais proposta por consumidor ludibriado por propaganda enganosa, em ofensa a direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado

Há parte da doutrina que afirma que a expressão “consumidor vulnerável” seria um pleonismo, pois, para Flávio Tartuce e Daniel Assumpção, por exemplo, todos os consumidores, por si só, já seriam detentores de tal presunção que, por se estampar como direito fundamental, seria desprovidas de prova em contrário. “Para concretizar, de acordo com a melhor concepção consumerista, uma pessoa pode ser vulnerável em determinada situação – sendo consumidores – mas, em outro caso concreto poderá não assumir tal condições, dependendo da relação jurídica consubstanciada no caso em concreto.”<sup>296</sup> De fato, segundo o que dispõe o CDC, o mero reconhecimento da vinculação à uma relação de consumo resulta na identificação da hipótese de vulnerabilidade, o que, cancelaria o pensamento dos autores, na medida em que todos os consumidores estariam abraçados por esta qualidade.

O Código de Defesa do Consumidor, conforme já mencionado, é o fiel da balança que busca estabelecer o equilíbrio na relação travada entre consumidor e fornecedor. Para tanto, apresenta regime protetivo onde o Estado, ou mesmo as entidades privadas, devem buscar a manutenção do trato isonômico em seu âmbito material da relação jurídica travada através da adoção de mecanismos jurídicos próprios, que, em muitos casos, acabam com o reconhecimento da existência de cláusulas qualificadas como abusivas. Nesta toada, busca a harmonia dos interesses postos em jogo, sempre com o fito de proteção maior à parte menos favorecida, assegurando a liberdade negocial, o que significa dizer que “a vulnerabilidade é elemento posto da relação de consumo e não um elemento pressuposto, em regra. O elemento pressuposto é a condição de consumidor.”<sup>297</sup>

Apenas a título de complementação do conteúdo exposto, vale a pena mencionar os ensinamentos de Cláudia Lima Marques, que diante dos estudos desenvolvidos acerca da tutela

---

à cura de doenças malignas, dentre outras funções. 2. O Código de Defesa do Consumidor assegura que a oferta e apresentação de produtos ou serviços propiciem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração. 3. A propaganda enganosa, como atestado pelas instâncias ordinárias, tinha aptidão a induzir em erro o consumidor fragilizado, cuja conduta subsume-se à hipótese de estado de perigo (art. 156 do Código Civil). 4. A vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada, denominada hipervulnerabilidade do consumidor, prevista no art. 39, IV, do CDC, deriva do manifesto desequilíbrio entre as partes. 5. O dano moral prescinde de prova e a responsabilidade de seu causador opera-se in re ipsa em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo consumidor. 6. Em virtude das especificidades fáticas da demanda, afixa-se razoável a fixação da verba indenizatória por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). 7. Recurso especial provido. (REsp 1329556/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 09/12/2014) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 12 dez. 2015)

<sup>296</sup> TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor. Direito material e Processual*. Volume único. 4. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2015, p. 34

<sup>297</sup> *Ibidem*, p. 33

protetiva do consumidor, elencou a existência de quatro hipóteses de vulnerabilidade que geralmente alcançam esse trato jurídico. Tratam-se de hipóteses basilares em que se é reconhecida ao contratante e que, portanto, ocorrem no meio social com maior fluidez. Sendo assim, afirma a autora que a vulnerabilidade decorrente da falta de informação quanto ao produto; da falta de conhecimentos técnicos específicos sobre o bem; da tutela jurídica ineficaz; e da questão socioeconômica, são as quatro situações em que facilmente será consagrado o que se afirma.

Deve-se lembrar, efetivamente, que não são elementos estanques e afastados um do outro, nem mesmo haverá a eliminação de um pelo outro. Ou seja, a apresentação da informação não necessariamente resultará na implantação do conhecimento técnico ao consumidor. Ele poderá ter acesso às informações do produto, mas quando não bem transmitidas, resultará no desconhecimento das funcionalidades e perigos apresentados pelo bem.

Além disso, de fato, elas podem se intercambiar formando a situação anteriormente abordada de hipervulnerabilidade. Em determinada situação fática, poderá ocorrer de um analfabeto adquirir determinado produto que não atende às suas necessidades. Apesar de ter identificado tal situação ele não tem condições socioeconômicas para contratação de um profissional para defesa dos seus direitos, o que representa uma dupla vulnerabilidade.

Mesmo diante de toda proteção conferida pelo Código de Defesa do Consumidor, não se pode afirmar que a questão restringe-se a este ramo do direito. Há no ordenamento outras hipóteses em que o legislador se preocupou com o reconhecimento da condição de vulnerável, sendo a mais clássica de todas aquelas oriunda da relação trabalhista em que, de um lado está o empregador e do outro o empregado, que, diante de sua necessidade de percepção salarial para custeio da sua sobrevivência, encontra-se em patamar de desvantagem em sua atuação.

#### **4.3.2 A vulnerabilidade infanto-juvenil**

Um dos grupos sociais mais sensíveis à configuração da vulnerabilidade são as crianças e os adolescentes. Encarados como seres em desenvolvimento, estas pessoas, atualmente, são tratados pelo ordenamento pátrio com requintes de prioridade na aplicação dos atos por parte do Estado, pois, assim, ser-lhe-ia assegurado o atendimento aos seus interesses, na medida em

que se desenvolve o seu discernimento para prática de atos da vida civil<sup>298</sup>. Sob os pés de toda construção normativa, há os pilares da prioridade absoluta e da proteção integral que nada mais são do que o reconhecimento legal da condição especial necessária para este rol de pessoas no desenvolver de suas relações sociais.

Porém, nem sempre foi assim. Ao direcionar o olhar para a história da infância e da juventude brasileiros será possível verificar que apenas no início do século que se encerrou houve o reconhecimento da condição de sujeito de direitos daqueles que, atualmente, possuem de zero a dezoito anos incompletos. Mais uma vez, apenas com o rompimento do Estado Liberal é que foi possível retirar as vendas da desigualdade que cegavam o legislador da época. Aliás, exatamente por conta desse déficit é que hoje se encontram nos livros relatos onde crianças eram tratadas sem quaisquer direitos, inclusive aqueles supostamente reconhecidos ao ser humano.<sup>299</sup>

---

<sup>298</sup> Neste sentido, Donald W. Winnicott: “O desenvolvimento, em poucas palavras, é uma função da herança de um processo de maturação, e da acumulação de experiências de vida; mas esse desenvolvimento só pode ocorrer em ambiente propiciador. A importância desse ambiente propiciador é absoluta no início, e a seguir relativa; o processo de desenvolvimento pode ser descrito em termos de dependência absoluta, dependência relativa e um caminhar rumo à independência. [...]. Cada indivíduo surge, desenvolve-se e torna-se maduro; não se pode considerar a maturidade adulta como algo separado do desenvolvimento anterior. Este desenvolvimento é extremamente complexo, e ocorre de contínuo desde o nascimento, ou desde antes, até a velhice, passando pela idade adulta. Não podemos pensar em relegar nada a segundo plano – nem as ocorrências da infância, e nem mesmo as da primeiríssima infância” (WINNICOTT, Donald. W. A família e o desenvolvimento individual. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 27 e 30)

<sup>299</sup> Sobre o aspecto histórico do tratamento conferido às crianças e aos adolescentes, Ana Paula Motta Costa afirma que: “Sabe-se que a qualificação de crianças e adolescentes como diferentes dos adultos e não pertencentes ao mundo racional não é de hoje e encontra raízes ao longo da História. Particularmente, a sociedade ocidental tem apresentado uma característica “adultocêntrica”. Ou seja, a perspectiva evolucionista de progresso direciona as pessoas a fim de que ocupem seu espaço no mundo na fase adulta, de onde olham o mundo e analisam o comportamento humano” [...] “A referência histórica da construção da categoria da adolescência é ainda mais recente que a infância. De acordo com Ariès, essa conceituação surgiu de modo singular, no século XX, considerado o “século da adolescência”. Assim, afirma o autor que a falta de diferenciação entre crianças e adolescentes, gradativamente foi substituída pelo conceito também impreciso de juventude, ou de “homem jovem” (ARIÈS, 1981, p. 49). “A juventude apareceu como depositária de valores novos, (...) tornou-se um fenômeno geral e banal após a guerra de 1914, em que os combatentes da frente de batalhas opuseram-se em massa às velhas gerações da retaguarda” (ARIÈS, 1981, p. 46).

Na sequência do pensamento do autor, pode-se afirmar que a compreensão dos sujeitos como integrantes da faixa etária jovem, identificados pela sociedade com comportamentos característicos e comuns, esteve desde seu início associada à ideia de “problema”, a ser controlado e superado. As características comuns da juventude e da adolescência não são vistas desde a sua identificação como positivas, ou questionadoras e impulsionadoras de mudanças, mas como impeditivas do “bom funcionamento social”. A tal ponto tem sido assim, que muitas vezes o desejo “adultocêntrico” é de que, “de fato”, não tenham comportamento adolescente, mas que se comportem com a maturidade adulta, considerada adequada e racional.

A construção sociocultural da categoria de “adolescentes”, embora não totalmente desvinculada da infância, caracteriza-se por uma trajetória confusa no imaginário social. Adolescente é aquele que não é mais criança e também não é ainda um adulto. Por vezes, espera-se dele comportamento infantil, dócil e maleável. Outras vezes, espera-se a maturidade adulta, ponderação e racionalidade.

Todas essas circunstâncias da adolescência são dificultadas pela ausência na sociedade ocidental de rituais de passagem objetivos para a fase adulta. No contexto atual, a compreensão de que se é adulto, ou mesmo adolescente,

Eram “objetos” que se encontravam à disposição do seu pai, cujo poder de administração da família era reconhecido por conta da sociedade patriarcal vigente à época. Não eram considerados como seres humanos plenos por não possuírem o discernimento para prática de atos da vida civil, o que lhe asseguravam o “*status*” de seres inacabados, pois somente com a plena capacidade de emanção de sua autonomia da vontade é que seria possível se falar em indivíduo socialmente aceito. Portanto, ao longo da história, é possível observar grande ocorrência de discriminação e, por consequência, exclusão das crianças e dos adolescentes na percepção e exercício de direitos que lhes deveriam ser reconhecidos.

Nos dias atuais, houve sensível evolução no tema. Estes indivíduos passaram, então, a ser reconhecidos como insertos na condição de ser humano – afinal não poderia ser contrário a isso – e detentores de todos os direitos básicos que são reconhecidos pelos diplomas internacionais e nacionais. Ocorre que apenas garantir o direito de ter direitos que eram destinados aos adultos, não ajustava a situação jurídica como um todo. Isso porque, diante de sua condição física propriamente dita, o indivíduo encontrava-se em fase de formação. Não havia, portanto, a possibilidade de trato isonômico de sua existência quando comparado com aquele considerado como adulto.

Por isso, surgiram diversos diplomas internacionais que passaram a reconhecer a condição excepcional que deveria ser encarada toda matéria normativa destinada ao trato desse grupo social. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança<sup>300</sup> serviu como marco fundamental para o desenvolvimento do trato da matéria. No Brasil, doutrina da proteção integral foi estabelecida a reboque da promulgação da Constituição Federal e trouxe consigo forte preocupação no trato destas pessoas<sup>301</sup>. Efetivamente, apesar de todos os esforços ainda é

---

depende de muitos fatores, relacionados à condição social do sujeito, e, especialmente ao exercício de experiências afirmativas da identidade adulta, como trabalhar, engravidar, ter filhos, ter uma vida sexualmente ativa, sustentar a família.” (COSTA, Ana Paula Motta. *Adolescência brasileira e o contexto de vulnerabilidade à violação de direitos fundamentais*. Disponível em: <  
<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/292/242>>; Acesso em: 12 jan. 2017)

<sup>300</sup> Inserida no âmbito das normas brasileiras através do Decreto Lei nº 99.710/1990

<sup>301</sup> Art. 227, CF. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos

possível encontrar inúmeros exemplos de situações em que há flagrantes abusos perpetrados contra crianças e adolescentes, o que demonstra a necessidade de aprofundamento no desenvolvimento desta matéria.

Para o presente trabalho, porém, imprime-se a necessidade de imposição de uma trava metodológica no trato da questão. Isso porque, não será possível aprofundar nos aspectos envolvendo as práticas abusivas às crianças e aos adolescentes, sob pena de fuga do tema proposto. Porém, diante do tratamento da vulnerabilidade destinada a estas pessoas, cabe aqui deixar o alerta de que, como dito, apesar de todos os esforços feitos, principalmente, pelo legislador constitucional, ainda resta um longo caminho a ser trilhado num país de tamanhas desigualdades socioeconômicas como o Brasil<sup>302</sup>.

De fato, não há como negar que a criança e o adolescente figuram como seres vulneráveis, pois ainda em desenvolvimento. Por sua vez, a manutenção dessa condição não lhes retira a característica de, conforme mencionado por Rosa Martins, um “ser em desenvolvimento com

---

logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. § 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. § 8º A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

<sup>302</sup> Sob o ponto de vista de Mary Del Priore: “O mundo do qual a “criança deveria ser” ou “ter” é diferente daquele onde ela vive, ou no mais das vezes sobrevive. O primeiro é feito de expressões como “a criança precisa”, “ela deve”, “seria oportuno que”, “vamos nos engajar em que” etc. até o irônico “vamos torcer para”. No segundo, as crianças são enfaticamente orientadas para o trabalho, o ensino, o adestramento físico e moral, sobrando-lhes pouco tempo para a imagem que normalmente se lhe está associada: aquela do riso e da brincadeira. No primeiro, habita a imagem ideal da criança feliz, carregando todos os artefatos possíveis capazes de identifica-la, numa sociedade de consumo: brinquedos eletrônicos e passagem para a Disneylândia. No segundo, o real, vemos acumular-se informações sobre a barbárie constantemente perpetrada contra a criança, materializadas nos números sobre o trabalho infantil, naqueles sobre a exploração sexual de crianças de ambos os sexos, no uso imundo que faz o tráfico de drogas de menores carentes, entre outros. Privilégio do Brasil? Não! Na Colômbia, os pequenos trabalham em minas de carvão. Na Índia, são vendidos aos cinco ou seis anos para a indústria de tecelagem. Na Tailândia, cerca de duzentos mil são roubados anualmente das suas famílias e servem à clientela doentia dos pedófilos. Na Inglaterra, os subúrbios miseráveis de Liverpool, produzem os *baby killers*, crianças que matam crianças. Na África, 40% das crianças, entre sete e 14 anos trabalham” (PRIORE, Mary Del (org.) *História das Crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1999, p. 08-09)

uma capacidade progressiva, sujeito ativo capaz de participar no processo de decisão com um discurso suficientemente carregado de significado em diálogo com os adultos”<sup>303</sup>. Sua condição especial é de tal forma incontestada que a própria Carta Maior, ao determinar no art. 227, *caput* os responsáveis pela proteção da infância e adolescência, estabelece ser inicialmente responsabilidade da família, em seguida da sociedade e, por fim do Estado.

Não se trata de uma opção qualquer este rol assim posto na norma constitucional. Na realidade, é uma tentativa do legislador em desenhar de forma mais adequada aos anseios dos menores a proteção que lhes é cabível. Por se referir a pessoas em desenvolvimento, o seio da família é a melhor fonte para o seu desenvolvimento, já que será assegurado a eles uma atenção individualizada e pontual às suas reais necessidades. Nesta esteira, desenvolve-se toda a construção protetiva a partir do ponto mais cirúrgico para uma abordagem mais genérica que será conferida através das políticas implementadas pelo Estado, que, apesar disso, devem ser focadas na resolução dos interesses das crianças e adolescentes ali envolvidos<sup>304</sup>.

É interessante notar que a vulnerabilidade dos menores, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o consumidor, não impõe apenas ao Estado a adoção de mecanismos protetivos. Na construção da rede protetiva, sua condição excepcional é de tal forma evidente que em primeiro plano ser-lhe-á chamada a família para gerir seus interesses, partindo-se – em caso de omissão – para uma atuação mais genérica, porém, sem grande amplitude, como ocorre com o atendimento comunitário para, em seguida, exigir com mais intensidade a atuação estatal. De fato, “tais direitos não regulam apenas as relações verticais de poder que se estabelecem entre Estado e cidadão, mas incidem também sobre relações mantidas entre pessoas e entidades não estatais, que se encontram em posição de igualdade formal”<sup>305</sup>

A criança e o adolescente são seres em condição de vulnerabilidade imanente o que implica dizer que a ordem constitucional que determina a imposição de respeito à condição peculiar de pessoas em desenvolvimento deve ser sempre observada e efetivada, evitando-se que permaneça como mera abstração legal. A família, a sociedade e o Estado devem servir como

---

<sup>303</sup> MARTINS, Rosa. *Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais*. In: OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado & vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 88.

<sup>304</sup> Para Daniel Sarmento, “Sob esta perspectiva, os direitos humanos deixam de ser vistos como deveres apenas do Estado, na medida em que outros atores não-estatais são convocados para o mesmo palco, chamados às suas responsabilidades para a construção de uma sociedade mais justa, centrada na dignidade da pessoa humana” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 04)

<sup>305</sup> Idem, p. 05



elemento de proteção e não como fatores de risco, reconhecendo-se e respeitando-se as diferenças individuais, assegurando-se, portanto, o acesso aos direitos fundamentais dos quais são titulares por estarem inerentes à sua condição de ser humano<sup>306</sup>.

A vulnerabilidade dos infantes se reproduz para além da sua condição intrínseca, pois espelha-se, também, numa conjugação de situações. Esta múltipla configuração de vulnerabilidade, expressa, por um lado a gravidade da restrição ao reconhecimento dos seus direitos. Ampliam-se os argumentos no sentido do necessário reconhecimento da isonomia material, pois os menores que não se encontram em real igualdade de acesso às condições que permitam o exercício do seu direito, são excluídos do universo social que deveria abraça-los. Diante disso, a fim de evitar a postura excludente, impõe-se ao Estado garantir o direito a condições de exercício de uma vida digna, ao desenvolvimento da sua personalidade e integridade física.

Interessante notar que, conforme dito no início do presente capítulo, o tema em comento não se mostra estático e excludente. Ao revés, apresenta canais de intercomunicação que acabam por resultar, em alguns casos, no acúmulo das hipóteses com a sobreposição de situações que demonstrem diversas causas fragilizantes numa questão fática. Quando ocorre, a jurisprudência as qualifica como hipervulnerabilidade.

Em julgado sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a hipótese de hipervulnerabilidade para o caso em que havia produtos direcionados ao consumo de crianças. Tratava-se de um embate de marcas, onde havia uma mais tradicional no mercado infantil e outra que foi registrada com escrita e sonoridade muito próxima, podendo conduzir o consumidor à uma escolha equivocada. Ocorre, porém, que um consumidor sem as peculiaridades do público alvo do produto poderia não ser enganado com tanta facilidade, o que, certamente, não ocorreria com aqueles ao qual o bem era direcionado: as crianças.

Por conta disso, o STJ considerou a hipótese como sendo de hipervulnerabilidade, pois resultava do reconhecimento da fragilidade natural do indivíduo quando trava uma relação de consumo, acrescida da peculiaridade de, em sua maioria, figurarem como crianças, que, devido

---

<sup>306</sup> Josiane Rose Petry Veroense ensina que: “Todos temos consciência de que a lei por si só não opera mudanças ou realizações sociais. Ela é instrumento, é meio. Para que efetivamente essa lei não constitua ‘letra morta’, faz-se continuamente necessária a constituição de mecanismos, de sistemas facilitadores de sua real aplicação, bem como a implantação de políticas públicas que garantam o acesso à educação, à profissionalização, à saúde, ao lazer, ao trabalho e salário justos. Na construção de uma sociedade que efetivamente priorize a criança, todos somos responsáveis” (VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeitocidadão*. In: WOLKER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Os “novos” direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67)

à capacidade de discernimento ainda em construção, resultaria em “alvo” ainda mais fácil para ser ludibriado.<sup>307</sup> O ponto de destaque do julgamento do Resp 1188105/RJ está, exatamente, no reconhecimento da sobreposição de hipóteses de vulnerabilidade, sem que isso resulte na exclusão de uma pela outra. Na verdade, ao contrário: quanto maior o número de situações, mais o sistema deve se preocupar em conferir tratamento diferenciado, em busca de assegurar o estancamento do aprofundamento das diferenças.

### 4.3.3 A vulnerabilidade na relação trabalhista

Se fosse possível elencar o grau de amplitude do termo vulnerabilidade, certamente a relação trabalhista acompanharia o mesmo ritmo dos contratos regidos pelo direito do consumidor.

---

<sup>307</sup> **DIREITO MARCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA PARA JULGAR PEDIDO DE PERDAS E DANOS DECORRENTES DO USO DA MARCA, CUJO REGISTRO PRETENDE-SE A ANULAÇÃO. LIDE QUE NÃO ENVOLVE A UNIÃO, AUTARQUIA, FUNDAÇÃO OU EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. REGISTRO DA MARCA "CHEESE.KI.TOS", EM QUE PESE A PREEXISTÊNCIA DO REGISTRO DA MARCA "CHEE.TOS", AMBAS ASSINALANDO SALGADINHOS "SNACKS", COMERCIALIZADOS NO MESMO MERCADO. IMPOSSIBILIDADE, VISTO QUE A COEXISTÊNCIA DAS MARCAS TEM O CONDÃO DE PROPICIAR CONFUSÃO OU ASSOCIAÇÃO AO CONSUMIDOR.** 1. A autora pretende cumular duas ações: a primeira a envolver a nulidade do registro marcário, obtido pela empresa ré e efetuado pelo INPI, e a segunda buscando a reparação dos danos alegadamente causados pela sociedade ré, isto é, lide que não envolve a autarquia. Destarte, como o artigo 292, § 1º, II, do CPC restringe a possibilidade de cumulação de pedidos, admitindo-a apenas quando o mesmo Juízo é competente para conhecer de todos e o artigo 109, I, da Constituição Federal prevê que compete aos juízes federais processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, é descabida a cumulação, sob pena de usurpação da competência residual da Justiça Estadual. 2. Em que pese o artigo 124, XIX, da Lei da Propriedade Industrial vedar a reprodução ou imitação da marca, suscetível de causar confusão ou associação com outra, para a recusa de registro, por haver anterior de marca assemelhada, deve a autoridade administrativa tomar em conta se há identidade dos produtos e se pertencem ao mesmo gênero de indústria e comércio, consistindo a novidade marcária, sobretudo, na impossibilidade de confundir-se com qualquer outra empregada para produtos ou serviços semelhantes. 3. No caso, a recorrente tem registro de marca que, apesar da conclusão da Corte de origem de que evoca ao termo comum anglo-saxão "cheese" (queijo), é incontroverso que ambas assinalam salgadinhos "snacks", exploram o mesmo mercado consumidor e têm grafia e pronúncia bastante assemelhadas - hábeis a propiciar confusão ou associação entre as marcas no mercado consumidor. 4. "A finalidade da proteção ao uso das marcas - garantida pelo disposto no art. 5º, XXIX, da CF/88 e regulamentada pelo art. 129 da LPI - é dupla: por um lado protegê-la contra usurpação, proveito econômico parasitário e o desvio desleal de clientela alheia e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto (art.4º, VI, do CDC)". (REsp 1105422/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 18/05/2011) 5. A possibilidade de confusão ou associação entre as marcas fica nítida no caso, pois, como é notório e as próprias embalagens dos produtos da marca "CHEE.TOS" e "CHEESE.KI.TOS" reproduzidas no corpo do acórdão recorrido demonstram, o público consumidor alvo do produto assinalado pelas marcas titularizadas pelas sociedades empresárias em litígio são as crianças, que têm inegável maior vulnerabilidade, por isso denominadas pela doutrina - o que encontra supedâneo na inteligência do 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor - como consumidores hipervulneráveis. 6. O registro da marca "CHEESE.KI.TOS" violou o artigo 124, XIX, da Lei da Propriedade Industrial e não atende aos objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo, consoante disposto no artigo 4º, incisos I, III e VI, do Código de Defesa do Consumidor, sendo de rigor a sua anulação. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1188105/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 12/04/2013) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível: <http://www.stj.jus.br>; acesso em: 12 dez. 2015)

Apesar de ter sido reconhecida legalmente em épocas muito anteriores àquela da exposição legal referente ao consumidor, atualmente, quando se trata do tema em questão, uma das primeiras áreas do direito que surge é a trabalhista. Isso porque, como se sabe, na relação laboral cumpre ao Estado a missão de buscar manter o equilíbrio nesta interação que é eminentemente destoante de paridades

As normas trabalhistas existentes no direito pátrio são estabelecidas de acordo com uma rede de proteção à parte considerada como mais frágil da relação que, no caso, é o empregado. Com isso, atenua-se o desequilíbrio fático existente com a imposição de regras legais impondo uma paridade de armas na relação do contrato de trabalho. Não se trata de um movimento novo, mas sim, de um conglomerado de posturas que se desenvolveram ao longo de diversos anos, principalmente a partir do século XIX com a crise do liberalismo e a maior intervenção estatal na regulamentação das relações sociais.

Insatisfeitos com a situação trazida pela liberdade plena das relações sociais, as pessoas submetidas ao regime de trabalho, começaram a exigir a proteção aos direitos civis. Apenas desta forma seria possível uma melhoria do seu *status* econômico e social, o que significa dizer que muito mais do que o plano individual, o movimento revolucionário trabalhista serviu para a proteção de uma coletividade que se inseria no âmbito do polo mais frágil da relação laboral, posto que buscava o tratamento igualitário entre empregados e empregadores.

O Brasil também não ficou imune a este movimento social de valorização do empregado, e durante o início do século XX experimentou grande revolução no trato da matéria. Foram editadas normas que buscavam o ponto de equilíbrio entre os dois polos, inclusive com a edição da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT. Na realidade, no caso brasileiro, até os dias atuais, há grande intervenção do sistema normativo no âmbito desta relação, pois ainda vige sobre o universo trabalhista os preceitos de uma legislação vigente no diploma retromencionado.

A partir de então, as Constituições vindouras trouxeram em seus textos normas protetivas aos trabalhadores por reconhecer, exatamente, a hipótese de hipossuficiência. As primeiras delas surgiram com a Carta Magna de 1946 que expressou em seu art. 145 a necessidade de reconhecer a ordem econômica de acordo com princípios da justiça social, agregando a livre iniciativa com a valorização do trabalho humano, postura esta seguida pelos demais Diplomas Constitucionais.

O Texto Maior de 1988 deu um passo à frente ao ampliar a tutela da relação laboral, ao incluí-la no âmbito dos direitos sociais, estampando-a no seu art. 7º<sup>308</sup>. Da leitura do seu *caput* é possível perceber que a opção pelo legislador foi assegurar direitos aos trabalhadores, o que demonstra o reconhecimento da hipossuficiência destes perante o empregador. Não há o estabelecimento do princípio de proteção ao contratante da atividade laboral, mas sim o princípio pró-operário, onde se encontram a garantia da aplicação da norma mais favorável, da condição mais benéfica e a vedação ao retrocesso dentre outros. Todos os princípios construídos dentro do direito do trabalho voltam-se para uma tutela do trabalhador, exatamente, em razão da sua condição de vulnerabilidade existente.

---

<sup>308</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço; IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; XXIV - aposentadoria; XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei; XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

A incidência da vulnerabilidade na relação de trabalho nasce a partir da própria vinculação jurídica estruturante, por está diretamente relacionada com a posição que o empregado assume diante do empregador, já que é este último que possui o poder econômico e, em tese, o controle do mercado. Por ser o detentor do *know how* da estrutura produtiva, ou mesmo das matérias-primas para a produção, o empregador encontra-se em posição de vantagem em face do trabalhador que, por sua vez, necessita da utilização da sua força braçal – ou intelectual – para que, em troca, obtenha o recebimento de remuneração periódica e, com isso, consiga acessar o mercado de consumo.

A inserção da informática e da robotização das atividades produtivas deixaram ainda mais vívido o desenho estruturante dessa diferenciação de posturas existentes entre empregador e empregado. Hoje a necessidade de atividade humana está em patamar de avançado declínio quando comparado com situação semelhante existente em décadas atrás. Com isso, a busca pelo trabalhador ao empregador é muito maior do que no sentido contrário. Portanto, flagra-se uma situação de dependência ainda mais evidente, o que resulta na fragilidade de uma das partes e, por consequência, na necessidade de reconhecimento por parte do ordenamento jurídico da sua vulnerabilidade.

Vale salientar que a abordagem que deve ser dada para a configuração dos parâmetros ora em sustento não se volta, necessariamente, para a questão da capacidade econômica do trabalhador, mas, sim, da sua fragilidade em face à relação jurídica. Diante disso, quando todo o sistema se estrutura com base na vulnerabilidade passa, então, a reconhecer a relevância do equilíbrio para que a autonomia decorrente da liberdade de escolha e de atuação possa ser restaurada, garantindo, a partir do equilíbrio de forças, a manutenção da soberania da autonomia do trabalhador que lhe foi retirada ao inserir-se na relação laboral.

A evidência do desequilíbrio é de tal forma presente que, sem sombra de dúvidas, o empregado ocupará a posição da parte mais vulnerável nesta reação. Em outras palavras, inexistindo a vulnerabilidade não há que se falar em relação de trabalho, o que resultou no reconhecimento por parte do legislador da obrigatoriedade de identificação da característica de vulnerabilidade do empregado no trato do pacto laboral. Trata-se de qualidade intrínseca à dinâmica tratada, exatamente, diante da submissão que o trabalhador se põe diante do empregador, na busca de capacidade econômica para inserção no mercado de consumo.

Deve-se ressaltar, mais uma vez, que a qualidade de vulnerável em nada se vincula com a percepção da capacidade econômica do empregador ou do empregado. Ela existirá tanto numa relação existente entre uma grande empresa e um funcionário ocupante do cargo mais simples, como da relação desta com o seu funcionário que exerce atividades complexas – e bem remuneradas –, assim como no trato de um vínculo laboral existente entre uma pessoa física e outra pessoa física, como, por exemplo, nos casos das relações trabalhistas domésticas.

Surge então o sistema de presunções onde se afirma *que in dubio pro operário – ou in dubio pro misero* – ou seja, havendo dúvidas quanto ao fato alegado por ambas as partes, a interpretação legal conferida deverá ter como foco o empregado, por ser ele a parte vulnerável da relação jurídica. Da mesma forma, princípios como o da aplicação da norma mais favorável – princípio da incidência da condição mais benéfica – também podem ser encarados como resultado direto dessa desigualdade fática e jurídica existente.

Observe-se que não é possível considerar o trabalhador como incapaz, até mesmo porque, diante do sistema antigo de incapacidade, havendo a sua subsunção à esta hipótese fática, não seria possível a celebração do contrato de trabalho sem a existência de um representante, exatamente, por conta do sistema jurídico excluir do critério de validade a possibilidade de manifestação autônoma de vontade. Juridicamente, o trabalhador é vulnerável quando na relação com o seu empregador, posto que se encontra em patamar de efetiva desigualdade, ocupando situação jurídica de fragilidade quando equiparado com o outro polo.

Nesta senda, todo o sistema trabalhista – seja de cunho material ou processual – é desenvolvido a partir do princípio da proteção do trabalhador, imergindo-se, portanto, como elemento fundante do trato jurídico desenvolvido nesta seara. Sua construção busca refletir a necessidade da garantia de elementos estruturantes asseguradores de um trato isonômico entre ambas as partes, mantendo-se, por consequência, hígido tanto o acesso, como o acesso amplo à justiça por parte do polo mais enfraquecido da relação.

Sob a perspectiva processualística, inúmeros são os exemplos que podem ser observados e que resultam na comprovação da vulnerabilidade. A legislação trabalhista flexibiliza alguns preceitos próprios do processo civil para assegurar o amplo acesso à justiça do empregado. Hipóteses como inversão do ônus probatório e a gratuidade do ingresso ao poder judiciário são demonstrações do comportamento do sistema jurídico no trato da matéria. Há uma presunção

em torno da efetivação dos direitos do empregado, cabendo ao empregador a tarefa de reverter, através da apresentação de provas, as alegações apresentadas pelo seu ex-funcionário.

Portanto, na abordagem referente à vulnerabilidade, o direito laboral encontra-se a passos largos de frente do âmbito cível que, até então, optou por uma ideia de isonomia entre os membros participantes de sua relação. Ao encarar a realidade de forma mais evidente, as normas de direito trabalhista perceberam que a premissa de igualdade existente no direito privado não era real, o que acabou por fomentar na busca por imputação de elementos que assegurassem a tentativa pela manutenção do equilíbrio de forças. Aliás, esta linha de pensamento ganhou grande impulso com as novas vestimentas conferidas ao deficiente físico, principalmente após a promulgação da Lei 13146/2015, hipótese esta que será abordada no tópico seguinte.

#### **4.3.4 A Vulnerabilidade do Deficiente Físico**

A partir de toda mudança ocorrida no direito, chega-se ao ponto referente ao tratamento do deficiente físico. Atualmente o país inicia uma caminhada mais incisiva no trato da questão envolvendo as pessoas com limitações psicofísicas. Andou bem o legislador na medida em que - conforme já tratado neste trabalho - implementou legislação compatível com os acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário, o que resultou, diretamente, na ampliação do conceito de deficiente físico e, por consequência, na mudança do tratamento legal a ele conferido.

Abandona-se o ideal de deficiente físico como sendo exclusivamente aquela pessoa com desenvolvimento mental ou motor reduzido. A partir da proposta construída pela Organização das Nações Unidas, com a Convenção Internacional dos Direitos dos Deficientes Físicos, a sua identificação passou a envolver não só aspectos inerentes à própria pessoa, mas, também, elementos externos, ou seja, obstáculos que podem ser impostos no desenvolvimento das atividades sociais<sup>309</sup>. Portanto, partindo-se deste prisma, é possível observar que a sua noção se amplia para abranger aqueles que se apresentam em situação de risco – de fragilidade – no desenvolver de suas atividades ordinárias, quando comparado com outros membros da

---

<sup>309</sup> Para as Nações Unidas: “*a disability is any restriction or lack (resulting from an impairment) of ability to perform an activity in a manner or within the range considered normal for a human being*” (WHO, 1980 and 1993) Em tradução livre: A deficiência é qualquer restrição ou falta (resultante de uma deficiência) de capacidade para realizar uma atividade de forma ou intervalo considerado dentro do padrão para um ser humano.

população.<sup>310</sup>

Essa nova linha de entendimento trazidas pelas legislações internacionais e reconhecidas pelo direito pátrio com *status* de norma constitucional, levaram os órgãos de pesquisa a mudar o seu parâmetro questionador para identificação da deficiência. Isso porque, afastou-se o ponto de vista exclusivamente externo para incluir a percepção da própria pessoa quanto ao seu grau de limitação no exercício de suas atividades. A partir dessa modificação, o censo de 2010 registrou um patamar de 46,2% de pessoas que se reconheciam como portadores de alguma limitação que poderia ser enquadrada como deficiência<sup>311</sup>.

De fato, tendo sido o elemento voltado para as limitações físicas imediatamente revisto, ampliou-se o leque de possibilidades de se reconhecer a condição de deficiente físico<sup>312</sup>. A interação com o meio social passou, também, a ser elemento fundamental para a construção deste ideal, havendo, portanto, uma transferência do foco, pois retirava-o do plano exclusivamente da saúde para conduzi-lo para o plano da organização política e social. Portanto, desvincula-se da questão meramente física – como ocorria com a cor da pele, o sexo, por exemplo – para alcançar o plano da deficiência como o comportamento desequilibrado diante de uma relação social, que, no presente caso, deve-se limitar à amplitude jurídica.

---

<sup>310</sup> Vale salientar que nem todos os países se tornaram signatário da mencionada convenção, o que resultou no tratamento não isonômico da matéria quando realizado o comparativo internacional. “Por exemplo, em alguns países utilizou-se a definição de deficiência com base nas dimensões do ICIDH, porém, incluiu-se também questões de limitações para captar essas pessoas. Ou seja, há países em que a deficiência engloba limitações nas atividades do dia-a-dia (andar, subir escadas, ouvir, falar, ler, lembrar, se concentrar, se vestir, tomar banho, se comunicar). Já em outros, baseia-se em termos de impairment (surdez, cegueira, mudez, paráliticos, faltas de membros, retardos mentais). Ainda há países em que analisam a deficiência com base na participação, isto é: se a deficiência influencia na vida normal, social e de trabalho” (LENZI, Máira Bonna. *Os Dados sobre deficiência nos Censos Demográficos Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/xviii/anais/files/ST35\[845\]ABEP2012.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/xviii/anais/files/ST35[845]ABEP2012.pdf)>; acesso em: 12 jan. 2017)

<sup>311</sup> Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. IBGE. *Censo Demográfico 2010: Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência*. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas\\_religiao\\_deficiencia/default\\_caracteristicas\\_religiao\\_deficiencia.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_religiao_deficiencia/default_caracteristicas_religiao_deficiencia.shtm)>; acesso em: 21 jan. 2017.

<sup>312</sup> Máira Bonna Lenzi lembra que: “Os dados sobre pessoas com deficiência no Brasil estão relativamente dispersos e poucos comparáveis a medida que se trabalha com organizações ou pesquisas distintas. Observam-se desafios de mensuração por conta das diferenças de objetivos e aplicações dos dados, da concepção da própria deficiência, dos tipos, graus, agrupamentos delas e os métodos de coleta de dados. Determinar o escopo da deficiência é uma tarefa difícil e a falta de uma abordagem continuada influencia na mensuração das estimativas. Isto acarreta em poucas construções de séries com tendências e evoluções das pessoas com deficiência, reforçando a importância de se adotar um padrão (como a proposta do Washington Group Disabilities) ou se basear na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) (LENZI, Máira Bonna. *Os Dados sobre deficiência nos Censos Demográficos Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/xviii/anais/files/ST35\[845\]ABEP2012.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/xviii/anais/files/ST35[845]ABEP2012.pdf)>; acesso em: 12 jan. 2017)



Assim como ocorre no meio social, o mundo jurídico quando adaptado às diversidades apresentadas pelos deficientes acabará por desconsiderar as limitações físicas por eles apresentadas. Aquele que não pode caminhar apresenta uma limitação, mas caso a sociedade esteja amplamente adaptada para sua condição especial, esta restrição não mais o tornará fragilizado diante das atividades cotidianas. No espectro das normas, a linha de pensamento a ser adotada deve ser a mesma, ou seja, quanto mais atenta a legislação está para as diferenças apresentadas pelos indivíduos e quanto mais se busca a manutenção do tratamento diferenciado para tais situações, maior será a garantia ao amplo acesso daqueles que são considerados como vulneráveis pelo próprio sistema.

O tratamento tradicional conferido às pessoas com deficiência foi construído a partir de um regime jurídico excludente. Inicialmente, a abordagem social era muito mais cruel para esse grupo de pessoas, pois, a depender da época, e do lugar, havia a sua morte. A busca pela suposta perfeição sempre foi o canto da sereia que encantava os homens. Apenas aqueles fortes – para defesa da sociedade – e providos de todas as faculdades mentais e físicas – para construção, manutenção e gestão - seriam aceitos como membros da comunidade. Caso contrário, haveria o seu sacrifício, pois, ter alguém deficiente no seio familiar significaria desprezado de maior atenção e cuidados que poderiam tornar o coletivo mais fragilizado.

A evolução social conduziu à rejeição deste comportamento extremo. Porém, ainda assim o tratamento conferido pelo ordenamento aos portadores de deficiência conduzia à uma abordagem excludente, ainda mais quando se tratava de pessoas cuja deficiência alcançava o plano do discernimento. Uma espécie de vergonha passava a se instalar no seio familiar daqueles que possuíam alguém com tais restrições, o que levou, em muitos casos, ao ocultamento social pleno dessas pessoas que acabavam por viver em cárcere privado pelos seus próprios entes. Quanto ao sistema como um todo, coube o reconhecimento de sua ausência de capacidade, retirando-os, por consequência do trato negocial.

Estabeleceu-se, assim, um regime absolutamente segregador, sem que isso representasse qualquer problema mais grave, pois legalmente chancelado, já que havia o estabelecimento da estrutura das incapacidades tradicional, cuja justificativa se construía, supostamente, a partir de uma proteção ao incapaz, dentre os quais, se encontrava o deficiente<sup>313</sup>. Os procedimentos

---

<sup>313</sup> Segundo Enrique Jorge Arévalo: *Abundan los ejemplos sobre maniobras dolosas de sujetos moralmente abominables, tendientes a obtener la declaración de incapacidad de algún familiar con fines de aprovechamiento económico. Las circunstancias señaladas resultaron determinantes en el tratamiento discriminatorio que*

discriminatórios alcançam seu aspecto mais extremado com os atos de violência, tanto de índole física, como moral, que alcançam principalmente, os sujeitos com maior vulnerabilidade, dentre os quais dos portadores de limitações físicas ou psíquicas.

O sistema justifica a redução ou exclusão da capacidade de direito ao sustentar que se trata de um instituto que busca garantir uma maior segurança nas relações jurídicas a partir do estabelecimento de uma tipificação rígida, assegurando o conhecimento prévio tanto por parte dos titulares do direito quanto aquele cuja interação se estabelecerá, ainda que, para isso, afete outra seara de direitos que não sejam aqueles envolvidos. O reconhecimento da incapacidade absoluta implica o posicionamento daquele agrupamento existente num patamar em que lhe cerceia toda possibilidade de ser parte em qualquer relação jurídica.

O longo caminho percorrido em busca do efetivo reconhecimento da condição de sujeito de direitos a todos aqueles acometidos, de forma transitória ou permanente, dos efeitos da situação de vulnerabilidade encontra um ponto de partida em consagração constitucional aos princípios da igualdade. De fato, se toda formação sistêmica atual gira em torno da construção de uma efetiva base de elementos que chancelem a dignidade da pessoa humana, o Estado não apenas viola a igualdade quando se omite na implantação de políticas/normativas que se tornem insuficientes ou inadequadas para gerar condições de adaptabilidade dos deficientes à sociedade em que vive.

O aprofundamento das discussões acerca das limitações no âmbito físico ou mental, devem permanecer com maior destaque para o plano das ciências da saúde. Ao direito cabe o reforço na atenção da deficiência como excludente de direitos, buscando, sempre, a manutenção da justiça social, ou seja, a elaboração de normas de trato desigual, mas necessário, diante de uma sociedade que não se apresenta isonômica, mas, sim, diversificada na sua própria condição existencial.<sup>314</sup> Ao invés de considerar a lesão como elemento de deficiência, o sistema jurídico

---

*soportaron los sujetos afectados por capacidades diferentes. Ellos forman parte de la extensa nómina de personas integrantes de grupos raciales, religiosos, sociales, políticos, laborales que resultan víctimas de un marcado menoscabo en sus derechos* (ARÉVALO, Enrique Jorge. *La protección jurídica a las personas em situación de vulnerabilidade y el respeto a la autonomía de la voluntad*. In: Revista Jus. N. 37, Jan. 2016. México: Instituto de Ciências Jurídicas de Puebla, 2016, p. 61-88)

Em tradução livre: Inúmeros são os exemplos sobre as manobras dolosas contra os sujeitos moralmente abomináveis, tendentes à obter a declaração de incapacidade de algum familiar com o objetivo de aproveitamento econômico. As circunstâncias indicadas resultaram determinantes ao tratamento discriminatório que suportarão os sujeitos afetados pela capacidade diferente. Eles formarão parte da extensa lista de pessoas integrantes de grupos raciais, religiosos, sociais, políticos, trabalhadores que foram vítimas de um acentuado prejuízo aos seus direitos

<sup>314</sup> Segundo o Ministro Luís Felipe Salomão, quando da relatoria do Resp 1.349.188/RJ: “é notório o avanço e a preocupação com a inclusão e integração do deficiente de forma plena na sociedade moderna, deixando de lado

deve se preocupar com as exclusões ou a irrelevância que trará a pessoa portadora de lesão para o âmbito da deficiência.<sup>315</sup>

---

eventual segregação e discriminação, para se reconhecer seus direitos e liberdades fundamentais, emanados da dignidade e de igualdade inerentes a todo ser humano, vinculando não apenas os poderes públicos, mas estando também direcionados às relações privadas. A proteção dos direitos das pessoas com deficiência ganhou status constitucional expresso com o Decreto n. 6.949/2009, que promulgou, em conformidade com o § 3º da Carta da República, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (assinada em Nova York, em 30 de março de 2007), tendo o Congresso Nacional, mais recentemente, com o intuito de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania, promulgado o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.”

O caso tratava-se de uma relação entre uma instituição financeira e uma pessoa natural que era portadora de deficiência visual. Diante disso, havia, segundo o relator, duas condições de vulnerabilidade: aquela observada sob o ângulo da relação de consumo, por estar ocupando o lugar do consumidor e outra referente à limitação visual, ou seja a ser portador de deficiência, o que, segundo o Ministro relator, resultaria na hipervulnerabilidade. Neste sentido: **RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSUMIDOR. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA VISUAL. HIPERVULNERÁVEL. CONTRATOS BANCÁRIOS. CONFECÇÃO NO MÉTODO BRAILLE. NECESSIDADE. DEVER DE INFORMAÇÃO PLENA E ADEQUADA. EFEITOS DA SENTENÇA. TUTELA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS STRICTO SENSU. SENTENÇA QUE PRODUZ EFEITOS EM RELAÇÃO A TODOS OS CONSUMIDORES PORTADORES DE DEFICIÊNCIA VISUAL QUE ESTABELECEM OU VENHAM A FIRMAR RELAÇÃO CONTRATUAL COM A INSTITUIÇÃO DEMANDADA EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL. INDIVISIBILIDADE DO DIREITO TUTELADO. DANO MORAL COLETIVO. INOCORRÊNCIA.** 1. Na ação coletiva ajuizada por associação em defesa de interesses difusos e coletivos stricto sensu, em que toda uma coletividade de deficientes visuais será beneficiada pelo provimento jurisdicional, inclusive com eficácia prospectiva, revela-se a natureza transindividual da discussão e a atuação da entidade no campo da substituição processual, o que afasta a necessidade de identificação dos seus associados. 2. O Código de Defesa do Consumidor estabelece entre os direitos básicos do consumidor, o de ter a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (CDC, art. 6º, III) e, na oferta, que as informações sejam corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa (art. 31), devendo as cláusulas contratuais ser redigidas de maneira clara e compreensível (arts. 46 e 54, § 3º). 3. A efetividade do conteúdo da informação deve ser analisada a partir da situação em concreto, examinando-se qual será substancialmente o conhecimento imprescindível e como se poderá atingir o destinatário específico daquele produto ou serviço, de modo que a transmissão da informação seja adequada e eficiente, atendendo aos deveres anexos da boa-fé objetiva, do dever de colaboração e de respeito à contraparte. 4. O método Braille é oficial e obrigatório no território nacional para uso na escrita e leitura dos deficientes visuais e a sua não utilização, durante todo o ajuste bancário, impede o referido consumidor hipervulnerável de exercer, em igualdade de condições, os direitos básicos, consubstanciando, além de intolerável discriminação e evidente violação aos deveres de informação adequada, vulneração à dignidade humana da pessoa deficiente. 5. É cabível, em tese, por violação a direitos transindividuais, a condenação por dano moral coletivo, como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico). 6. Na hipótese, apesar de a forma de linguagem, por meio da leitura do contrato, não ser apta a exaurir a informação clara e adequada, não decorreram outras consequências lesivas além daquelas experimentadas por quem, concretamente, teve o tratamento embaraçado ou por aquele que se sentiu pessoalmente constrangido ou discriminado, haja vista que a instituição financeira seguiu as diretrizes emanadas pelo próprio Estado, conforme Resolução n. 2.878/2001 do Bacen. 7. Os efeitos e a eficácia da sentença, na ação coletiva, não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo. Precedentes. 8. A sentença prolatada na presente ação civil pública, destinada a tutelar direitos difusos e coletivos stricto sensu, deve produzir efeitos em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que litiguem ou venham a litigar com a instituição financeira demandada, em todo o território nacional. 9. Recursos especiais parcialmente providos. (REsp 1349188/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 22/06/2016) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 12 dez. 2015)

<sup>315</sup> Apenas a título ilustrativo, lembram Marcelo Medeiros e Débora Diniz que: “Em meados da década de 1990, pensadoras feministas lançam um argumento com profundas implicações para as políticas públicas: a experiência da deficiência é uma experiência familiar com recorte de gênero. Ao mostrar que a deficiência é acompanhada de

Há uma inversão de espectros quando comparadas as duas linhas de conhecimento. No meio social a deficiência deve ser vista como o desajuste na garantia de tratamento isonômico para todos, nem que para isso as normas assegurem posturas desiguais a serem adotadas. Por sua vez, no âmbito médico, seria deficiente aquele portador de limitação física que, neste ponto, o torna desconectado com o ritmo da sociedade. Enquanto que nesta hipótese a identificação pode ser feita de forma objetiva e desvinculada do ideal coletivo, pois resultará do comparativo específico com estudos relacionados com a capacidade funcional dos membros, na questão social, conforme se depreende da própria denominação, a análise ganha matizes mais fortes para o aspecto coletivo, em detrimento ao individual, haja vista que verterá diante da capacidade de adequação da sociedade às limitações/fragilidades existentes.

Sendo assim, impõe-se ao Poder Público o dever de garantir a eliminação de barreiras à atuação do deficiente, seja de qual modalidade se apresente. A mera alegação de que o tratamento destinado a este contingente de pessoas deve ser conferido na mesma medida que o faz para os demais é falacioso e representa o desequilíbrio mantido ao longo dos anos com o pensamento destoante do princípio da dignidade da pessoa humana. A ideologia que se irradia perante toda a sociedade atual deve ser aquela que busca valorizar o trato com o deficiente físico por ser vulnerável em sua essência.

Não por outro motivo, por exemplo, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência é impositivo ao determinar que competirá ao Estado assegurar sistemas de sinalização especial para os portadores de limitações sensoriais ou de comunicação, garantindo-lhe o acesso à uma vida ordinária com atividades laborais, culturais, esportivas e de lazer<sup>316</sup>. Somente com o

---

arranjos familiares voltados para o cuidado da pessoa deficiente essas pensadoras evidenciam que não são apenas as pessoas com algum tipo de restrição corporal que necessitam da atenção das políticas públicas. Como, devido à divisão sexual do trabalho, os cuidadores são predominantemente mulheres, a deficiência, quando entendida como um fenômeno familiar, possui um viés de gênero. São as mulheres, por exemplo, que se afastam do mercado de trabalho para cuidar das pessoas com deficiência, de crianças pequenas, ou idosos. Nos casos dos homens idosos, este recorte inclui uma sobreposição de gênero à idade. Dado o padrão típico de arranjo familiar, são as mulheres idosas que cuidam desses homens. Esse afastamento tem uma série de implicações para as mulheres, como a ausência de recolhimentos para o sistema previdenciário entre as mulheres em idade economicamente ativa e isso não pode passar esquecido pelas políticas públicas. (MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora. *Envelhecimento e deficiência*. Disponível em:

<[http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq\\_09\\_Cap\\_03.pdf](http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq_09_Cap_03.pdf)>; Acesso em: 12 jan. 2017)

<sup>316</sup> Conforme se depreende do art. 17 da Lei 12.146/2015: “Art. 17. Os serviços do SUS e do Suas deverão promover ações articuladas para garantir à pessoa com deficiência e sua família a aquisição de informações, orientações e formas de acesso às políticas públicas disponíveis, com a finalidade de propiciar sua plena participação social.

Parágrafo único. Os serviços de que trata o caput deste artigo podem fornecer informações e orientações nas áreas de saúde, de educação, de cultura, de esporte, de lazer, de transporte, de previdência social, de assistência social, de habitação, de trabalho, de empreendedorismo, de acesso ao crédito, de promoção, proteção e defesa de direitos e nas demais áreas que possibilitem à pessoa com deficiência exercer sua cidadania.”

estabelecimento da ideologia protetiva é que será possível haver a harmonização com os preceitos estabelecidos nos diplomas internacionais.

#### 4.4 A NECESSIDADE DE POLÍTICAS E MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DA VULNERABILIDADE

A participação do Poder Judiciário – dentre os Poderes que compõem o Estado – é de suma importância para o correto encaminhamento destes esforços. A adoção de mecanismos de efetivação do acesso à justiça, tanto no que se refere ao ingresso no Poder Judiciário, como o acesso em sua perspectiva mais preocupada com o resultado para sua concretização como órgão responsável pela garantia dos direitos. Neste sentido, apresentam-se medidas que buscam equilibrar as desigualdades processuais existente entre as partes, tendo como foco e atenção principal à daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade.

Inexiste qualquer alegação que sustente a sua impossibilidade sob o manto da quebra da isonomia. Ao contrário, é do Poder Judiciário a capacidade de servir como instrumento de inclusão social, pois atua de maneira direta diante das causas que alcançam as pessoas que se encontram em busca da construção de sua cidadania a partir de sua própria autonomia.

Sem dúvidas, todo o desenvolvimento de políticas de trato preferencial e diferenciado para os vulneráveis, lastreia-se na busca pela real efetivação do pensamento igualitarista. Afinal o senso de justiça não pode ser implementado – em sua mais básica das perspectivas – a partir de uma visão onde haverá a imposição de resignação para aqueles que vivem numa situação de desigualdade a qual não foi por eles provocada através do exercício de sua própria autonomia. Nesta linha de intelecção, o que se deseja é o estabelecimento de um tratamento entre todos os homens, de forma igual independentemente das limitações sociais e físicas que lhes foram impostas.

##### **4.4.1 O ideal abstrato de justiça e o trato do vulnerável**

Sustenta-se uma perspectiva segundo a qual o ideal abstrato de justiça se alcança a partir de ações positivas que não se resumem apenas à preservação dos direitos a fim de proteger a

autonomia da vontade (restaurando-se um espectro existente no liberalismo clássico), mas assegura a proteção da autonomia privada e da autodeterminação coletiva das pessoas em sua realidade grupal, defendendo o direito do cidadão de modelar a vida pública de acordo com as necessidades envolvidas. Não se trata de um simples deixar fazer de cada um, mas a garantia do respaldo ao poder fazer existente em cada indivíduo.

Em outras palavras, não é com a passividade do Poder Público quando se busca garantir o liberalismo e a igualdade formal que se conseguirá atingir o ápice protetivo buscado. Para além disso, exige-se a adoção de mecanismos interventivos por parte dos organismos estatais – principalmente do Poder Judiciário – para permitir que as pessoas se sintam livres das restrições físicas, psicológicas, evitando-se, assim, que tais desvantagens naturais resultem em desvantagens sociais.

O sistema de exclusão legal e socialmente existente interfere diretamente na relação do processo judicial. Seja sob a perspectiva de diferenças econômicas, sociais ou mesmo culturais, o fato é que as desigualdades apresentadas pela realidade podem ser responsáveis pelos desequilíbrios entre os sujeitos que participam da relação processual, configurando-se uma efetiva disparidade no que se refere à tutela dos direitos. Isso significa dizer que uma pessoa cuja vulnerabilidade seja reconhecida poderá frustrar-se quanto à busca da efetivação dos seus direitos em face à sua situação de desvantagem.

Neste sentido, conforme sustentam Mauro Capelletti e Bryant Garth<sup>317</sup>, ao restringir-se as possibilidades de reconhecimento e de proteção de qualquer dos direitos que aqueles pertencentes ao prospecto dos vulneráveis está a se afetar diretamente o direito fundamental do acesso à justiça.

Diante disso, o Poder Judiciário tem por missão essencial proteger o exercício e o gozo dos direitos fundamentais, constituindo-se como a sua última garantia. Isso implica dizer que ao exercitar o acesso à justiça, não pode o sujeito se deparar com uma situação de agravamento daquelas condições que desenham a sua vulnerabilidade perante à sociedade. Deve-se, sim, ser um ambiente formador de igualdade e de equilíbrio, sendo uma alternativa de solução aos conflitos existentes.

---

<sup>317</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 22

#### 4.4.1.1 Desestruturar para reestruturar: esse é o caminho

Ocorre que, apesar de detentor de grande lógica estruturante, a inclusão desse pensamento não passará por caminhos muito fáceis de serem alcançados. Isso porque toda base filosófica que sustenta o sistema, tanto material como processual, na atualidade, foi construído a partir de uma linha de entendimento que se vinculava com a liberdade individual de atuação dentro do seu campo de vontade. Daí afirmar-se que todo o desenvolvimento estruturante se fez a partir da defesa da autonomia da vontade do sujeito, onde o nível de intervenção institucional era mínimo, evitando-se, assim, a interferência do Poder Público diante de uma relação onde as regras de condutas já haviam sido preestabelecidas pelo acordo de vontade dos sujeitos envolvidos. Com isso, o Poder Judiciário passava a ser qualificado como uma máquina que processava sua atividade de forma indiferente, executando o quanto estabelecido no preceito abstrato da norma, sem preocupar-se com a dimensão social dos direitos ali existentes.

Porém, nos dias atuais, a percepção do Poder Judiciário deve seguir outro caminho. O sistema de exclusão deve ser afastado, fazendo com que a Justiça assuma um dos papéis de grande importância para a inclusão social. De fato, no exercício das funções que lhe são próprias, poderá desaguar num instrumento de transformação social, comprometendo-se em buscar a efetivação de um processamento mais adequado para as demandas daqueles qualificados como vulneráveis perante o todo social.

Grandes alterações foram implementadas ao longo do tempo, tendo como ápice a inserção do Estatuto da Pessoa com Deficiência no sistema jurídico brasileiro. O corte profundo em toda estrutura da consolidada teoria das incapacidades foi fundamental para a abertura de novos parâmetros para se encarar essa nova realidade filosófica. Porém, como já dito, a mera promulgação de uma lei não é suficiente para a mudança completa dos preceitos existentes.

Ao contrário: quando reconhecida sua eficácia dentro do complexo normativo pátrio, a Lei 13.146/2015 acabou por resultar na criação de pontos de instabilidade em outros institutos. Grande prova disso está na previsão da interrupção/impedimento do curso do prazo prescricional, pois, diante da modificação imposta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, se fez nascer certa incompatibilidade técnico/filosófica com os preceitos inaugurados pelo novo preceito filosófico.

Não é diante de pontos de dificuldades que deverá o pesquisador desfazer-se de sua bagagem e repousar tranquilo. Ao se deparar com a incongruência, o seu comportamento deve ser, exatamente outro: seguir a sua investigação para a busca da solução do problema apresentados, pois através de distintas estratégias e mecanismos, os operadores do direito possuem capacidade para produzir grandes soluções que resultaram na flagrante demonstração da incongruência do sistema de exclusão antes existente. Tem-se como função gerar canais para outorgar o reconhecimento de direitos àqueles que, tradicionalmente, eram excluídos tanto pela sociedade, como pelas normas jurídicas.

Partindo-se dessa perspectiva, surge questionamentos voltados para a função jurisdicional, pois o ponto central para a garantia da condição da vulnerabilidade implica a análise do ponto onde se pode chegar às medidas ou decisões judiciais adotadas pelo Poder Judicial a fim de equilibrar as desigualdades econômicas, físicas, psicológicas, econômicas, entre outras, que se apresentam na ordem social e processualmente.

Antes, porém, de dar o passo final para responder à questão que move toda esta construção, deve-se passar pela abordagem do instituto da prescrição, haja vista a sua fundamental importância na estrutura base de toda linha filosófica que ora se quer construir. Diante das alterações apresentadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, há a necessidade de abertura de um horizonte mais amplo a fim de se investigar os reflexos dela decorrência, cujo instituto da prescrição foi alvo certo, mas que, antes de tudo deve ser analisado em sua essência mais singular.



## 5. DA PRESCRIÇÃO E DAS CAUSAS QUE INTERFEREM NO SEU CURSO

### 5.1 INTRODUÇÃO

O tempo: elemento abstrato sempre cantado em versos e prosas pelos poetas e músicos. Destinatário de diversos adjetivos, é chamado de impiedoso ou mesmo de convalescente. Seja como for, o tempo está presente em tudo o que o ser humano faz<sup>318</sup>. Todas as áreas de conhecimento curvam-se à sua existência e sofrem as interferências do seu passar. Na seara médica, por exemplo, uma fração de segundo pode ser importante para salvar a vida de alguém. O mesmo pode ser dito na engenharia, pois as estruturas construídas devem resistir ao tempo.

Não poderia ser diferente com o mundo jurídico. Neste universo, o tempo geralmente é encarado como fator preponderante. O lapso temporal que se é utilizado para o processamento de um processo; a duração da pena do condenado e o momento da sua progressão; ou mesmo a velocidade que o perdedor cumpre uma decisão judicial, são apenas poucos dos exemplos que envolvem a questão do tempo dentro do mundo das leis e dos processos. Porém, o tempo somente interessa ao mundo do direito quando produz efeitos aos interesses dos indivíduos.

Na clássica histórica do Náufrago<sup>319</sup>, o ator americano Tom Hanks, após um acidente aéreo, passou a viver solitário numa ilha. Apesar de elaborar um outro “ser” a partir do desenho de um rosto feito numa bola de vôlei, não havia mais ninguém para interagir com o personagem. Sendo assim, neste caso, o tempo não era algo que interessasse, porquanto, não haveria qualquer significado para o direito. Aliás, neste exemplo específico, não haveria nem porque existir normas para regular o convívio, pois ausentes indivíduos para interagir e, com isso, possuir interesses conflitantes.

A ideia de tempo está, desde há muito, vinculada ao indivíduo e, conjuntamente com as múltiplas relações sociais, pode acarretar em reflexos seja no âmbito patrimonial ou existencial do sujeito. Isso acaba por resultar na sua utilização como um referencial que auxilia na compreensão de diversos fenômenos da sociedade. Não é por outro motivo que se ensina nas

---

<sup>318</sup> Segundo Arnaldo Rizzardo: “A grande angústia humana está na confluência ou limitação de tudo o que existe no mundo corpóreo e temporal. Por mais que se aperfeiçoe, o ser humano nunca transcenderá o tempo. A sua finitude revela-se com o passar dos dias.” (RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 15 ed Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 585)

<sup>319</sup> DreamWorks SKG / 20th Century Fox - Cast Away (Náufrago) 2000.

faculdades de direito a necessidade de se realizar uma interpretação histórica para que se tenha o conhecimento da *means legislatore* que justificou a elaboração, ou mesmo a aplicação, de determinada norma. Abordar um fenômeno dissociado do seu tempo é mutilar sua compreensão ampliada, restringindo-o a um ponto específico que, certamente, não alcançará o significado efetivamente desejado.

O Direito, como um ramo do conhecimento destinado à regulamentação das relações sociais, ousou em estabelecer que o tempo jurídico seria formado de modo diverso do tempo físico, por assim dizer. No mundo paralelo das normas, o transcurso do tempo poderá somar-se de fatos e fatores inexistentes quando se despe das vestimentas de um jurista para adentrar ao universo de outras áreas do intelecto humano. Isto porque, enquanto o tempo, ora qualificado como físico, transcorre de modo intermitente e retilíneo, no âmbito das relações jurídicas estritas, esse mesmo tempo poderá sofrer critérios de suspensão ou interrupção.

A lei 13.105/2015 instituiu um Novo Código de Processo Civil no direito brasileiro e pode ser utilizado como fiel exemplo dessa diversidade mencionada anteriormente. Os prazos processuais – hipótese mais fácil de ser observada – iniciam-se no dia útil posterior à sua publicação<sup>320</sup>, o que significa a imposição de um atraso no início do tempo jurídico, pois, cirurgicamente, já houve o conhecimento da decisão desde a divulgação no dia útil anterior. Além disso, iniciado o lapso temporal, este será suspenso quando o dia não for qualificado como útil, ou seja, finais de semanas e feriados não haverá a contagem, o que resulta num tempo jurídico ocupando um espaço maior quando comparado a ao físico<sup>321</sup>. Sendo assim, quinze dias para recorrer, nem sempre equivalerão aos quinze dias reais, pois maior será o lapso daquele primeiro em face deste último.

Porém, não será sempre que essa disparidade acontece. De qualquer modo, seja numa ou na outra hipótese, o fato é que o tempo tem grande importância para as relações jurídicas e o direito adota, em muitos casos, critérios próprios para o seu transcurso.

---

<sup>320</sup> Art. 224, CPC/15. Salvo disposição em contrário, os prazos serão contados excluindo o dia do começo e incluindo o dia do vencimento. § 1º Os dias do começo e do vencimento do prazo serão protraídos para o primeiro dia útil seguinte, se coincidirem com dia em que o expediente forense for encerrado antes ou iniciado depois da hora normal ou houver indisponibilidade da comunicação eletrônica. § 2º Considera-se como data de publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico. § 3º A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação.

<sup>321</sup> Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

## 5.2 O TEMPO, A AQUISIÇÃO (OU PERDA) E O DIREITO (OU A PRETENSÃO)

O “controle” do tempo feito pelo Direito demonstra que esta abstração é vista pelo sistema como detentora de força capaz de resultar na aquisição ou perda de direitos/preensão. Poderá, sem sombra de dúvidas, interferir, diretamente, na esfera das obrigações de cada um dos indivíduos que compõem a sociedade, tornando-se, portanto, uma prerrogativa juridicamente tutelável, pois adequa-se aos âmbitos tanto do direito material quanto do direito processual<sup>322</sup>.

---

<sup>322</sup> Há no direito brasileiro previsão atinente à denominada prescrição intercorrente. Muito comum no direito penal – previsão expressamente constante no art. 110, § 1º do Código Penal Brasileiro: “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”, cujo teor foi alterado pela Lei 12.234/2010 – e no direito tributário, o tema da prescrição intercorrente também encontrou alicerce no Código de Processo Civil.

O diploma revogado nada tratava acerca do tema, sendo reinante a Enunciado nº 150 da Súmula do STF que deverá ser verificada para tais hipóteses, pois assim afirma: “Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação.” A partir deste entendimento, os tribunais pátrios palmilhavam no sentido de reconhecer a possibilidade de ocorrência da prescrição intercorrente para os casos de execução. Porém, este entendimento sumulado era alvo de críticas na medida em que o início do prazo prescricional na execução somente ocorria após a ciência por parte do executado, o que possibilitava a adoção de comportamentos furtivos no curso da demanda.

Com a promulgação da Lei 13.105/2015 houve o tratamento da matéria diretamente no texto legal. Nele, resta estabelecido em seu art. 921, § 1º que quando a execução for suspensa por conta da ausência de bens penhoráveis, também o será a prescrição durante o prazo de um ano, momento em que, após o seu transcurso, começará a fluir a prescrição intercorrente nos moldes estabelecidos pelo seu § 4º, desde que não haja manifestação do exequente durante este período.

Neste sentido, inclusive é o entendimento consolidado pela Terceira Turma do STJ que mesmo antes da entrada em vigor do CPC/15, mas durante a sua *vacatio* alterou o entendimento anteriormente dominante durante muitos anos para reconhecer a possibilidade de suspensão da prescrição intercorrente, mesmo sem a intimação outrora exigível. Neste sentido, o Min. Paulo de Tarso, relator do Resp. 1.522.092/MS afirmou, expressamente, em seu voto que: “A intimação para dar andamento ao feito, mencionada nos precedentes supracitados, diz respeito à extinção do processo por abandono da causa pelo prazo de 30 dias, conforme previsto no artigo 267, inciso III, do Código de Processo Civil[1973], hipótese que não depende da ocorrência de prescrição, como já alertava o Ministro Eduardo Ribeiro, nos primeiros julgados desta Corte sobre o tema. Como a extinção pelo artigo 267, inciso III, não depende da ocorrência de prescrição, infere-se que a jurisprudência atual ou rejeita a tese da prescrição intercorrente na execução, ou a subordina à caracterização processual do abandono da causa, criando assim uma hipótese *sui generis* de prescrição.

Uma consequência indesejável desse entendimento é a possibilidade de pretensões executórias subsistirem indefinidamente no tempo, não obstante a inércia da parte interessada. Essa consequência, a meu juízo, não pode ser admitida com tamanha amplitude, pois atenta contra o objetivo principal do sistema jurídico, que é a pacificação dos conflitos de interesse. Como é cediço, o instituto da prescrição tem por fundamento a segurança jurídica proporcionada às relações jurídicas, fulminando a pretensão pelo transcurso do tempo associado à inércia do credor. Esse objetivo de pacificação social não parece ser compatível com o prolongamento indefinido de pretensões executórias ao longo do tempo” (**RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. INÉRCIA DO EXEQUENTE POR MAIS DE TREZE ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. SÚMULA 150/STF. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ**). 1. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. “Prescreve a execução no mesmo prazo da prescrição da ação” (Súmula 150/STF). 3. “Suspende-se a execução: [...] quando o devedor não possuir bens penhoráveis” (art. 791, inciso III, do CPC). 4. Ocorrência de prescrição intercorrente, se o exequente permanecer inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado. 5. Hipótese em que a execução permaneceu suspensa por treze anos sem que o exequente tenha adotado qualquer providência para a localização de bens penhoráveis. 6. Desnecessidade de prévia intimação do exequente para dar andamento ao feito. 7. Distinção entre abandono da causa, fenômeno processual, e prescrição, instituto de direito material. 8. Ocorrência de prescrição intercorrente no caso concreto. 9.

Em qualquer destes dois ramos, o tempo ocasionará em ingerências na eficácia das relações sociais.

Decorrência direta da viabilidade da aquisição de direitos e da perda deles, ele é capaz de provocar a consolidação de uma situação factual. Ainda que se trate de um comportamento inicialmente previsto como contrário aos anseios do legislador, o sistema acolhe a estabilização daquela hipótese fática, mediante o transcurso de determinado lapso temporal<sup>323</sup>.

A hipótese do negócio jurídico praticado pelo absolutamente incapaz é uma das demonstrações do efeito do tempo no direito. Conforme já mencionado ao longo do trabalho, o Direito Civil brasileiro sempre apresentou uma graduação para a percepção da capacidade de exercício. Ao contrário do que ocorre com a capacidade de direito, inerente ao indivíduo, a de fato apenas se constrói em sua plenitude quando alcançada a maioridade e quando a pessoa, ainda neste caso, não se encaixe em nenhuma das hipóteses previstas na legislação.

Em caso contrário, haverá a submissão do indivíduo à imposição legal que lhe retira parcialmente a sua capacidade. Encontrando-se o sujeito submetido às hipóteses previstas no art. 4º do Código Civil, será considerado como relativamente capaz, o que significa dizer que seus atos somente terão a validade reconhecida quando praticados mediante assistência de terceira pessoa nomeada judicialmente. Ocorre, porém, que a ausência de curador não resultará em maiores prejuízos para a coletividade, pois, como dito, o praticante possui discernimento, ainda que reduzido, para atuar na vida civil. Diante disso, o vício que macula sua conduta desprovida de assistência é a anulabilidade, de menor gravidade quando comparado com a

---

Entendimento em sintonia com o novo Código de Processo Civil. 10. Revisão da jurisprudência desta Turma. 11. Incidência do óbice da Súmula 7/STJ no que tange à alegação de excesso no arbitramento dos honorários advocatícios. 12. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1522092/MS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 13/10/2015) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 13 jan. 2017)

<sup>323</sup> No que se refere à consolidação da situação jurídica com o transcurso do tempo, não se pode esquecer de utilizar a situação da usucapião como exemplo incontestado de tal situação. Isso porque, o instituto da usucapião trabalha, exatamente, com a questão do transcurso do prazo e a subsequente consolidação da situação jurídica por parte do possuidor. Independentemente da modalidade de usucapião e do bem envolvido (deve-se lembrar que nos casos da usucapião de bens imóveis, o sistema jurídico prevê seis hipóteses – extraordinário, ordinário, especial urbano individual, especial urbano coletivo, rural e familiar – enquanto que para os bens móveis, serão duas espécies – extraordinário e ordinário) haverá a questão o tempo. Para algumas situações exige-se um prazo maior, enquanto que, para outras, em razão de um aglomerado de requisitos mais amplo, o prazo será reduzido. Porém, seja em qualquer das hipóteses, a usucapião será a consolidação do *status* de proprietário para o possuidor que exercer este direito de forma, basicamente (haja vista que há outros requisitos), contínua e sem objeção, durante determinado lapso temporal.

nulidade decorrente da atuação dos menores de dezesseis anos, hoje a única hipótese de incapacidade absoluta aceita pelo sistema.

A invalidade que atinge esse ato jurídico praticado pelo relativamente incapaz se consolidará ao longo do tempo. O próprio direito civil que retira, parcialmente, a autonomia do sujeito de direito no que se refere ao seu exercício, aponta a possibilidade de uma espécie de “validação tácita” caso não haja impugnação do mesmo dentro de determinado lapso temporal legalmente previsto.

O transcorrer do tempo é fator de influência incontestável no mundo jurídico. Tanto no âmbito da aquisição, quanto da perda do direito, o passar dos dias, meses ou anos gerará consequências para os indivíduos da relação travada. Seja para o credor que terá extinta a possibilidade de alcançar uma resposta meritória à sua demanda, seja ao devedor que se exonerará da viabilidade de experimentar uma imposição judicial para cumprimento de uma obrigação de fazer, a prescrição – no caso na sua modalidade extintiva – é instituto merecedor de demasiada atenção tanto no âmbito teórico quando no seu aspecto prático.

### 5.3 ASPECTOS HISTÓRICOS DA PRESCRIÇÃO

Portanto, diante do quanto mencionado, é possível perceber que o tempo exerce grande influência dentro do universo jurídico. Ele, na realidade, caminha em paralelo com o perfil de aquisição e extinção de direitos, sendo peça fundamental, inclusive a administração do Poder Judiciário e na garantia da eficácia da decisão judicial. O passar do tempo, apesar de sua característica abstrata cogente, materializa-se nos reflexos aceitos pelo sistema de normas, com, inclusive, sua administração de forma particular às relações sociais.

Ao realizar um voo panorâmico sobre a Ciência do Direito é possível perceber que um dos primeiros caminhos para a compreensão dos fenômenos jurídicos é a ideia de uma subdivisão dos direitos positiva e principiologicamente previstos em campos subjetivos e objetivos. A partir do estabelecimento destes pilares, ergue-se a organização do complexo de direitos e deveres inerente aos indivíduos, sempre respeitando as esferas objetivas e existenciais do sujeito.

Independentemente de qual seara se aborda, o tempo é elemento de grande influência na configuração dos direitos. Não se trata do transcurso real do tempo, mas, sim, de criação do legislador que estabelece um determinado ritmo de averiguação e adequação do comportamento fático à aquisição ou à perda de determinado direito. Na realidade, trata-se da adequação do acontecimento social à realidade juridicamente regulada e, como tal, urgente pela necessária estabilização dos conflitos dela decorrentes.

Não por outro motivo que o instituto da prescrição, assim como o da decadência, assume a missão de regular a relação jurídica<sup>324</sup>, estabelecendo um marco limítrofe dentro de um espaço temporal desejado pelo legislador como hábil ao exercício do direito de ação ou do próprio direito em si<sup>325</sup>. Os reflexos, portanto, alcançam diversas áreas jurídicas. Não apenas no aspecto privatista, mas em ramos voltados ao tradicional segmento do ramo público, como, por exemplo, o direito administrativo e tributário, experimentam a regulação do transcorrer do tempo nas relações jurídicas<sup>326</sup>.

Os estudos doutrinários apontam para o direito constante na Roma antiga<sup>327</sup> como o ponto do nascedouro da teoria da prescrição. Foi com a promulgação da *Lex Aebutia*, por volta do ano 520, que o *Praetor* teve assegurada a possibilidade de estabelecimento de prazos específicos para a criação de ações que não estivessem previamente estabelecidas pelo direito, demandas estas que foram denominadas de ações temporárias. Estas, contrapunham-se às chamadas ações

---

<sup>324</sup> Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “Concretamente, a prescrição e a decadência enquadram-se na categoria dos fatos jurídicos (em sentido estrito) ordinários. É que, como visto alhures, um dos fenômenos produzidos pelo decurso do tempo é a consolidação (aquisição) ou a extinção (perda) de situações jurídicas, evidenciando a importância prática e teórica do tema” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. rev. amp. atual. Vol. 1. 15 ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 712)

<sup>325</sup> Quando se trata da análise semântica da expressão “prescrição” toda doutrina aponta para os estudos de Câmara Leal que através dos ensinamentos de Quicherart afirma que a palavra “prescrição” decorre de “*paescriptio*” que, por sua vez, é originário do verbo “*praescribere*” – *prae* e *scribere* – que, por sua vez, significa escrever antes ou escrever no começo. Por sua vez, a expressão “decadência” tem origem francesa, cuja raiz decorre do latim *cadere* que significa cair, ou perder.

<sup>326</sup> Em atenção ao quanto mencionado por Carlos Augusto dos Santos Farias, “Aliás, essa tradicional separação do Direito em público e privado, de origem romana, nos dias atuais tem contribuído para gerar infundáveis discussões, em especial aquelas derivadas de particularidades que ensejam reforçar a autonomia de cada um desses conhecidos ramos do Direito. E a respeito dessa autonomia, por vezes se constata que a discussão induz o intérprete à apostasia da inegável interdependência existente no “Direito”. Sobram pois, notórios argumentos para concluir que a unicidade do Direito não se desfigura pela simples dispersão de seus preceitos públicos. E esse é precisamente o caso da prescrição. O fato de a matéria prescricional se encontrar disciplinada em Código que regula a atividade privada, conforme o já consagrado na doutrina e jurisprudência, não é suficiente para negar o seu intrínseco caráter público que a ‘todos’ subordina. Há de se manter a distinção de que no Direito Civil encontra-se a ‘regra geral’; e, em caráter ‘excepcional’, tem-se as regras no direito Penal, direito Comercial e outras leis esparsas (FAIAS, Carlos Augusto dos Santos. *Prescrição no direito administrativo*. Revista de Informação Legislativa: Brasília, n. 128, out/dez, 1995, p. 34)

<sup>327</sup> CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 4

perpétuas que se encontravam localizada no Direito Quiritário<sup>328</sup> e, em caso de omissão na atuação por parte do titular do direito no prazo determinado, resultava em extinção da possibilidade jurídica de judicialização da demanda. Diante disso, afirmam os estudiosos do tema que este seria a semente para o que atualmente se denomina de prescrição.

Em face do seu momento inicial ter sido voltado exclusivamente para o trato das relações privadas – haja vista que o que hoje se denomina de direito público, praticamente, era inexistente – a prescrição desenvolveu-se dentro do direito civil/comercial, irradiando-se para os demais ramos com a evolução das relações sociais e a mutação da sua percepção filosófica ao longo dos anos. Certamente, por conta desta questão é que ainda se percebe a prescrição muito no âmbito do direito privado, porém, não se pode esquecer a sua incidência e o desenvolvimento de estudos mais aprofundados que se destinam a outros ramos, ou seja, naqueles em que o Estado figura como sujeito ativo ou passivo.

#### 5.4 OS ELEMENTOS CONSTRUTIVOS DA PRESCRIÇÃO

Ainda sob influência de sua origem, a prescrição se desenvolveu como um fenômeno extintivo e sua consolidação perpassou, basicamente, por quatro elementos, cujo início se deu a partir da existência de uma pretensão passível de ser exercitável, denominada de *actio nata*<sup>329</sup>. Diante da

<sup>328</sup> Direito quiritário era o direito destinado aos cidadãos romanos, pois a expressão *quiritis* era o nome conferido ao antigo cidadão romano.

<sup>329</sup> Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosendal, a teoria da *actio nata* representa a evolução dos estudos referente à prescrição. Isso porque, conforme deduzem os mencionados autores, a prescrição deverá ter início não do direito ofendido propriamente dito, mas, sim, do conhecimento por parte do seu titular da agressão sofrida. Sendo assim, “a boa-fé é prestigiada de modo mais vigoroso, obstando que o titular seja prejudicado por não ter tido conhecimento da lesão que lhe foi imposta. Até porque, e isso não se põe em dúvida, é absolutamente possível afrontar o direito subjetivo de alguém sem que o titular tenha imediato conhecimento.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. rev. amp. atual. Vol. 1. 15 ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 720)

Neste mesmo sentido, é a posição do STJ, conforme se observa do precedente em destaque: **ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO DECRETO 20.910/1932. COISA JULGADA TRABALHISTA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE TUTELA COLETIVA TRABALHISTA. TEORIA DA ACTIO NATA. INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA VIOLAÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO E DA EXTENSÃO DE SUAS CONSEQÜÊNCIAS. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE LIMITA A EXECUÇÃO NOS AUTOS TRABALHISTAS COMO TERMO INICIAL. I - Trata-se de ação ordinária que busca o cumprimento de provimento jurisdicional concedido em ação trabalhista ajuizada por Sindicato, com trânsito em julgado em 5/10/2009, que determinou o pagamento aos filiados do reajuste de 41,7% sobre a parcela de Adiantamento Pecuniário (PCCS), concernente ao período entre janeiro e outubro de 1988. II - Com relação ao termo inicial da prescrição, deve ser observada, in casu, a teoria da *actio nata*, em sua feição subjetiva, pela qual o prazo prescricional deve ter início a partir do conhecimento da violação ou da lesão ao direito subjetivo. III - O direito subjetivo em questão não diz respeito à matéria de fundo discutida na ação trabalhista, mas sim ao direito de executar individualmente a tutela coletiva deferida. IV - A violação de tal direito ocorre a partir do momento em que não há o cumprimento espontâneo pela União do acórdão trabalhista**

ofensa ao direito ou da perseguição para imposição de cumprimento de um dever, surge para o indivíduo a possibilidade de acionar judicialmente outra pessoa para que adimpla com suas obrigações, ou que restitua ao *status quo ante* o direito ofendido. Assim como o ciclo da vida, o direito de ação que nasce a partir da irresignação do sujeito em cumprir voluntariamente aquilo que lhe é imposto ou acordado, ou mesmo de indenizar pelo prejuízo causado findar-se-á após o transcurso de determinado lapso temporal.

O estabelecimento de marcos regulatórios entre o nascimento do direito de ação e sua extinção, é de fundamental importância para a manutenção da estabilidade e da confiança no sistema de normas vigentes sobre a sociedade. A permissibilidade permanente para o ingresso no Poder Judiciário nestes casos é tão prejudicial para o convívio social como seria a sua restrição. Afinal, ninguém poderá ser compelido a permanecer sob a evidência de ter contra si uma demanda judicial *ad eternum*.

A manutenção deste *status* de judicialização permanente causaria forte instabilidade no trato social, principalmente pela possibilidade de se tornar dificultosa a produção probatória diante do passar do tempo. Alcançaria diretamente o âmago do princípio da ampla defesa, pois o indivíduo que tivesse contra si a demanda teria seu direito de defesa afetado em face da escassez probatória resultante da demora no início do exercício do direito de petição pela parte *ex adversa*.

Tanto assim que, uma vez exercitado este direito de ingresso ao Poder Judiciário para resolução de seu conflito, o transcurso do prazo extintivo será interrompido a partir do momento em que o julgador determinar a citação do réu<sup>330</sup>. Esta linha de entendimento percorre, também, outros diplomas específicos, extrapolando o âmbito das relações privadas, como ocorre, por exemplo, com a lei de execução fiscal que impõe como ponto interruptivo para o transcurso da prescrição

---

transitado em julgado; entretanto, a ciência inequívoca acerca de sua extensão somente ocorre com a decisão que limitou a execução das diferenças na Justiça do Trabalho ao mês de dezembro de 1990, a qual foi proferida em 12/9/2011. V - O prazo prescricional a ser observado é o previsto no art. 1º do Decreto 20.910/1932, não sendo cabível sua redução pela metade, uma vez que o direito à execução individual da tutela coletiva teve início em 12/9/2011. VI - No mesmo sentido acima: REsp 1,600.845/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 6.10.2016, pendente de publicação. VII - Agravo interno improvido. (AgInt no REsp 1620076/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 13 jan. 2017)

<sup>330</sup> Esta é a inteligência do quanto constante no art. 202, I que afirma que a prescrição será interrompida “por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;”



a ordem citatória do executado<sup>331</sup>. A inércia do agente ativo quanto ao seu exercício do direito de agir através da propositura de demanda judicial para sanar ofensa por ele sofrida – ou por terceiros em casos específicos legalmente previstos – resulta na construção da consumação do instituto da prescrição.

#### **5.4.1 Consumada a prescrição, preservado o direito, porém fulminada a pretensão**

Vale lembrar, desde já, que a pretensão não deve ser confundida com o direito propriamente dito. Isso porque, o direito ofendido, ou a obrigação, resultado do ato perpetrado, continuará a existir, porém, a partir da consolidação do lapso temporal, haverá a perda da possibilidade de buscar a imposição de coação jurídica para o seu cumprimento. Há, na realidade, a perda do direito de ação em seu sentido material, pois pensar de forma diversa, a justificar o alcance à seara processual deste direito, seria colidir frontalmente com o princípio do amplo acesso à justiça, o que deve ser rechaçado de pronto.

Preserva-se o direito de ação em seu sentido subjetivo, e, conforme entendimento de Maria Helena Diniz, “não extingue o direito, gera a *exceção*, técnica de defesa que alguém tem contra quem não exerceu, dentro do prazo estabelecido em lei, sua pretensão.”<sup>332</sup> Será mantido hígido o direito de ação no sentido processual, ou seja, não se poderá falar em óbices ao acesso à justiça. Aquele cujo direito foi consumido pela prescrição poderá se dirigir ao Poder Judiciário para pleiteá-lo. Ocorre que, identificada a sua ocorrência, poderá o réu arguir a prescrição em

---

<sup>331</sup> A lei de execução fiscal - 6830/80 - estabelece em seu art. 8º, § 2º que “o despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição”. O comportamento do legislador neste caso específico assemelha-se àquele adotado para o tratamento genérico constante no Código Civil de 2002, porém, nem sempre o percurso seguido foi neste sentido. Isso porque até a promulgação da Lei Complementar 118 o art. 174 do Código Tributário Nacional previa que a interrupção da prescrição para cobrança de créditos tributários somente ocorreria com a citação válida. Diante desta previsão normativa, havia grande número de eventos onde o prazo prescricional se consolidava por manobras do próprio devedor fiscal, ou por efetiva desorganização cadastral do ente público exequente. Em diversos momentos não se realizava a citação válida do executado dentro do prazo legalmente previsto, inclusive, por mora do próprio Poder Judiciário na realização do ofício que lhe é competente. A morosidade da máquina da Judicial fazia com que o próprio Estado viesse a experimentar prejuízos por conta da impossibilidade de cumprimento pleno dos processos executivos ante a ausência de realização da citação válida do sujeito passivo da demanda. Tanto assim, que o STJ consolidou entendimento nos idos de 1994, portanto antes da alteração provocada pela LC 118/2005, através do enunciado sumular de nº 106 que “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.”

<sup>332</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil*. Vol 1. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.436.

sede de preliminar de defesa<sup>333</sup>, ou mesmo o magistrado deverá reconhecê-la *ex officio*<sup>334</sup>, o que resultará, em qualquer dos casos, na prolação de sentença de mérito, com a consequente formação da coisa julgada material<sup>335</sup>.

<sup>333</sup> No caso, o réu arguirá a *exceção* de prescrição que se trata de um meio de defesa indireta onde não haverá menção quanto ao direito propriamente dito. Não se falará nada acerca do mérito da demanda contra si movimentada pelo autor. O que busca o réu, na realidade, é a mera neutralização da demanda, sem que haja a negativa do quanto afirmado pelo sujeito ativo da demanda.

<sup>334</sup> A possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição se refere a uma alteração relativamente recente no direito processual. Mediante inovações trazidas pela Lei 11.280/2006, o Código Civil sofreu a revogação do art. 194, o que autorizou o reconhecimento *ex officio* da prescrição, hipótese somente cabível para casos em que figurassem pessoas absolutamente incapazes. Esse mesmo texto de lei, também, modificou o art. 219, § 5º do CPC/73 permitindo que o magistrado se pronunciasse sem provocação das partes acerca da prescrição. O Novo Código Civil – Lei 13.105/2015, manteve esta mesma linha de raciocínio quando trouxe no texto do art. 487m II que indica a possibilidade de reconhecimento por parte do magistrado da prescrição, sem que ocorresse a provocação da parte ré. Aliás, esta postura do Código vigente é de tal forma aderente à linha de raciocínio, que o art. 332, § 1º, também se dedica ao tema, sustentando a possibilidade de julgamento improcedente liminar quando “o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.”

Neste sentido, é a jurisprudência do STJ: **RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. INÉRCIA DO EXEQUENTE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. ATO PROCESSUAL ANTERIOR AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA. NECESSIDADE DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DO EXEQUENTE PARA DAR ANDAMENTO AO FEITO PARA INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL.** 1. A prescrição intercorrente ocorre no curso do processo e em razão da conduta do autor que, ao não prosseguir com o andamento regular ao feito, se queda inerte, deixando de atuar para que a demanda caminhe em direção ao fim colimado. 2. No tocante ao início da contagem desse prazo na execução, vigente o Código de Processo Civil de 1973, ambas as Turmas da Seção de Direito Privado sedimentaram a jurisprudência de que só seria possível o reconhecimento da prescrição intercorrente se, antes, o exequente fosse devidamente intimado para conferir andamento ao feito. 3. O Novo Código de Processo Civil previu regramento específico com relação à prescrição intercorrente, estabelecendo que haverá a suspensão da execução "quando o executado não possuir bens penhoráveis" (art. 921, III), sendo que, passado um ano desta, haverá o início (automático) do prazo prescricional, independentemente de intimação, podendo o magistrado decretar de ofício a prescrição, desde que, antes, ouça as partes envolvidas. A sua ocorrência incorrerá na extinção da execução (art. 924, V). 4. O novel estatuto trouxe, ainda, no "livro complementar" (arts. 1.045-1.072), disposições finais e transitórias a reger questões de direito intertemporal, com o fito de preservar, em determinadas situações, a disciplina normativa já existente, prevendo, com relação à prescrição intercorrente, regra transitória própria: "considerar-se-á como termo inicial do prazo da prescrição prevista no art. 924, inciso V [prescrição intercorrente], inclusive para as execuções em curso, a data de vigência deste Código" (art. 1.056). 5. A modificação de entendimento com relação à prescrição intercorrente acabaria por, além de surpreender a parte, trazer-lhe evidente prejuízo, por transgredir a regra transitória do NCPC e as situações já consolidadas, fragilizando a segurança jurídica, tendo em vista que o exequente, com respaldo na jurisprudência pacífica do STJ, estaria ciente da necessidade de sua intimação pessoal, para fins de início do prazo prescricional. 6. Assim, seja em razão da segurança jurídica, seja pelo fato de o novo estatuto processual estabelecer dispositivo específico regendo a matéria, é que, em interpretação lógico-sistemática, tem-se que o atual regramento sobre prescrição intercorrente deve incidir apenas para as execuções ajuizadas após a entrada em vigor do CPC/2015 e, nos feitos em curso, a partir da suspensão da execução, com base no art. 921. 7. Na hipótese, como o deferimento da suspensão da execução ocorreu sob a égide do CPC/1973 (ago/1998), há incidência do entendimento jurisprudencial consolidado no sentido de que não tem curso o prazo de prescrição intercorrente enquanto a execução estiver suspensa com base na ausência de bens penhoráveis (art. 791, III), exigindo-se, para o seu início, a intimação do exequente para dar andamento ao feito. 8. Recurso especial provido. (REsp 1620919/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 14/12/2016) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 13 jan. 2017)

<sup>335</sup> Cristiano Chaves e Nelson Rosendal apresentam posicionamento contrário à possibilidade de reconhecimento *ex officio* da prescrição, pois, segundo os mencionados autores, se trata de um direito eminentemente privatista e, portanto disponível, pois relacionada aos direitos patrimoniais. Neste sentido, afirmam que: “não se pode deixar de pontuar o lastimável equívoco do legislador em permitir que seja ela reconhecida *ex officio* pelo juiz. Independentemente de qualquer justificativa com base na economia e celeridade processuais, é certo que a sua

Extingue-se a pretensão – em seu sentido material – com base no interesse social de cessação da manutenção de qualquer viabilidade de conflitos jurídicos durante longo período de tempo. Por conta disso, qualifica-se a prescrição como sendo norma de ordem pública, haja vista que o interesse ali defendido ultrapassa a dos limites dos particulares para alcançar uma amplitude muito maior, haja vista o interesse da coletividade envolvida acerca da manutenção da paz social.

Porém, sendo o direito pertencente ao seu titular, este não poderá ser punido com a sua extinção apenas porque não agiu imediatamente perante o Poder Judiciário contra o agente ofensor. O exercício eficaz do direito de ação deve ser desprovido da imposição ordinária de urgência, pois, assim como a manutenção da perpetuidade dificultaria a produção probatória, a restrição à contemporaneidade também ofenderia o direito do autor em produzir e catalogar as provas que achar necessárias ao convencimento do julgador quanto ao seu pleito. Portanto, ao afirmar que a exigência da reação imediata pode resultar na ofensa ao princípio constitucional do amplo acesso à justiça, chancela-se a ideia de que o sistema aceita, em certa medida, o comportamento omissivo do titular da demanda.

Esse período, que pode ser considerado como de reflexão, é inerente ao titular do direito de ação. Trata-se de lapso temporal onde haverá a maturação quanto à real necessidade de propositura da demanda, ou, como mencionado, um período hábil para a colheita de provas que fundamentarão, de forma consistente, a futura demanda. Em outras palavras, o tempo de inércia conferido pelo ordenamento ao pretense sujeito ativo da demanda é mecanismo que assegura, sem sombra de dúvidas, a manutenção da integridade do amplo acesso à justiça.

#### 5.4.1.1 A prescrição e sua arguição em sede de exceção

Assim como não poderia o réu se submeter à perpetuidade de uma provável demanda judicial contra si, o lado reverso da moeda também é inquestionável: o ordenamento não poderia

---

natureza privada e disponível não justificam o seu conhecimento de ofício. Todavia, com a redação do art. 487, II do Código de Processo Civil de 2015 as dúvidas restam dissipadas, não sem uma evidente estranheza, restando assentado que, realmente, o magistrado pode, *motu próprio*, conhecer a prescrição, apesar de estar, comisso, se imiscuindo em uma relação nitidamente privada (patrimonial).

Aliás, convém notar que o fato de ter o Código de Processo Civil permitido ao magistrado conhecer, *ex officio*, a prescrição não importou em alteração de sua natureza privada.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. rev. amp. atual. Vol. 1. 15 ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 719)

conferir ao titular da demanda o direito de permanecer estático à viabilidade de um processo por período indefinido. Isso significa dizer que apesar de aceitar a permanência omissa do sujeito ativo da demanda, tal permissibilidade terá seu prazo de tolerância estabelecido por lei. Esta é uma maneira de dar conhecimento ao titular do direito de ação de que o seu acesso à justiça está assegurado, ainda que não reaja de forma imediata, mas que também o congelamento da adoção de comportamento que se espera com a provocação do Poder Judiciário resultará no reconhecimento por parte do Estado de que restou adotada uma postura de desistência, o que significa ao sujeito passivo a liberdade quanto ao temor de submissão à uma ordem judicial impositiva contra si.

Portanto, como a ninguém caberá alegar desconhecimento da lei, o direito estampa em dispositivos normativos o período aceito quanto ao comportamento omissivo do agente. Este é o terceiro elemento básico configurador da prescrição: a possibilidade de o sujeito não exercer o seu direito durante um lapso temporal legalmente reconhecido. A prescrição configura-se, diante disso, como um fato jurídico, por ser formar não necessariamente com os mesmos conformes de um ato ou de um negócio jurídico<sup>336</sup>. Estabelece-se a partir de um complexo suporte fático que envolve o transcurso do tempo, a inércia humana e da titularidade de uma situação jurídica passível de ser exercitada judicialmente.

Chancela o art. 190, do Código Civil, que “a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão”. Apesar o reduzido texto legal, sua importância é fundamental no sentido de demonstrar que em face da defesa também será reconhecida a limitação temporal para arguição.<sup>337</sup> Analisando de forma bastante primária a relação processual, verifica-se a existência de um polo ativo que oferta a demanda em face daquele(s) que compõe(m) o seu lado passivo que, por sua vez, deverá apresentar uma resistência. Assim como os argumentos de acusação deverão ser levados ao Poder Judiciário lastreados entre os limites estabelecidos pela prescrição, a defesa também se comportará da mesma forma.

---

<sup>336</sup> Para tanto, adota-se o posicionamento de Marcos Bernardes de Melo, que, inspirado em Pontes de Miranda afirma que o fato jurídico decorre da completa conexão entre a norma jurídica e um suporte fático específico. Em outras palavras, seria fato jurídico quando a ocorrência da realidade cotidiana estivesse em conformidade com o que foi abstratamente previsto na norma. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2008)

<sup>337</sup> O Conselho da Justiça Federal, na V Jornada de Direito Civil, estabeleceu enunciado de nº 415 cujo texto afirma: “o art. 190 do Código Civil refere-se apenas às exceções impróprias (dependentes/não autônomas). As exceções propriamente ditas (independentes/autônoma) são imprescritíveis”

Enquanto ainda presente a pretensão, também estará vivo o direito de propositura da exceção, nos termos do dispositivo mencionado, afinal, a defesa somente poderá ser exercitada quando houver uma demanda judicial para se fazer valer o direito ofendido. A defesa não perderá sua eficácia enquanto existente o direito de ação, mesmo que não esteja em exercício.<sup>338</sup>

#### 5.4.1.2 A prescrição e sua exigência de disposição no texto legal

Aliás, por falar em ato ou fato previsto na norma, o direito também elenca hipóteses em que diante da sua ocorrência, acarretaria em consequências ao transcurso normal do prazo prescricional. Tratam-se de situações construídas sob o lastro legal em que diante da sua concretização, a prescrição seria ou interrompida ou suspensa, a depender da importância conferida pelo legislador ao acontecimento. O Código dedica, especificamente, duas seções ao trato da matéria – Seção II e Seção III – dentro do capítulo referente à normatização da prescrição, intitulando-as de “causas suspensivas”, “causas interruptivas” e “causas impeditivas” da prescrição.

Diante da ocorrência de qualquer delas, o prazo prescricional experimentará comportamentos diferenciados. Nas situações elencadas como causas interruptivas, seu transcurso sofrerá com a plena desconsideração do período já em curso, retornando a contagem ao marco inicial, assim que se findar o fato gerador para tanto. Por sua vez, naquelas consideradas como causas suspensivas, a ingerência Estatal sobre a prescrição não será de forma tão agressiva, pois, respeitará todo o tempo já transcorrido, mantendo-o incólume, mesmo com a ocorrência da hipótese legalmente prevista. Nestes casos, haverá o bloqueio apenas quanto à continuidade da

---

<sup>338</sup> Sobre o tema, lembra Yussef Said Cahali que no direito Romano vigia o brocardo segundo o qual “*quae temporalia sunt, ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*”. Trata-se de uma expressão que lastreia o pensamento em questão, pois afirma que o direito de ação é temporário, porém o de defesa é perpétuo. Porém, a leitura a ser desenvolvida deve ser feita de forma limitada em sua hermenêutica, pois a amplitude da perpetuidade se dará enquanto houver a viabilidade de ingresso com a demanda. Neste sentido, lembra o autor que: “E aduzida as razões que justificavam tradicionalmente a prevalência do preceito romano: a) a ação exercita-se à vontade do titular do direito; o mesmo não se dá com a exceção, a qual ninguém pode opor quando queira; o seu titular precisa aguardar o ataque por parte de seu adversário; por isso, não será cabível alegar inércia do defendente, e, consequentemente, prescrição; b) a negligência que motiva a prescrição está em abster-se o titular de exercer uma ação que lhe daria o gozo de um direito real do qual está privado; o que se defende, acha-se no gozo de parte essencial do direito próprio; c) um dos fins da prescrição é diminuir o número de processos; certo da imprescritibilidade das exceções, o indivíduo toma a iniciativa processual; só se ergue para repelir o ataque e inutilizar o litígio por outrem intentado; d) com a demora aumentam as dificuldades do réu, por isso se estabelece para o autor o dever jurídico de agir logo; ao passo que, se é o réu que invoca o direito cuja ação prescreveu, a tardança em fazer semelhante alegação só a ele prejudica” (CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e Decadência*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 44)

contagem do prazo prescricional, pelo menos até a eliminação da situação trazida pela lei e verificada no mundo fático. Encerrada a sua ocorrência, o transcurso ocorrerá a partir do momento em que houve a barreira, somando-se àquele que já houve a consumação.

Por sua vez, não se pode esquecer também dos efeitos causados pelas causas impeditivas que, ao quando comparadas com as outras duas mencionadas, posiciona-se de forma diferenciada. Isso porque, tanto nas causas impeditivas, como nas suspensivas, haverá o início da marcha prescricional, ocorrendo as consequências de sua interrupção ou suspensão no seu curso. No caso das hipóteses impeditivas, o bloqueio ocorre antes mesmo do início da contagem do prazo prescricional. Nesta hipótese não há que se falar nem mesmo no seu início, pois a exceção à contagem do lapso temporal ocorrerá de forma precedente, inclusive à própria ofensa ao direito que resulta na pretensão.

Este prisma que se apresenta, por sua vez, não nasceu com os contornos atualmente vigentes. Isso porque, nas épocas clássicas não se percebia a divisão existente entre o direito de ação e o próprio direito material. Nesta época, a ideologia do Processo Civil como um ramo autônomo em face do direito material ainda não era enxergada pelos doutrinadores incluindo-se, por consequência, o direito de ação como um elemento do deste último. Assim, para essa teoria, o direito de ação<sup>339</sup> seria o próprio direito material violado em sentido de reação, conforme lembra Alexandre Câmara.<sup>340</sup> Esta ausência de discernimento, inclusive perdurou ao longo dos anos, influenciando o próprio Código Civil de 1916 que adotou a teoria civilista da ação<sup>341</sup>.

## 5.5. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. DOIS IRMÃOS UNIDOS PELO TEMPO, MAS SEPARADOS PELA PRETENSÃO.

No desenvolver dos estudos destinados ao processo Civil fez com que fosse possível ampliar os horizontes da temática envolvendo direito de ação apartando-o dos aspectos referentes ao

---

<sup>339</sup> Segundo Marinoni, a teoria civilista da ação afirmava que o direito de ação seria um direito novo, nascido a partir da violação de outro direito material. Trata-se, portanto, de um direito reacionário, exercido contra aquele que foi o sujeito causador da ofensa, o que impedia o reconhecimento da sua autonomia em face ao direito material. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 160)

<sup>340</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. 1. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2014., p. 134

<sup>341</sup> A adoção da teoria civilista da ação está estampada de forma expressa no Código Civil de 1916 através do art. 75 cujo texto legal afirmava que todo direito estaria diretamente vinculado à uma ação que o asseguraria.

direito material propriamente dito. Com isso, o Código Civil atual veio à lume com novos contornos acerca dos efeitos da prescrição, assentando a formatação atualmente aceita. Tanto assim que a redação do art. 189 palmilhou por um caminho mais técnico quando comparado com seu antecessor, pois “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

Num paralelismo analítico é possível encontrar fortes evoluções no trato da matéria envolvendo prescrição – e até mesmo a decadência – no Código Civil de 2002, em face do Diploma de 1916. Houve por parte do legislador preocupação em assegurar uma maior sistematização no tema, o que facilitou, por demais, ao aplicador do direito o direcionamento das hipóteses em abstrato previstas ao caso prático.

Quanto ao tema da prescrição, repartiu-se em três “blocos” de elementos na tentativa de organizar o conteúdo de forma inteligível. Sendo assim, repartiram-se os dez artigos que se referem sobre a temática, da seguinte forma: a) causas impeditivas e suspensivas da prescrição – arts. 197 ao 201; b) causas interruptivas da prescrição – art. 202 ao 204; c) estabelecimento dos prazos prescricionais – arts. 205 e 206. Isso interferiu sobremaneira, também, no trato da decadência que passou a ser disciplinado de forma clara e incontroversa entre os arts. 207 ao 211.

É bem verdade que o que se mencionou no parágrafo anterior volta-se para o âmbito da teoria geral, pois não só nestes artigos que se encontram previsões referente à prescrição. No transcorrer do Código Civil é possível verificar momentos em que há a incidência do tema, como ocorre com a referência do prazo prescricional posto pelo parágrafo único do art. 1.109 do CC/2002<sup>342</sup>.

Isso não quer dizer que houve falibilidade na tentativa de organização do legislador do tema referente à prescrição, mas, sim, exatamente, o contrário. Foi bastante exitosa a missão de organizar o assunto de forma clara e mais objetiva. O trato constante no Código de 1916 era por demais complicado e trazia, inclusive para a doutrina especializada, situações constrangedoras na sua abordagem, com severa confusão conceitual e organizacional<sup>343</sup>. Ocorre

---

<sup>342</sup> Art. 1.109. Aprovadas as contas, encerra-se a liquidação, e a sociedade se extingue, ao ser averbada no registro próprio a ata da assembléia.  
Parágrafo único. O dissidente tem o prazo de trinta dias, a contar da publicação da ata, devidamente averbada, para promover a ação que couber.

<sup>343</sup> Tal era a dificuldade de encontrar parâmetros adequados para a identificação das hipóteses de prescrição e decadência que o estudioso Agnelo Amorim Filho elaborou um ensaio cujo título era “critério científico para

que, não poderia o legislador trabalhar com todas as hipóteses dentro de um mesmo círculo, pois, assim, restaria ausente a harmonia exigida para um sistema normativo codificado. Ao que parece, a opção adotada foi a melhor, pois dela decorreu o trato de um sistema geral acerca da prescrição – e da decadência – permitindo que no trato de matérias específicas, essa temática retornasse com seus contornos ideais para as situações pontuais.

A mutação quanto à linha filosófica adotada pelo ordenamento jurídico para a percepção da teoria da ação foi de suma importância, também para aclarar as diferenciações pertinentes à decadência, antes embaçada por um Diploma simpático à teoria imanentista da ação<sup>344</sup>. Isso porque, enquanto a prescrição alcança o exercício do direito de ação, a decadência fulmina o próprio direito.<sup>345</sup> Portanto, havendo a consumação pela prescrição, o direito permanece

---

distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”. Esse escrito tornou-se de leitura obrigatória para que se pudesse desvendar os enlaces existentes entre as duas matérias e, com isso, estabelecesse de forma mais objetiva a diferenciação entre ambos. Para tanto, inicia o autor o seu texto com as seguintes afirmativas: “A questão referente à distinção entre prescrição e decadência tão velha quanto os dois velhos institutos de profundas raízes romanas - continua a desafiar a argúcia dos juristas. As dúvidas, a respeito do assunto, são tantas, e vêm se acumulando de tal forma através dos séculos, que, ao lado de autores que acentuam a complexidade da matéria, outros, mais pessimistas, chegam até a negar - é certo que com indiscutível exagero - a existência de qualquer diferença entre as duas principais espécies de efeitos do tempo sobre as relações jurídicas” (AMORIM FILHO. Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/prescricao-agnelo1.pdf>>; acesso em 12 nov. 2016)

<sup>344</sup> Para Alexandre Câmara, “entre todas as concepções existentes sobre ação, a primeira que merece destaque é a chamada teoria civilista ou imanentista, hoje superada, mas que exerceu grande influência sobre a doutrina, principalmente até meados do século XIX. Essa teoria é o reflexo da época em que não se considerava ainda o Direito Processual como ciência autônoma, sendo o processo civil mero — apêndice do Direito Civil. Por essa concepção, a ação era considerada o próprio direito material depois de violado. Tendo entre seus adeptos a figura magistral de Clóvis Beviláqua, a teoria civilista da ação via nesta mero *jus persequendi in judicio*, ou seja, a ação era —o mesmo direito em atitude de defesa. A ação era, então, vista como — elemento constitutivo do direito subjetivo. Em outras palavras, para a teoria imanentista, a ação nada mais era do que uma manifestação do direito material, ou seja, era a forma como se manifestava o direito material após sofrer uma lesão. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. 1. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 139-140)

<sup>345</sup> Em sua obra, Agnelo Amorim Filho critica este posicionamento, pois, segundo sustenta trata-se de uma regra desprovida de caráter científico e insuficiente para desvendar os problemas referentes ao tema. “Todavia, o critério proposto por CÂMARA LEAL, embora muito útil na prática, se ressentia de dupla falha: Em primeiro lugar, é um critério empírico, carecedor de base científica, e isso é reconhecido pelo próprio CÂMARA LEAL, pois ele fala em “discriminação prática dos prazos de decadência das ações” (op. cit., pág. 434). Com efeito, adotando-se o referido critério, é fácil verificar, praticamente, na maioria dos casos, se determinado prazo é prescricional ou decadencial, mas o autor não fixou, em bases científicas, uma norma para identificar aquelas situações em que o direito nasce, ou não, concomitantemente com a ação, pois é esse o seu ponto de partida para a distinção entre os dois institutos. Em segundo lugar, o critério em exame não fornece elementos para se identificar, direta ou mesmo indiretamente (isto é, por exclusão), as denominadas ações imprescritíveis.

Faz-se necessário, assim, intensificar a procura de um outro critério, e temos a impressão que, tomando-se como ponto de partida a moderna classificação dos direitos desenvolvida por CHIOVENDA e, particularmente, a categoria dos direitos potestativos, chegar-se-á, indubitavelmente, àquele critério ideal, isto é, a um critério dotado de bases científicas e que permite, simultânea e seguramente, distinguir, a priori, a prescrição da decadência, e identificar as denominadas ações imprescritíveis”. (AMORIM FILHO. Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/prescricao-agnelo1.pdf>>; acesso em 12 nov. 2016)



incólume, porém sem a proteção da possibilidade de utilização da coerção judicial para impor o seu cumprimento. Tem-se, então, o que se chancela de “obrigação natural”, posto que sem exigibilidade jurídica.

Configurada a decadência, o direito material acaba sendo fulminado. Trata-se, efetivamente, da extinção do direito e não da mera pretensão, como ocorre com o instituto correlato anteriormente mencionado. Isso demonstra que, sob uma perspectiva jurídica, a decadência se apresenta como detentora de maior lesividade ao patrimônio jurídico do sujeito de direitos, pois não lhe concede a possibilidade de ter a obrigação voluntariamente cumprida pelo devedor, após o vencimento do prazo legalmente estipulado.

### **5.5.1 A prescrição e a decadência e o vértice central: a estabilização das relações sociais**

Apesar de apresentarem contornos diversos, tanto a prescrição quanto a decadência partem de um mesmo ponto central: o transcurso do tempo. A preocupação do sistema jurídico com a manutenção da estabilização das relações sociais é de tal forma presente que até mesmo o próprio direito será extinto quando consumado o prazo decadencial. Assim, da mesma forma como corre com o presente tema, a associação entre a inércia e o decurso do tempo são elementos fundantes para a concretização de ambos.

Mesmo sendo providos de um parâmetro ideológico comum, a prescrição e a decadência possuem marcos regulatórios diferenciados, pois aquele primeiro inclina-se com maior intensidade para a manutenção da integridade da segurança jurídica, em face deste último. Isso porque, o instituto da decadência utiliza-se do tempo para fulminar o direito que pertence ao próprio titular. O sistema jurídico impõe a obrigatoriedade de exercício daquele direito cuja titularidade lhe pertence durante certo espaço de tempo. Em não havendo, não poderá mais fazê-lo, pois diante de tal situação o exercício do direito decaiu, o que significa dizer que houve a retirada por parte do ordenamento da viabilidade do indivíduo fazê-lo, na hipótese específica.

Por sua vez, a prescrição reveste-se de uma amplitude muito mais coletiva, pois seu foco é, indiretamente, a manutenção da paz social. Ao retirar a possibilidade de análise meritória da demanda proposta judicialmente, este instituto ataca exatamente a ocorrência de uma postura belicosa que não deve ser mantida indeterminadamente no seio da sociedade. Neste caso, os

efeitos da prescrição ultrapassam o indivíduo para atingir os sujeitos envolvidos na relação jurídica, o que, por si só, já resulta numa maior amplitude dos seus efeitos.

Analisando num sentido macro, a construção e estruturação das normas jurídicas resultam do desejo do Estado abstrato na regularização das relações sociais dentro dos limites por ele impostos. A manutenção da incolumidade destes dispositivos legais resulta, diretamente, na permanência da paz social, o que induz ao pensamento contrário de que a violação e a ausência de coercibilidade por parte do Estado-Juiz, implicará a perda das rédeas do ente abstrato hierarquicamente superior aos componentes da sociedade.

Esta preocupação, por sua vez, não autoriza o ente Estatal a intervir de forma incidente sobre as relações sociais. Havendo ofensa ao patrimônio jurídico do indivíduo, cumpre às partes buscar as portas do Poder Judiciário para exercer o seu direito de ação, assegurado pelo princípio do amplo acesso à justiça. Exatamente por ser uma mera faculdade. Sua execução fica cadenciada ao desejo do ofendido, através do exercício da sua autonomia. Nesta esteira, não havendo a manifestação de vontade em tempo legalmente considerado como hábil poderá, tanto a pretensão, como o próprio direito, serem extintos por conta da inércia do seu titular.

Apesar de, quando configurada, estabelecer a desobrigação jurídica do devedor em cumprir com a obrigação que, supostamente, lhe seria imposta e de fazer com que o credor perca a pretensão que viabilizaria a possibilidade de demandar ao juiz a imputação dessa obrigação, a prescrição possui alcance muito mais amplo, pois mantém a segurança jurídica e realça o princípio da confiança. Ela garante o momento final para a tensão da situação hábil a gerar conflitos e com isso impor a tranquilidade nas relações sociais, mesmo que não haja a atividade de regularização da situação fática<sup>346</sup>.

---

<sup>346</sup> O STF tratou do tema da decadência em casos de Mandado de Segurança, estabelecendo diferenciação entre os temas, pois, no caso do prazo para interposição de mandado de segurança, a ideia clássica de prescrição e decadência não se aplica, conforme se observa da ementa a seguir: **MANDADO DE SEGURANÇA. DECADENCIA. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGENCIA DO ARTIGO 515 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO ADESIVO. INTEMPESTIVIDADE. - EM SE TRATANDO DE PRAZO DE DECADENCIA PARA A IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA, ESSA MATÉRIA - AO CONTRARIO DO QUE OCORRE COM A DECADENCIA DO PRÓPRIO DIREITO MATERIAL OU A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO A TUTELA JURÍDICA EM GERAL NÃO DIZ RESPEITO, NEM AO DIREITO MATERIAL, NEM A PRETENSÃO A ESSA TUTELA JURÍDICA EM GERAL, MAS, SIMPLEMENTE, AO EXERCÍCIO DA AÇÃO ESPECIAL QUE É O MANDADO DE SEGURANÇA, O QUE É MERA QUESTÃO DE TEMPESTIVIDADE DE USO DE FORMA PROCESSUAL, E, NÃO, PRELIMINAR DE MÉRITO, COMO SUCEDE NOS CASOS ACIMA RESSALVADOS. EM ASSIM SENDO, NÃO SE LHE APLICA O DISPOSTO NO ARTIGO 269, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, E HÁ NEGATIVA DE VIGENCIA DO ARTIGO 515 DO MESMO CÓDIGO, QUANDO - COMO SUCEDEU NO CASO PRESENTE O ACÓRDÃO RECORRIDO, INDO ALÉM DO EXAME DESSA**

De fato, apesar da decadência ferir com cortes mais incisivos o titular do direito em sua esfera abstrata, não se pode relegar a importância similar da prescrição para a manutenção da integridade efetiva do sistema jurídico como um todo. A partir do ataque à mera pretensão incidente sobre o âmbito material da gestão normativa, este instituto estabiliza as relações jurídicas, reconhecendo a concretização do fato ou ato praticado. Não por outro motivo que Pontes de Miranda sustenta que “os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrando a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdue por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade.”<sup>347</sup>

## 5.6 A PRESCRIÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA

Quando se fala em pretensão é possível identificar sua divisão em dois planos: a de direito material e a de direito processual. A segunda estaria relacionada à viabilidade de ingresso junto ao Poder Judiciário, o que a vincula diretamente com o princípio constitucional do acesso à justiça em seu aspecto de ingresso propriamente dito. Desta forma, seria, portanto, esta via da pretensão inalcançável por medidas restritivas haja vista a incompatibilidade desta conduta com o comando exposto na Constituição Federal como direito fundamental.

Ao mencionar que a prescrição atinge a pretensão, percebe-se que esta a alcança em sua modalidade de direito material. Permite-se que haja o ingresso ao Poder Judiciário, pois o direito de peticionar está garantido pela Carta Magna. O magistrado receberá a demanda proposta, e ao identificar a prescrição ou a sua arguição tiver sido feita pelo réu, segundo o Código de Processo Civil, haverá a análise do mérito da causa<sup>348</sup>, alcançando a pretensão e o

---

**PRELIMINAR TOTALMENTE INDEPENDENTE DO MÉRITO DA CAUSA, O JULGOU, AO INVÉS DE DETERMINAR QUE O JUIZ DE PRIMEIRO GRAU O FIZESSE. - E INTEMPESTIVO O RECURSO EXTRAORDINÁRIO ADESIVO QUANDO INTERPOSTO NO PRAZO DE DEZ DIAS CONTADO DA PUBLICAÇÃO DA ABERTURA DE VISTA PARA CONTRA-RAZÕES DO RECORRIDO NO RECURSO PRINCIPAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DA PRIMEIRA RECORRENTE CONHECIDO E PROVIDO.** (RE 92111, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Segunda Turma, julgado em 04/03/1980, DJ 18-04-1980 PP-02566 EMENT VOL-01167-02 PP-00491 RTJ VOL-00097-03 PP-00821) (STF. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>; Acesso em: 21 nov. 2016)

<sup>347</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral, tomo VI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 101;

<sup>348</sup> Art. 487, CPC. Haverá resolução de mérito quando o juiz: I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; III - homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação;

conceito de ação em seu sentido material. Este entendimento é adotado pelos tribunais pátrios, até mesmo porque, o pensamento em sentido contrário alcançaria o direito fundamental ao acesso à justiça<sup>349</sup>.

De fato, quando se analisa o princípio do acesso à justiça, conforme mencionado em capítulo anterior, deve-se ter em mente suas facetas configuradoras. Mauro Capelletti e Bryant Garth<sup>350</sup> ao realizarem o estudo aprofundado sobre o tema, estabeleceram a existência de ondas que deveriam ser encaradas para uma melhor e maior eficácia na prestação jurisdicional. A primeira delas envolve a questão referente ao ingresso, propriamente dito, ao Poder Judiciário. Neste ponto, a prescrição não possui o alcance efetivo de atuação.

O acesso ao Poder Judiciário na perspectiva da entrada propriamente dito, nada mais é do que a possibilidade de exercitar o seu direito de petição. A todos é garantido este direito, tanto assim que deverá o Estado atuar de forma mais pró-ativa possível para fazer sanar os entraves que possam dificultar tal conduta (envolvendo a perspectiva, por exemplo, de custas judiciais, e de oferta de serviços de advocacia gratuita, através de defensoria pública). Não será possível aceitar óbices ao exercício do direito de ação no que se refere à realização do pleito junto ao Estado-Juiz.

Pensar de forma contrária seria desestruturar a questão da segurança jurídica e minar o dever assumido pelo Estado em regular as relações sociais, permitindo-se, com isso, a autotutela. Todos, independentemente de raça, sexo, preceito religioso ou capacidade econômica, terão o direito de dirigir-se ao magistrado, pleiteando a análise de seu direito supostamente ofendido.

---

c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção. Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

<sup>349</sup> **Agravo regimental.** - Com referencia a questão da prescrição, e ela causa extintiva da pretensão e não do direito abstrato de ação. Por isso e instituto de direito material, a ela se aplicando a lei do tempo em que teria ocorrido, e não sendo alcançada, portanto, por preceito constitucional posterior, cuja aplicação imediata implica apenas que este alcança os efeitos futuros de fatos passados, e não os fatos já consumados no passado. - A alusão, no despacho agravado, ao artigo 7., XXI, da Constituição, ao invés do artigo 7., XXIX, "a", da Carta Magna, foi mero erro material facilmente perceptível pela fundamentação desse despacho. - Questão relativa a supressão de instância e questão infraconstitucional, não dando margem a recurso extraordinário sob o fundamento de ofensa ao princípio do devido processo legal. - Inexistência, no caso, da alegada violação ao artigo 5., XXXV, da Carta Magna. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 143714 AgR, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 15/09/1995, DJ 26-04-1996 PP-13118 EMENT VOL-01825-03 PP-00480) (STF. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>; Acesso em: 21 nov. 2016)

<sup>350</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988

Esta é uma das facetas do acesso à justiça, pois, limitado, efetivamente, à questão do ingresso propriamente dito.

Diante desta perspectiva, a doutrina e os Tribunais concluíram que o prazo previsto para o instituto da prescrição é de cunho material, diferenciando-se da norma sobre a forma de ação. Efetivamente, o direito abstrato de ação permanece incólume, pois assegurado pelo pilar mais fundamental do acesso à justiça. Da ofensa ao direito será assegurada uma ação que busca resolver esse entrave, o que fundamenta a ideia de que para todo direito ofendido deverá haver uma ação que busca protegê-lo<sup>351</sup>.

Efetivamente, sob a perspectiva restrita de normas de direito processual e de direito material, ao estabelecer a eficácia extintiva da pretensão, a prescrição qualifica-se como inserta no campo do direito material<sup>352</sup>. Porém, não se pode negar que no âmbito processual também haverá influências, ainda que de forma mediata. Isso porque, como se sabe, o resultado do reconhecimento da prescrição será a prolação de sentença que após o trânsito em julgado

---

<sup>351</sup> Para Liebman, adepto à teoria eclética, a ação não seria um direito a um provimento favorável, mas sim um direito à possibilidade de um provimento favorável. Ele inclui na análise da ação o elemento risco que afasta a ideia de algo concreto, aproximando-se da variabilidade necessária num entrave processual, onde uma das partes alega e a outra se defende. Os argumentos que melhor conduzirem o magistrado à conclusão acerca da adequação ao desejo do Estado, logrará êxito na demanda. Em outras palavras, ação seria o direito ao provimento jurisdicional de mérito.

Exatamente por não haver uma certeza do provimento de mérito da ação, a teoria eclética impõe a análise de elementos externos ao direito material, denominados de condições da ação, que, no CPC/73, seguindo as orientações dos ensinamentos de Liebman, foram qualificados como: interesse de agir; legitimidade das partes, e possibilidade jurídica do pedido. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'azione nella teoria del processo civile in Problemi del Processo Civile*. Milão: Morano, 1962, p. 46)

A doutrina apresenta discussões quanto a utilização da teoria eclética ou da teoria asserção pelo CPC/2015, sendo Alexandre Câmara defensor da sua incidência quando afirma que “a razão está com a teoria da asserção. As “condições da ação” são requisitos exigidos para que o processo vá em direção ao seu fim normal, qual seja, a produção de um provimento de mérito. Sua presença, assim, deverá ser verificada em abstrato, considerando-se, por hipótese, que a as assertivas do demandante em sua inicial são verdadeiras, sob pena de ser (sic) ter uma indisfarçável adesão as teorias concretas da ação. Exigir a demonstração das —condições da ação significaria, em termos práticos, afirmar que só tem ação quem tenha o direito material” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol 1. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.155).

Por sua vez, Fredie Didier posiciona-se contrário à teoria, pois “as condições da ação não resultariam da simples alegação do autor, mas da verdadeira situação trazida a julgamento, sendo possível que a sua verificação ocorresse durante a instrução do processo, pouco importando o momento procedimental. Admite-se, porém, o preenchimento superveniente de condição da ação faltante: —é suficiente que as condições da ação, eventualmente inexistentes no momento da propositura desta, sobrevenham no curso do processo e estejam presentes no momento em que a causa é decidida” (DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 1. 12 ed. Bahia: Jus Podvim, 2013, p. 199)

<sup>352</sup> Segundo Yussef Said Cahali, “O remédio jurídico origina-se das leis processuais, representando o caminho a ser percorrido por aquele que vai a juízo, dizendo-se com direito subjetivo, pretensão e ação, ou somente com ação; realizado o direito objetivo sem relutância, não terá sido necessário que o titular do direito subjetivo, da pretensão e ação, se socorresse do remédio jurídico processual [...] Em outros termos, o direito subjetivo, a pretensão e a ação preexistem ao exercício, ao uso dos remédios processuais. (CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.16-17)

resultará em coisa julgada material<sup>353</sup>. Não se quer negar, com isso, o caráter material defendido por toda doutrina moderna da prescrição, mas também, não se pode fechar os olhos para os reflexos dessa matéria no âmbito processual, até mesmo porque o direito, atualmente, não pode mais ser observado de forma estanque em áreas intransponíveis

Inexistindo ofensa, ou, pelo menos ameaça, ao direito não há como se falar em início da prescrição<sup>354</sup>. A sua incidência está vinculada diretamente com a ocorrência de um ato lesivo ou, quando previstos em lei, ameaçador, o que resulta no reconhecimento da sua dependência para tanto. Tal fato se dá por conta da conclusão segundo a qual somente a partir de tais fatores é que poderá o ofendido imiscuir-se por entre o âmbito processual do direito na busca da defesa dos direitos legalmente concedidos e reconhecidos pelo sistema jurídico.

Diante disso é possível desenhar uma questão interessante: tendo a prescrição como nascedouro a ameaça ou a lesão a direito, é perceptível que este direito se encontra em exercício, sendo, portanto, atacado ou ameaçado por terceiro. A partir de então, o seu titular deverá apresentar reação dentro do prazo legalmente estabelecido a fim de que seja reestruturado o *status quo ante*, ou seja, para que a integridade do patrimônio jurídico retorne à normalidade antecedente à conduta lesiva ou ameaçadora perpetrada por outrem. Em outras palavras, acaba-se por encontrar o denominador segundo o qual a prescrição apenas floresce quando irrigada por ato de terceira pessoa em face do titular do direito a ser defendido, ou seja, não há prescrição contra violação de direito próprio<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> Sobre o tema, vide MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.183

<sup>354</sup> Para Antônio Luís Câmara Leal: “Enquanto o direito tem uma existência normal, sendo por todos respeitado, e cumpridas as obrigações positivas a que corresponde, ele, por si, provê à sua conservação, bastando-se a si mesmo. Mas, no momento em que sofre alguma perturbação, ou pelo desrespeito, por parte dos que tinham a obrigação geral-negativa de respeitá-lo, ou pelo não-cumprimento das obrigações correlativas, por parte dos que estavam a elas diretamente vinculados, ele já não pode, por si, prover à sua conservação, já não se basta a si mesmo, e necessita de um meio de proteção que o assegure e defenda. Esse meio protetor é a intervenção do poder público, pelos seus órgãos judiciários, mediante o exercício da ação promovida pelo titular. Tendo por fim proteger e garantir o direito, a ação tem uma individualidade própria, distinta do direito, em benefício do qual exerce a sua atividade, e, por isso, diferentes são as suas origens. É assim que o direito nasce do fato que o gera, ‘jus oritur ex facto’; e a ação da violação por ele sofrida. Enquanto nenhuma perturbação sofre o direito, nenhuma ação existe que possa ser posta em atividade pelo seu titular. (LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 3 ed. atualizada por José de Aguiar dias. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 21-22)

<sup>355</sup> Segundo Pontes de Miranda, “certamente, é preciso que exista a pretensão para que se dê a prescrição. O que prescreve é a pretensão, ou a ação; se não existe uma, nem outra, nada há que prescreva. Isso nos levaria a dizermos que só o titular da pretensão pode opor exceção de prescrição; mas iríamos contra os fatos da vida e deixaríamos de atender a que há três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia: se o cômputo de tempo mostra que a ação, ou a pretensão, se ‘existisse’, estaria prescrita, pode o juiz acolher a exceção, antes mesmo de outro exame concernente à existência do fato jurídico ou da validade do ato jurídico” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado, parte geral*, tomo VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 p. 112)

Por sua vez, como a decadência remete ao próprio direito, a sua análise não pode caminhar nos mesmos passos dados no parágrafo anterior. Isso porque, como já mencionado, sua fonte ocorrerá com o surgimento do próprio direito e o seu não exercício será o gatilho para ativar o caminhar o seu lapso temporal. Nestas hipóteses, portanto, despicienda é a conduta de terceira pessoa, pois é o próprio titular do direito que diante de sua inércia experimentará a perda do próprio direito ao qual é titular<sup>356</sup>. Tanto assim que, havendo conduta que bloqueie o titular de exercer o direito que lhe comete dentro do prazo legalmente previsto, haverá conduta lesiva de terceiro, iniciando-se, assim, o prazo prescricional para a busca da tutela jurídica cabível. A inércia na decadência é deslocada do ponto do exercício de defesa existente na prescrição para a inação à atuação do próprio direito<sup>357</sup>.

## 5.7 A PRESCRIÇÃO E A SEGURANÇA JURÍDICA.

Essa linha de entendimento que vincula a prescrição com o ideal de segurança jurídica espalha-se por outros sistemas mundiais. Na França, por exemplo, o art. 2.219 do Código Civil trata o tema como um meio de adquirir direitos ou se livrar de imposições/obrigações em razão do transcurso de tempo. O mesmo ocorre, com o ordenamento Espanhol e o Argentino.<sup>358</sup> Não por

---

<sup>356</sup> Expandindo-se, apenas a título de curiosidade, a área de atuação desta temática, no âmbito do direito administrativo, há autores que defendem a impropriedade da denominação de prescrição para a perda do direito da Administração Pública de rever seus próprios atos, pois justificam que esta conduta está vinculada com a autotutela característica da própria administração, o que significa dizer que esta questão refere-se, sim, à perda do direito, perfilhando, desta maneira, nos elementos configuradores da decadência. Por todos eles, Raphael Marques Peixoto de Paula em sua obra *Institutos da prescrição no direito administrativo*. (MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. *O instituto da prescrição no direito administrativo*. Disponível em: < revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/download/742/800 > acesso em: 23 jan. 2017)

<sup>357</sup> Neste sentido, destaca-se os ensinamentos de Antônio Luís Câmara Leal: “Posto que a inércia e o tempo sejam elementos comuns à decadência e à prescrição, diferem, contudo, relativamente ao seu objeto e momento de atuação, por isso que, na decadência, a inércia diz respeito ao exercício do direito e o tempo opera seus efeitos desde o nascimento deste, ao passo que, na prescrição, a inércia diz respeito ao exercício da ação e o tempo opera seus efeitos desde o nascimento desta, que, em regra, é posterior ao nascimento do direito por ela protegido.” (LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 3 ed. atualizada por José de Aguiar dias. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 101)

<sup>358</sup> “Art. 2.219, Código Civil Francês. *La prescription est un moyen d’acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées para la loi*”

Em tradução livre: A prescrição é um meio de adquirir ou de se liberar em decorrência de certo lapso de tempo, e suas condições são determinadas pela lei.

Art. 1.930, Código Civil Espanhol. *Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales. También se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean*”

Em tradução livre: Pela prescrição se adquire, de maneira e com as condições determinadas em lei, o domínio e demais direitos reais. Também se extingue do mesmo jeito pela prescrição os direitos e as ações seja de qualquer classe.

outro motivo que, segundo o autor italiano Julian Daniel, em seu artigo “*La prescrizione e le sue cause di interruzione*” afirma que a prescrição é um instituto jurídico de particular importância atender à uma exigência social que é a garantia da certeza nas relações jurídicas e a sua segurança<sup>359</sup>.

Perfilhando o entendimento expresso nos países europeus, o Código Civil Italiano<sup>360</sup> afirma que a prescrição conduz à eficácia extintiva de qualquer direito subjetivo, à exceção daqueles direitos considerados como indisponíveis e outros qualificados pela lei como imprescritíveis, posicionamento este dividido, também, pelo Direito Boliviano e o Alemão.<sup>361</sup>

Segundo José Carlos Moreira Alves<sup>362</sup>, quando da redação do texto da Parte Geral do anteprojeto do Código Civil de 2002, houve flagrante inspiração no Código Civil Alemão, sem, contudo, ocorrer cópia do seu texto. No diploma nacional, o legislador foi menos explícito do que o seu inspirador, posto que não conceituou a expressão pretensão, deixando a cargo da doutrina fazê-lo.

Ao longo do presente trabalho, vinculou-se a ideia de prescrição como mecanismo hábil à manutenção da segurança jurídica nas relações sociais e tal comportamento não poderia ser diferente. Qualificado como uma das principais metas do ordenamento jurídico, o

---

Art. 3.947, Código Civil Argentino. *Los derechos reales y personales se adquieren y se pierden por la prescripción. La prescripción es un medio de adquirir un derecho, o de libertarse de una obligación por el transcurso del tiempo*”.

Em tradução livre: Os direitos reais e pessoais se adquirem e se perdem pela prescrição. A prescrição é um meio de adquirir um direito, ou de libertar-se de uma obrigação pelo transcurso do tempo.

<sup>359</sup> “*La prescrizione è un istituto giuridico di particolare importanza, perché risponde ad un’esigenza fondamentale su cui il nostro ordinamento giuridico risulta essere imperniato, e precisamente a quella della certezza nei rapporti giuridici e della certezza del diritto*” (DANIEL, Julian. *La prescrizione e le sue cause di interruzione*. Disponível em: < <http://www.brandstaetter.it/pdf/aktuelles/art023.pdf>>; acesso em 12 dez. 2016.

<sup>360</sup> Art. Art. 2.934, Código Civil Italiano. *Ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge. Non sono soggetti alla prescrizione i diritti indisponibili e gli altri diritti indicati dalla legge*.

Em tradução livre: Todo o direito se extingue por prescrição quando o titular não exercer durante o tempo determinado por lei. Eles não estão sujeitos à prescrição dos direitos inalienáveis e outros direitos estabelecidos por lei.

<sup>361</sup> Art. 1492, Código Civil Boliviano. “*I. Los derechos se extinguen por la prescripción cuando su titular no los ejerce durante el tiempo que la ley establece. II. Se exceptúan los derechos indisponibles y los que la ley señala en casos particulares*”.

Em tradução livre: I. Os direitos são extintos por prescrição, se o titular não exercer durante o tempo estabelecido por lei. II. Excetuam os direitos indisponíveis e os estados de direito em casos específicos

“§ 194, Código Civil Alemão. « *Das Recht, von einem Anderen ein Thun oder ein Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung*”.

Em tradução livre: O direito de exigir uma outra um ato ou uma omissão (reivindicação), sujeito à limitação do período

<sup>362</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de Código Civil Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 157



estabelecimento do equilíbrio no trato das interações entre os indivíduos perpassa por esta matéria e alcança patamar genérico, eis que inerente aos preceitos constitucionalmente estabelecidos. Trata-se, sem dúvidas, de um paradigma estampado pela regulação pátria.

A inquestionável importância do atendimento à segurança jurídica decorre diretamente da preocupação constitucional sobre ela incidente. Em seu preâmbulo, o constituinte estabeleceu que seria ela um valor, porém, não permaneceu apenas neste âmbito, haja vista que no espaço destinado aos direitos e garantias fundamentais encontrou guarida abraçado com as garantias intrínsecas ao Estado Democrático de Direito. Portanto, diante disso, resta demonstrado que quando se refere ao reconhecimento de direitos, sua extinção, ou mesmo o exercício destes, qualquer ato decisório por parte do Poder Judiciário deverá ser constituído a partir deste pilar, o que implica a imposição de fundamentação hábil a justificar a postura adotada para o caso específico<sup>363</sup>.

O conhecimento prévio do comportamento imposto é sempre causa justificadora para valorização da tão conclamada segurança jurídica. Cada indivíduo detém certo conglomerado de direitos e deveres que são previamente estabelecidos em lei. Quando se trata de relação jurídica entre particulares, esse volume é muito mais amplo do que no caso da atuação onde o Poder Público participa como sujeito. Isso porque, mediante o princípio da legalidade, a Administração Pública tem a liberdade de atuação restrita àquela concedida pelo legislador, ou seja: apenas poderá atuar dentro da moldura legal previamente estabelecida, existindo, neste caso, uma maior ou menor liberdade, no ato administrativo. Independentemente da qualificação da conduta como vinculada ou discricionária, o ente estatal sempre terá sobre si o controle da norma previamente determinada.

### **5.7.1 A segurança jurídica como baliza estruturante do sistema e a efetivação da igualdade**

Pensamento outro deve ser vinculado àquelas relações onde se envolvem apenas particulares.

---

<sup>363</sup> Geraldo Ataliba sustenta que: “Assim se vê que certeza, confiança, lealdade, autorização, consentimento, segurança, previsibilidade, representatividade — república, enfim —, dão consistência e dimensão densas ao chamado princípio da certeza do direito. De fato, lei prévia é conhecida pelo cidadão antes que tome suas decisões, antes que determine seu comportamento em assuntos que possam sofrer direta ou indireta influência da ação dos poderes públicos. É na linha destas diretrizes, respeitando esta tônica, caminho no rumo assim estabelecido, que se dará interpretação às normas de direito público, acomodando a ação do Estado às exigências capitulares do princípio republicano” (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 187)

Neste caso, a normatização servirá como um mecanismo de regulamentação de condutas a partir da imposição de vedações. Isso implica dizer que, nestes casos, diferentemente do que ocorre com as relações jurídicas relacionadas aos entes público, a lei será um limitador das condutas e não seu balizador. Detentores de maior liberdade de atuação, as interações entre particulares garantem um espaço de autonomia muito mais amplo, pois lhe será assegurada a adoção de comportamentos diversos, apenas restringindo aqueles casos em que a própria legislação estampa postura diversa a ser cumprida.

Em qualquer das duas hipóteses, a existência de norma antecedente ao ato praticado será elemento central da construção efetiva da segurança jurídica, seja ela para orientar qual os caminhos – ou o único – a serem adotados, seja para estabelecer uma fronteira dentro do que considera socialmente tolerável. A concretização dos interesses juridicamente protegidos dos componentes da sociedade deverá ser sempre o foco central de toda atuação do sistema jurídico e, diante disso, a manutenção de um acervo normativo prévio e de conhecimento amplo – pelo menos em modo abstrato, conforme preceitua o art. 3º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro<sup>364</sup> – é de fundamental importância para que mantenha o conhecimento prévio das consequências do ato praticado.

Adotada determinada conduta sobre a égide de uma previsão normativa, o seu texto abstrato será aquele considerado como adequado para a sua regularização junto aos parâmetros desejados pelo Estado, como sujeito representativo dos interesses da coletividade<sup>365</sup>. Sendo assim, normalmente, ficará assegurado que as alterações legislativas posteriores, ou mesmo a supressão da regra, não atingirá aquele direito alcançado ou ofendido anteriormente, o que restou conhecido como ato jurídico perfeito. Por isso, não há como negar que “uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.”<sup>366</sup>

---

<sup>364</sup> Art. 3º, LINDB: Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

<sup>365</sup> Há exceções previstas no próprio sistema quanto à esta afirmação. No trato de questões envolvendo entes públicos e o particular, é possível se falar em incidência da norma posterior ao ato praticado anteriormente à sua vigência. Isso é facilmente observado no trato das relações abrangidas pelo Direito Penal e pelo Direito Tributário. Em ambas as hipóteses vigora o princípio da aplicabilidade da norma mais benéfica.

<sup>366</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 373

Neste sentido, afirma J.J Gomes Canotilho<sup>367</sup> que faz parte do aspecto mais fundamental do homem a segurança para gerir de forma autônoma e responsável a sua vida. Apenas com a manutenção da estabilidade social é possível afirmar que a vida em comunidade será meio hábil à sustentação dos tratos ali estabelecidos e, por conseguinte, pilar onde se manterá a paz e a integridade do sistema jurídico. Sendo assim, afirma, o autor português que os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança figuram-se como elementos intrínsecos à construção do Estado de Direito.

Prossegue lembrando que os dois princípios se encontram de tal forma imbricados que há quem releve o princípio da confiança ao *status* de subprincípio, ou uma dimensão específica atinente à segurança jurídica. De fato, originalmente, vinculava-se a segurança jurídica a elementos objetivos da ordem jurídica, ou seja, à fatores criados pelo próprio homem e expostos à sociedade como as normas e o reconhecimento do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada. Por sua vez, no que se refere à confiança, esta relacionava-se ao âmbito subjetivo do ideal de segurança, pois atendia a elementos intuitivos do próprio indivíduo, como a previsibilidade de uma conduta<sup>368</sup>.

A busca pela manutenção da segurança jurídica vincula, dentre outros, o caminhar pelo princípio da igualdade. Ao longo da história, é possível encontrar inúmeros dispositivos que deixam evidentes a busca pela valorização da liberdade individual atrelada a uma garantia de isonomia no trato entre os indivíduos. Mantinha-se, assim, a hegemonia do Estado neutro, sem preferências de classes ou sexo, onde os membros da sociedade eram vistos de forma idêntica, garantindo, assim, a segurança jurídica no trato das relações sociais que, desprovidas de intervenção da classe dominante, alcançavam a plenitude da autonomia da vontade.<sup>369</sup>

---

<sup>367</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998 p. 252

<sup>368</sup> As refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a atos normativos: proibição de normas retroativas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a atos jurisdicionais: inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a atos da administração: tendencial estabilidade dos casos decididos através de atos administrativos constitutivos de direitos (Ibidem)

<sup>369</sup> Exemplos dos mais diversos são verificados ao longo da história no trato da temática envolvendo garantia de liberdades e manutenção da isonomia a fim de se assegurar uma relação jurídica entre os membros da sociedade desprovidas de intervenção estatal, pois, somente desta forma haveria a segurança jurídica necessária, haja vista que reinava soberano o princípio da autonomia da vontade. Prova disso pode ser encontrada na Declaração de Virgínia de 1776 cujos artigos iniciais (art. 1º e 3º) estabeleciam a necessidade de trato desprovido de diversidade entre todos os homens, com a manutenção da integridade da liberdade e independência, desde o seu nascimento. Isso demonstrava que tais direitos não eram conseguidos – como algo meritório – e nem mesmo comprados, mas sim imanente aos indivíduos, por ser sujeito de direitos. Ora, sendo livre de independente, o homem era “dono de si”, o que significa que seus atos eram praticados sob consciência incontestada do resultado, acarretando, assim, a desnecessidade de incidência estatal, pois, em assim sendo, resultaria desequilibrada a relação jurídica estável,

Apesar da mudança de perspectiva existencial, provocada por acontecimentos sociais de âmbito global a questão da segurança jurídica ainda se manteve inerente nos tratados internacionais, o que demonstra que se manteve presente a preocupação em torno do tema. Mesmo com a queda do pensamento patrimonialista e a efetivação de um direito mais existencial, a busca pela manutenção da integridade das normas e do direito adquirido restou inquestionável. Desta forma, “a segurança é um “a priori” jurídico para os cidadãos; e a certeza é a confiança do cidadão nas leis que lhe permitem agir eticamente, adotando condutas razoáveis e previsíveis”<sup>370</sup>

O trato da sociedade como um todo deve ser estabelecido a partir da perspectiva da segurança jurídica. Isso porque seria, no mínimo, contraditório, reconhecer a existência de um sistema qualificado como injusto, posto que o ponto de equilíbrio buscado é sempre a manutenção da pacificação dos conflitos sociais, o que se alcança com o sentimento de justiça plantado em cada indivíduo.

Aliás, o ideal de justo vem sendo analisado pelos pensadores ao longo dos tempos, sem que isso resulte numa concretização da sua moldura, haja vista da sua liquidez inconteste. A dificuldade no cumprimento da missão é de tal monta que é possível afirmar que o conceito materializado de justiça se reveste da adjetivação de utópico em sua construção, pois não se resume aos limites do direito, extrapolando para searas outras como, por exemplo, a filosofia.

O Estado, então, ao assumir para si o controle do comportamento social, através da imposição de regras escritas – no caso do Brasil, por conta da *Civil Law* – previamente estabelecidas e lastreadas na perspectiva de atendimento aos anseios da coletividade, estabelece a perspectiva da segurança jurídica<sup>371</sup>. O descumprimento de tais normas, por sua vez, não é suficiente para desqualificar a vinculação do ideal de segurança jurídica com a manutenção de um

---

afetando, portanto à segurança jurídica ali estabelecida.

Anos mais tarde, a promulgação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – em 1.789 – deixou expresso que o foco central da sociedade seria a manutenção de direitos naturais do homem, dentre os quais estaria a liberdade, prosperidade e segurança. Mais uma vez há forte influência do meio filosófico vivenciado à época, pois a liberdade mencionada resulta necessariamente na preservação da segurança jurídica, posto que despicienda a participação do Estado numa sociedade em que a autonomia da vontade reinava de forma absoluta.

<sup>370</sup>MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTR, 1996, p.26;

<sup>371</sup> Segundo o pensamento de Karl Engisch: “não há ninguém que não viva sob o Direito e que não seja por ele constantemente afectado e dirigido. O homem nasce e cresce no seio da comunidade e — à parte casos anormais — jamais se separa dela. Ora o Direito é um elemento essencial da comunidade. Logo, inevitavelmente, affecta-nos e diz-nos respeito” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkain, 2008, p. 6)

comportamento escorreito ao que se encontra previsto no texto legal. Aliás, ao contrário, pois, quando não se atenta às regras impostas pela legislação, os conflitos sociais são diminuídos ao ponto de inexistir, já que o comportamento desejado pela sociedade como um todo é atendido pelo indivíduo, respeitando-se o que foi preestabelecido<sup>372</sup>.

Portanto, para que se consiga um ordenamento justo, antes de mais nada, deve-se sedimentar as bases justificadoras da segurança jurídica. Este é elemento daquele, e, portanto, formador de sua espinha dorsal. A ingerência da norma, inclusive com o reconhecimento do cerceamento da possibilidade de ingresso junto ao Poder Judiciário para demandar a busca por seus direitos, é, sem sombra de dúvidas, uma forma de estabilização dos conflitos sociais. A manutenção da perpetuidade da situação conflituosa, geraria a busca permanente pela sobreposição de direitos, fomentando a manutenção de uma supremacia do interesse individual frente ao coletivo, o que deve ser afastado diante da necessidade de convívio comunitário.

Na medida em que o sujeito entende os limites que lhe são impostos pelo ente abstrato, terá ele a certeza da gama de direitos que lhe pertence e dos deveres que deverão ser adimplidos<sup>373</sup>. O conhecimento prévio é elemento estabilizador da forma comportamental da pessoa – seja ela física ou jurídica, privada ou pública – independentemente da maior ou menor liberdade conferida pelo legislador. Rompe-se, então, o argumento da boa-fé que poderia ser sustentado para justificar comportamento destoante com aquele esperado pela sociedade. A previsibilidade funciona como ponto de atração para o desenvolvimento de toda uma estabilidade organizacional que é responsável pela integridade do sistema<sup>374</sup>.

---

<sup>372</sup> Lembra Tércio Samáio Ferraz Júnior: “Esse movimento contínuo, pelo qual o discurso da norma redimensiona novos valores e ideologias e se retraduz em novos valores e nova ideologia, nos permite entender a norma como ‘modelo’, caso em que o discurso da norma não é um ‘abstrato’ oposto à ‘realidade concreta’, mas está intimamente ligado com a sua ‘realizabilidade’. Esse ‘modelo’, ao manifestar aquele movimento, expressa uma temporalidade própria, que não é necessariamente sucessiva e linear, mas caracteriza um permanente ‘renovar-se e refazer-se das soluções normativas’, isto é, o tempo do discurso da norma tem, a nosso ver, um caráter prospectivo, no sentido de um projeto que, lançado no futuro, define significativamente o presente, outorgando (salvo exceções que ele mesmo se encarrega de estabelecer, ainda que prospectivamente) ao passado um sentido” (FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 140 a 141)

<sup>373</sup> Lembra Marcos Bernardes de Mello que “A questão temporal da vigência da norma, no entanto, não tem influência alguma sobre a eficácia dos fatos jurídicos que sua incidência criou, uma vez que não são desconstituídos pela simples circunstância de haver a norma jurídica perdido a sua vigência ou de se haver extinguido o seu suporte fático. O fato jurídico, após ser criado pela incidência da norma jurídica, passa a constituir um ser em si, conceitualmente uma unidade cuja existência independe de que permaneçam com vigência a norma que incidiu ou existentes os elementos do suporte fático que lhe deram vida” (MELO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51)

<sup>374</sup> Luís Roberto Barroso afirma que: “A ordem jurídica gravita em torno de dois valores essenciais: a segurança e a justiça. Para realizar a justiça, tanto material como formal, preveem-se diferentes mecanismos que vão da redistribuição de riquezas ao asseguramento do devido processo legal. É para promove-la que se defende a

Por isso, poderá se afirmar que a segurança jurídica se posiciona como o mínimo existencial para uma sociedade organizada. A prescrição é instituto jurídico que se vincula diretamente com a ordem. Está intimamente relacionado com elementos formadores da segurança jurídica, pois o equilíbrio do sistema está atrelado com a pacificação dos conflitos intrinsecamente desenvolvidos. A manutenção da desordem incentiva a belicosidade e os efeitos do caos social.

Desastrosa seria a comunidade formada a partir de indivíduos que se mantivessem em efetiva tensão por conta da perpetuação dos conflitos ou das perseguições jurídicas decorrentes da instauração de um processo judicial. As feridas causadas nas interações sociais devem ser curadas, pois a manutenção de suas chagas em aberto apenas permitirá àquele que a possui relembrar do conflito vivenciado e, com isso, nutrir o sentimento de vingança<sup>375</sup>.

### 5.7.2 A prescrição e a segurança jurídica através da consolidação da situação

Popularmente se afirma que “o tempo cura todas as feridas” e esta frase, utilizada no cotidiano, é o reflexo da prescrição, quando interpretada pelo viés jurídico. Isso porque, diante da condição de premissa para a manutenção da ordem e da integridade das relações sociais, a relação temporal existente em razão do seu reconhecimento é a garantia da solidificação dos efeitos do ato jurídico praticado, fortalecendo, por consequência, a segurança jurídica. O temor da manutenção dos conflitos não resolvidos é afastado pela concretização do fenômeno extintivo que assegura ao violador do direito prosseguir com suas relações ordinárias, sem que carregue consigo o medo resultante da instabilidade de um conflito processual.

---

supremacia da Constituição e o acesso ao Judiciário, o respeito a princípios como da isonomia e o da retroação da norma punitiva mais benéfica. A segurança, por sua vez, encerra valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas. Ab-rogam-se em seu conteúdo, ao contrário, conceitos fundamentais para a vista civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações anteriormente controvertidas. Em nome da segurança jurídica, consolidaram-se institutos desenvolvidos historicamente com destaque para a preservação dos direitos adquiridos e da coisa julgada. É nessa mesma ordem de ideias que se firmou e difundiu o conceito de prescrição, vale dizer, da estabilização das situações jurídicas potencialmente litigiosas por força do decurso do tempo.” (BARROSO, Luís Roberto. *Prescrição administrativa: autonomia do direito administrativo e inaplicabilidade da regra geral do Código Civil*. Revista Trimestral de Direito Público. V. 27. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 89-107)

<sup>375</sup> Neste ínterim, suscita-se o ensinamento de Habermas: “Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que a ‘liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos’ (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 52)

Evidentemente que, no jogo de interesses, há consequências quando da consumação da prescrição, pois no mundo do direito haverá a extinção daquele por ela alcançado, resultando em prejuízos para uma das partes e benefício para outra diante da relação travada. A inércia terá como consequência o sacrifício do direito do sujeito e, por sua vez, o benefício do agente agressor que não poderá mais ser compelido judicialmente a restituir ao status quo ante à sua conduta lesiva. O transcurso do tempo é elemento resultante do aparecimento ou extinção de direito, o que qualifica a prescrição como um fato jurídico responsável pela aquisição ou extinção de direito subjetivo, justificado pela omissão do seu titular, quando lhe era exigida a atuação em face da ofensa experimentada.

Aquele que experimenta os efeitos da prescrição sacrifica indiretamente o seu direito em detrimento à ordem jurídica. Isso porque, mesmo sendo titular, sua inércia resultará na quebra do exercício da pretensão, o que acaba por ocasionar a manutenção da situação danosa contra ele causada. A inexistência da exigibilidade jurídica do cumprimento de obrigação de fazer ou restituir, posto que consumida pelo adimplemento do prazo prescricional, resulta na estratificação da situação fática, haja vista que a partir de então, a mudança somente será efetuada por mera deliberação do ofensor.

Ao se manter omissos quando lhe é imposto o dever de reagir, o sujeito de direito sofrerá limitações com o fito de manter incólume a segurança, pois, como dito, nada mais instável do que a perpetuidade de um conflito social. Porém, apesar desta afirmativa causar espanto num primeiro momento, não há como esquecer que o ordenamento deve estar atento para assegurar o estabelecimento de limites às perdas ocorridas por conta da prescrição. A própria lei que reconhece a perda da pretensão viabiliza balizas necessárias para assegurar a proporcionalidade dos efeitos que podem ser resultantes de sua configuração. Não por outro motivo que a prescrição se encontra prevista apenas para os direitos patrimoniais, sendo imune aos seus efeitos os de cunho existencial.

Garantir a manutenção da integridade e a eliminação da possibilidade de ingerência da forma do ente abstrato estatal através do Estado-Juiz nas relações travadas entre os seus componentes é um dos objetivos que dali se originam. As armas são depositadas e o campo de batalha do Poder Judiciário não poderá mais ser utilizado, pois o estado de pacificação restou consolidada e a beligerância deixará de ser alimentada, tudo em busca da manutenção da segurança jurídica.

Disso defluiu a ideia de que além da decisão judicial de mérito, a busca pelo preenchimento do conceito abstrato de justiça e, por consequência do alcance aos princípios da estabilidade e segurança também decorre a partir da interferência direta do transcurso do tempo. É interessante notar que o mesmo elemento – o tempo – que é causa de instabilidade no trato social, na medida em que o julgamento tardio de um processo é um comportamento não desejado<sup>376</sup>, o tempo também poderá ser um fato de consolidação de uma situação jurídica, assim como de exclusão da coercibilidade constante numa decisão judicial.

De fato, o transcurso do tempo é elemento pulsante para a paz social, pois quando decorrente da inércia do titular do direito acaba por resultar na tranquilização das relações sociais pendentes – à exceção das pretensões decorrentes dos direitos qualificados como imprescritíveis - na medida em que a própria lei impõe um limite temporal para o exercício da pretensão decorrente da violação do direito ou de sua ameaça

Configura-se como um instituto de ordem pública, o que resulta na impossibilidade do magistrado, em tese, de deferir ou indeferir pedidos após o transcurso do prazo legalmente reconhecido. Pensar de forma contrária seria atingir em cheio a estrutura da ordem jurídica, afetando sua estabilidade e a segurança, pilares da manutenção da integridade das relações jurídicas. O reconhecimento da possibilidade de pleito de um direito após a consumação do prazo prescricional, retira-a da condição de garantia da ordem jurídica, abrindo-se espaço, inclusive, para o fomento de um estado de exceção.

É interessante notar que a prescrição tem tamanha importância no ideal de segurança jurídica que seja qual for a área do conhecimento sob a qual atua, haverá sempre a vinculação com a manutenção da integridade do sistema na busca pela efetivação do ideal abstrato de justiça e a paz social. Independentemente do ramo do direito em que se encaixe a temática, perceberá que entre as linhas de seus contornos normativos, há sempre, a questão da estabilização das relações conflituosas, ainda que, neste caso, esteja o ente estatal participando diretamente.<sup>377</sup>

---

<sup>376</sup> Neste sentido, deve-se destacar que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado em suas súmulas segundo o qual a mora na prestação da atividade jurisdicional não poderá resultar em consolidação da prescrição ou decadência, conforme se depreende da leitura do enunciado 106, STJ: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.”

<sup>377</sup> Em mandado de segurança julgado junto ao Supremo Tribunal Federal, o Ministro Ilmar Galvão, quando da relatoria do RMS nº21562-7/DF, analisou matéria referente a ausência de manifestação de ofício por parte do julgador quanto à prescrição administrativa, e, para tanto, teceu comentários importantes acerca da diferenciação



### 5.7.3 A prescrição, a estabilização e a obrigação natural.

O reconhecimento da prescrição é a chancela de que qualquer tutela jurídica incidente sobre certo conflito – salvo os qualificados como imprescritíveis - constante no âmbito jurídico deve cessar. Tanto assim que a existência de lapso temporal prescricional deve ser vista como um elemento comum dentro do sistema, sendo a exceção a condição de imprescritibilidade de um direito. Aliás, este posicionamento é identificado no Código Civil quando estampa o prazo genérico apresentado pelo art. 205, posto que afirma ali que será de dez anos o período necessário para consumação da prescrição quando a lei não houver definido outro menor.

A contrário senso, o que se identifica é que aquele Diploma afirma que sempre haverá prescrição para os direitos – salvo aqueles qualificados como imprescritíveis -, sendo ela subsidiariamente de dez anos, quando não houve menção direta da norma a prazo menor. Portanto, caso queira estabelecer a imprescritibilidade, deverá fazê-lo de forma expressa, pois o silêncio resultará na subsunção ao quanto disposto no art. 205, do Código Civil vigente. Disso se extrai que mesmo diante da instabilidade resultante de um conflito entre os membros da sociedade, o fato é que ambos possuem a certeza de que o sistema não aceitará a manutenção

---

entre as modalidades de prescrição dentro do campo cível, administrativo e penal. Sob a caneta do Ministro, entende-se que:

“Com efeito, são ontologicamente distintos os institutos da prescrição nos diversos campos do direito. Enquanto no cível corresponde a uma exceção do devedor, que tem por efeito extinguir a ação do credor designada à efetivação da prescrição (de dar, de fazer e de não fazer) objeto de seu crédito, no crime, implica a perda, pelo Estado, do direito-dever de perseguir a punição do autor do delito. Por sua vez, a prescrição, no campo do direito administrativo disciplinar, a nenhum dos dois institutos se afeiçoa por inteiro.

Trata-se de discrepâncias que se devem, naturalmente, à diversidade de natureza dos objetivos colimados nas esferas jurídicas enfocadas.

Com efeito, enquanto nos domínios do cível tem-se em mira, de modo geral, como já dito, compelir o devedor ao cumprimento de uma prestação de natureza patrimonial em favor do credor; e ao passo que, no crime, o que se objetiva, precipuamente, é submeter o criminosos a uma restrição em sua liberdade de ir e vir; na ordem administrativa, nenhum comportamento concreto se pretende impor ao servidor faltoso, inexistindo, de parte deste, possibilidade de opor-se fisicamente à imposição da pena.

Assim, conquanto exista, inegavelmente, alguma identidade entre os três institutos, predominam os pontos de distinção, podendo-se indicar, entre outros, o fato de que, no cível, a regra é que da prescrição só conhece o julgador quando provocado pela parte interessada, enquanto no crime e no processo disciplinar, deve fazê-lo de ofício; de outra parte, se, no primeiro caso, a paralisação da ação, ou da execução, por inércia atribuível ao credor, pode reabrir ensejo à prescrição, a requerimento da parte, nos outros dois, a simples morosidade processual, ainda que imputável ao autor da ação, é suficiente para extinguir o próprio direito de ver punido o agente ou de ver-se-lhe aplicada a pena” (**MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PUNIDO COM PENA DE SUSPENSÃO. ACÓRDÃO QUE ANULOU O RESPECTIVO ATO, POR INCOMPETENCIA DA AUTORIDADE, MAS DEIXOU DE PRONUNCIAR A PRESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA, POR NÃO HAVER SIDO OBJETO DO PEDIDO.** Matéria cujo conhecimento independia de iniciativa do interessado. Prescrição verificada, ja que o bienio fluiu após a decisão anulatória da punição, não restando espaço temporal para julgamento do processo administrativo pela autoridade competente. Recurso provido. (RMS 21562, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 12/04/1994, DJ 24-06-1994 PP-16637 EMENT VOL-01750-01 PP-00080) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 21 jun. 2016)

desta situação de beligerância durante muito tempo, e que a manutenção da posição inerte por aquele que detém o interesse na defesa dos seus direitos resultará, com o passar do prazo legalmente estabelecido, na desobrigatoriedade do Estado-Juiz em compelir o devedor a fazê-lo.

Da mesma forma que há normas que impõem a maneira como se deve comportar os indivíduos na sociedade evitando-se, por consequência, a instauração de conflitos, a prescrição também deve ser vista como elemento pacificador. Evidentemente que o contorno a ela inerente não é o mesmo daquele existente na imposição de cumprimento da norma, pois neste último caso, o que existe é, efetivamente, o ajuste do ato lesivo para a manutenção do *status quo ante*. Ou seja, obriga-se o devedor a cumprir com um dever jurídico decorrente de uma norma em abstrato, alinhando-o ao que se espera pelo sistema.

Ocorre, porém, que no caso da prescrição isso não ocorre. Nesta hipótese, o que existe, na realidade, não é uma condução do desvio do atendimento aos anseios do ordenamento para dentro da moldura ideal, mas, sim, a retirada do direito de perseguir judicialmente o devedor pelo comportamento faltoso do credor. Os efeitos do ato incompatível com o complexo de normas continuarão a se manter, porém, o passar do tempo, fará com que o lesado não tenha mais a possibilidade de exigir do magistrado que imponha a obrigação de reestruturar aquilo que se encontra desalinhado<sup>378</sup>. Há, portanto, uma conscientização acerca da perda da pretensão, o que, de uma forma ou de outra, brinda a paz social, haja vista que caberá apenas ao Estado a capacidade de solucionar os conflitos, vetando-se a autotutela.

O fim máximo do interesse social é alcançado por este instituto. Isso porque, apesar de não adotar mecanismos judiciais, também repele a justiça feita com as próprias mãos. Na realidade, com a consumação do prazo prescricional, há a imputação por parte do regramento jurídico da responsabilidade pelo rompimento da possibilidade de início da persecução processual ao próprio titular deste direito. As portas e a efetividade do Poder Judiciário não poderão permanecer sempre à disposição do indivíduo e diante do princípio do amplo acesso à justiça,

---

<sup>378</sup> Maria Helena Diniz sustenta que: “O que caracteriza, na verdade, a prescrição é que ela visa a extinguir uma pretensão alegável em juízo por meio de uma ação, mas não o direito propriamente dito. Clóvis esclarece que não é a falta de exercício do direito que lhe tira o vigor, pois o direito pode conservar-se inativo por longo tempo, sem perder a sua eficácia. O não uso da ação (em sentido material) é que lhe atrofia a capacidade de reagir. Assim, havendo prescrição, há desoneração do devedor ante a negligência do credor em não propor ação de cobrança de dívida dentro do prazo estabelecido em lei, reclamando seu direito; porém tal fato não anula a obrigação do devedor, já que será válido o pagamento voluntário de dívida prescrita, cuja restituição não poderá ser reclamada” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil*. Vol 1. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 439)

a prescrição surge, exatamente, para mitigar a possibilidade de alcance deste último elemento, que se refere aos efeitos da decisão judicial. “Com efeito, mister que as relações jurídicas se consolidem no tempo. Há um interesse social em que situações de fato que o tempo consagrou adquiram juridicidade, para que sobre a comunidade não paira, indefinidamente, a ameaça de desequilíbrio representada pela demanda.”<sup>379</sup>

### 5.7.3.1 A pacificação social em decorrência da prescrição

Ao contrário do que ocorre com o julgamento meritório de uma demanda, na prescrição não se atentará ao interesse envolvido no conflito. A pacificação social não será construída a partir do reconhecimento do direito pertencente a qualquer das partes, mas, sim, na falta de interesse do Estado em examiná-lo em face da consolidação da situação factual decorrente do decurso do tempo. Apesar de aberta a chaga pelo direito atacado, há a consolidação da situação por conta do lapso temporal legal.

Quando se refere à prescrição na sua modalidade extintiva, não quer se falar em aquisição de direitos por parte do devedor. O que existe é a permanência do estado de integridade de seu patrimônio jurídico por conta da ausência de imposição judicial para cumprimento de supostas obrigações a ele vinculado. O devedor permanecerá acobertado pela inexigibilidade jurídica superveniente do direito do credor, sem que isso impossibilite o cumprimento voluntário, pois perde-se o cunho de obrigação jurídica para adentrar no âmbito da obrigação natural, detentora de contornos meramente morais.

O sistema jurídico acredita que, passado determinado período, a abertura de um processo causará ainda mais dor e desarmonia do que a manutenção da situação nos moldes em que se encontra. Por isso, afirma-se que a prescrição busca a manutenção da paz social sem se preocupar com os interesses envolvidos, pois, independentemente deste, não sendo hipótese de imprescritibilidade, a estabilização ocorrerá com a fulminação da viabilidade do exercício da pretensão no caso específico<sup>380</sup>.

---

<sup>379</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Parte Geral*. vol I. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 327;

<sup>380</sup> Lembra Pontes de Miranda que: “Na ciência jurídica, escoimada de teorias generalizantes, ‘prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação’. Serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações”

O surgimento da obrigação natural faz com que o estado conflitivo venha a quedar-se, posto que se trata de um simples dever de consciência reconhecido pelo direito. Portanto, conforme já mencionado neste capítulo, não há como sustentar que houve a destruição da possibilidade de exercício do direito – como ocorre com a decadência. O direito continuará incólume e caso o devedor queira. Cumprirá, sem que isso resulte em qualquer imposição objetiva por parte da legislação quanto ao credor. Desejando o sujeito passivo de uma provável demanda para adimplir com a obrigação que supostamente lhe caberia, o ativo poderá aceita-la.

O que inexistente, no caso, é a imposição judicial. Não poderá o credor requerer que o Poder Judiciário obrigue o devedor a cumprir a obrigação. Consumada a prescrição, estará fora de cogitação tal possibilidade, tanto assim que a doutrina brasileira afirma, quase que de forma uníssona, que o ataque da prescrição é à pretensão, voltando-se, ainda, para o direito de ação em sua amplitude material.<sup>381</sup>

Diante do quanto exposto, o tempo tem fundamental interferência no âmbito jurídico. Com um perfil multifacetário de ingerência, o transcorrer dos anos apresenta fortes consequências no mundo do direito que vão desde o nascimento do indivíduo, que resulta no marco inicial da aquisição da personalidade, como a identificação da evolução da capacidade desta mesma pessoa, isso para ficar apenas em poucos exemplos na seara civil, até o seu falecimento, diante do estabelecimento de regras sucessórias. Também apresentará reflexos no que concerne à aquisição de direitos, quando se fala em usucapião, ou mesmo em limitação de eficácia de negócios jurídicos – no caso do termo ou da condição – até alcançar a extinção de faculdades

---

(MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado, parte geral*, tomo VI, 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 100)

<sup>381</sup> Em sentido contrário, afirmando que a prescrição alcança o âmbito processual, Ramón Domínguez Aguila que assim estampa seu pensamento: “*se concibe la obligación natural como simple deber de conciencia reconocido por el derecho, no tiene sentido sostener que la prescripción extintiva sólo extinga la acción y no el derecho, ya que es imposible siquiera concebir la existencia de una obligación privada de exigibilidad. La obligación no es escindible en un pasivo o deuda y un crédito o derecho a exigir, sino que sólo hay obligación posible cuando el acreedor tiene poder de exigir la prestación, pues así se concibe el derecho subjetivo y con poder para alcanzar incluso con la garantía de la fuerza estatal, el patrimonio del deudor, y por lo mismo, si por la prescripción se retira al acreedor la posibilidad de ejecución con imperio, es la obligación misma la que se ha extinguido y ningún sentido tiene el entender que subsiste la obligación por el hecho que la ley reconozca ciertos deberes de conciencia. El deber de conciencia existe con o sin la prescripción.*” (AGUILA, Ramón Domínguez. *Las prescripción extintiva*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 44)

Em tradução livre: “Se conceber a obrigação natural como um simples dever de consciência conhecido pelo direito, não tem sentido sustentar que a prescrição extintiva somente extingue a ação e não o direito, já que é impossível que se queira conceber a existência de uma obrigação privada de exigibilidade. A obrigação não é exigível em um passivo ou devedor de um crédito ou direito a exigir, então somente há obrigação possível quando o credor tem a garantia da força estatal, o patrimônio do devedor, e por isso mesmo, se pela prescrição se retira do credor a possibilidade de execução com império, é a obrigação mesmo que se extingue e nenhum sentido tem em entender que subsiste a obrigação pelo fato de que a lei reconhece certos deveres de consciência. O dever de consciência existe com ou sem a prescrição”

jurídicas, como a que ora se analisa.<sup>382</sup> “Há, pois, um interesse de ‘ordem pública’ no das incertezas em torno da existência e eficácia dos direitos, e este interesse justifica o instituto da prescrição, em sentido genérico.”<sup>383</sup>

Há, portanto, um vínculo direto entre a prescrição e a ideia de interesse público. Não por outro motivo, suscita Yussef Said Cahali que “quando se diz que a prescrição é de ordem pública, tem-se em mente significar que foi estabelecida por consideração de ordem social, e não por interesse exclusivo dos indivíduos. Ela, assim, existe independentemente da vontade daquele quem possa prejudicar ou favorecer.”<sup>384</sup>

Diante da necessária vinculação da prescrição como um elemento de manutenção da integridade da segurança jurídica e, por consequência, sustentáculo do princípio da confiança, não se pode esquecer que o sistema jurídico levanta objeções ao transcurso ordinário do prazo prescricional. Há hipóteses estabelecidas no texto legal em que o legislador levantou a preocupação quanto a hipótese de manutenção do escoamento do tempo.

## 5.8 O PRAZO PRESCRICIONAL E OS ENTRAVES AO SEU TRANSCURSO

Por se tratar de hipótese necessária para a manutenção da incolumidade do ordenamento jurídico, a prescintibilidade do direito de ação é o ordinário. As situações de excepcionalidade ao curso do prazo prescricional são exceções e como tal houve a opção por parte do ordenamento jurídico pela sua previsão normativa expressa. Não por outro motivo que o direito estampa um feixe de direitos considerados como imprescritíveis, pois, não submetidos a uma prestação.

Exemplos dos mais diversos existem no texto legal, como o caso da ação de petição de herança na qual o autor busca com o provimento da demanda duas consequências nascidas a partir da decisão judicial: o reconhecimento do *status* de herdeiro, e a possibilidade de percepção da

---

<sup>382</sup> Segundo San Tiago Dantas: “Esta influência do tempo, consumido do direito pela inércia do titular, serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica, que é estabelecer a segurança das relações sociais. Como passou muito tempo sem modificar-se o atual estado de coisas, não é justo que se continue a expor as pessoas à insegurança que o direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmocles.” (DANTAS, San Tiago. Programa de direito civil, Parte Geral, p. 397 a 398)

<sup>383</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. vol 1. rev. atual. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 437

<sup>384</sup> CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e Decadência*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 24.

herança<sup>385</sup>. No primeiro caso, por se tratar de um direito que se verte para a condição do estado da pessoa, não agregado a uma prestação, o sistema reconhece-o como sendo imprescritível. Sendo assim, da mesma forma como acontece com o reconhecimento da paternidade, poderá o indivíduo exercê-lo a qualquer momento da sua vida, sem que lhe seja imposta a exceção de prescrição.

Por sua vez, no que se refere ao direito de perceber a herança, o comportamento do ordenamento apresenta-se divergente quando comparado à primeira hipótese analisada. Justifica-se porque se trata de um pleito de caráter econômico e como tal não se encontra elencado no mesmo rol dos direitos existenciais, mas, sim, no grupo daqueles alcançados pela prescrição. Sendo assim e diante da ausência de previsão específica constante no art. 206, do Código Civil, o lapso temporal que assegurará o direito de exigir judicialmente do devedor o pagamento da quantia devida será de dez anos.<sup>386</sup>

Isso implica dizer que qualquer questão que fuja dessa situação deve ser vista como excepcional e, portanto, apresentada em texto de lei a fim de que seja dado conhecimento amplo aos participantes das relações sociais sobre o mencionado fato. Por se tratar de norma de ordem pública, cujo interesse primordial ultrapassa aquele vinculado apenas aos sujeitos envolvidos para alcançar a coletividade como um todo, qualquer alteração no transcurso do prazo prescricional deverá vir devidamente estampado na norma jurídica.

Busca-se, com isso, o fortalecimento da segurança jurídica, cuja prescrição também é elemento formador. Afinal, sabedores de que toda pretensão ordinária está submetida ao decurso do tempo, pois não interessa a manutenção da viabilidade de conflitos de forma permanente, os

---

<sup>385</sup> Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.

<sup>386</sup> O STJ, ao analisar o caso sob as luzes do Código Civil de 1916, afirmou o que o prazo na ação de petição de herança será de vinte anos, prazo máximo à época para o tema da prescrição: **Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade c/c petição de herança e anulação de partilha. Decadência. Prescrição. Anulação da paternidade constante do registro civil. Decorrência lógica e jurídica da eventual procedência do pedido de reconhecimento da nova paternidade. Citação do pai registral. Litisconsórcio passivo necessário.** - Não se extingue o direito ao reconhecimento do estado de filiação exercido com fundamento em falso registro. - Na petição de herança e anulação de partilha o prazo prescricional é de vinte anos, porque ainda na vigência do CC/16. - O cancelamento da paternidade constante do registro civil é decorrência lógica e jurídica da eventual procedência do pedido de reconhecimento da nova paternidade, o que torna dispensável o prévio ajuizamento de ação com tal finalidade. - Não se pode prescindir da citação daquele que figura como pai na certidão de nascimento do investigante para integrar a relação processual na condição de litisconsórcio passivo necessário. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 693.230/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/04/2006, DJ 02/05/2006, p. 307) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 21 jun. 2016)

indivíduos não podem ser pegos de surpresa quanto à questão do tempo. Por isso, o Código Civil dedica duas seções do capítulo II, que envolvem os artigos 197 a 204 para o trato do tema.

No rol expresso pelo legislador civilista é possível encontrar causas que impedem o transcurso do prazo prescricional, interrompem o seu caminhar, ou, por fim, o suspendem. Os efeitos de cada um dos comportamentos variarão de acordo com a hipótese prevista em lei, sendo algumas mais incidentes sobre o lapso temporal, obstando, inclusive o início da sua marcha. Exatamente por se exigir a previsão no texto normativo, a interpretação das causas restritivas quanto à prescrição sempre se desenvolveu dentro dos parâmetros do positivismo exacerbado, ou seja, a partir da adoção da subsunção plena da norma abstrata ao caso prático<sup>387</sup>.

Mesmo diante da previsão normativa expressa, o estudo aprofundado das hipóteses ali vigentes se torna necessário para uma aplicação correta no mundo dos fatos. As demandas processuais exigem do exegeta que ele esteja apto para enfrentar as variações não previstas diretamente pelo legislador abstrato, a fim de assegurar o correto funcionamento do sistema como um todo. Nesta toada, o trabalho hermenêutico realça, ainda mais, a sua importância por ser ele o responsável pelo não afastamento do objetivo da norma com os anseios sociais.

Apesar do destaque mencionado não serão analisadas todas as hipóteses que interferem diretamente na fluência do prazo prescricional. O corte epistemológico exigido para a construção do presente trabalho impõe a necessidade de uma abordagem limitada ao problema proposto inicialmente, razão esta que imporá ao leitor se deparar com uma análise que se amoldará apenas no que se refere àquelas situações trazidas pelos arts. 197 ao 199 do Código Civil, sob pena de fuga da temática que ora se propõe analisar.

---

<sup>387</sup>A Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, quando do julgamento do Recurso de Revista de nº 28400-44.2008.5.04.0701 afirmou que “a matéria de prescrição é de ordem pública, estando todas as suas possibilidades devidamente indicadas nos dispositivos legais e constitucionais. No caso de suspensão do contrato de trabalho em razão de afastamento e percepção do auxílio-doença, nenhuma previsão é encontrada no ordenamento jurídico.” Ementa: RECURSO DE REVISTA - SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - AUXÍLIO-DOENÇA - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - AUSÊNCIA DE INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO 1. A matéria de prescrição é de ordem pública, somente ocorrendo suas causas suspensivas e interruptivas de acordo com as previsões estabelecidas no ordenamento jurídico. 2. Por consequência, o afastamento do empregado em gozo de auxílio-doença ou aposentado por invalidez não enseja a suspensão do prazo prescricional para o exercício da pretensão às verbas trabalhistas. Isso porque a suspensão do contrato de trabalho não acarreta, como corolário, a suspensão da prescrição, por inexistência de previsão legal. Precedentes da C. SBDI-1. Aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 375 da SBDI-1. Recurso de Revista não conhecido. (TST. RR 284004420085040701 28400-44.2008.5.04.0701 . Org. Julg. 8ª Turma. Rel. Maria Cristina Irigoyen Peduzz. Julg. 16 de fevereiro de 2011) (TST. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>; acesso em 21 jun. 2016)

### 5.8.1 Um olhar sobre as hipóteses específicas de impedimento/suspensão da prescrição

Como mencionado, o prazo prescricional poderá experimentar excepcionalidades ao seu transcurso que, previstas diretamente no texto legal, causam consequências diretas como a suspensão, a interrupção ou o impedimento do seu cômputo. Tratam-se de hipóteses que resultam na desconsideração por parte do sistema jurídico da inércia do titular. Melhor dizendo: são situações em que o ordenamento aceita a posição omissiva por parte do titular do direito, sem que isso resulte em imputação da perda do direito de pleitear a tutela judicial que lhe é cabível, por considerar demasiadamente agressiva a consequência de fato do instituto<sup>388</sup>.

Numa rápida comparação com o quanto previsto no Código Civil revogado, o Diploma em vigor optou por dar continuidade com a distinção existente entre a suspensão e a interrupção da prescrição, posto que, na primeira hipótese o transcurso do prazo prescricional sofrerá uma pausa, ou seja, enquanto presente a situação legalmente prevista, não correrá. Inexistindo tal hipótese, a fluência seguirá a partir do momento exato em que houve o congelamento do fluxo. É exatamente neste ponto que reside a diferenciação com a interrupção, pois, neste caso, após a extinção do fato gerador influenciador do curso prescricional, o lapso de tempo retornará ao início, desconsiderando tudo o quanto transcorrido até o momento.

De fato, conforme conclui Gustavo Kohl Muller Neves<sup>389</sup>, as hipóteses de suspensão/impedimento do curso temporal da prescrição encontram-se inseridas em razões de cunho subjetivo, ou seja, voltam-se para uma perspectiva de análise da qualidade do credor ou do devedor, sendo elas as razões que autorizam a não fluência do prazo pois demonstram a impossibilidade de sua reação diante da lesão sofrida. Entendimento outro, por sua vez, está nas hipóteses de interrupção que exigem uma abordagem mais objetiva quanto às causas legalmente previstas.

Dito isso, ainda que de forma sumária, conforme mencionado anteriormente, a abordagem que ora se desenvolverá, restará voltada diretamente para a perspectiva das causas suspensivas/interruptivas.

---

<sup>388</sup> MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.740

<sup>389</sup> NEVES, Gustavo Kloh Muller. *Prescrição e Decadência no Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). *A parte Geral do Novo Código Civil*. 2 ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2003, p. 427/441



### 5.8.1.1 A prescrição e os cônjuges ou os companheiros

A primeira hipótese esclarecida pelo legislador civil versa acerca do núcleo mais íntimo do indivíduo, qual seja: a perspectiva familiar. Afirmo o art. 197, I, que não correrá prescrição entre os cônjuges, enquanto perdurar a sociedade conjugal. Em atenção ao seu preceito fundante de mantenedor da paz social com a quebra do estado permanente de beligerância, a legislação preocupou-se em afastar por completo o transcurso do prazo em questões envolvendo os cônjuges de forma mútua.

Seria desastroso para o convívio da família e, subsequente, manutenção do casamento, a permanência de fluidez do prazo prescricional, por exemplo, para uma dívida decorrente de empréstimo de valores pertencentes a um dos cônjuges para o outro. Certamente, se o lapso temporal continuasse a correr, qualquer dos cônjuges sairia prejudicado na relação, isso porque, caso o credor não exercesse seu direito de ação, transformaria a dívida exigível em obrigação natural. Por sua vez, se ingressasse junto ao Poder Judiciário para reaver o montante objeto do negócio jurídico em questão, instalaria a situação conflitante dentro do seu âmago de relação mais íntimo: sua família.

Por isso, há a imposição impeditiva do correr do prazo prescricional. Havendo qualquer tipo de ofensa à direito entre os consortes, não será possível se falar em prazo para exercício do direito de ação. Não se aceita, nem mesmo, o início, pois o congelamento atinge a sua origem e neste estado permanecerá durante todo o momento da existência da sociedade conjugal.

Quando celebrado o casamento, surge para os cônjuges duas consequências diretas: a formação do vínculo matrimonial e o estabelecimento da sociedade conjugal. A construção do efetivo enlace casamentário decorre, exatamente, da manutenção da higidez destes dois pilares. Isso porque, quando se fala em “vínculo matrimonial” está a se sustentar a impossibilidade de celebração de novo casamento, haja vista que o direito brasileiro é aderente ao ideal de monogamia. Nesta esteira, havendo vedação de celebração de dois casamentos ao mesmo tempo, a criação do vínculo matrimonial é de fundamental importância, pois mantém a harmonia do sistema com o pensamento monogâmico ainda vigente, tanto assim que uma de suas consequências diretas é a alteração do *status* social para “casado”.

Porém, para além do reconhecimento do casamento, há o nascimento de direitos e deveres entre os cônjuges, elementos estes que se justificam pela manutenção da sociedade conjugal. Numa

perspectiva gráfica, seria possível dividir ambos em dois círculos, sendo que o da sociedade conjugal estaria inserido no âmbito daquele representativo do vínculo matrimonial. Não há como sustentar a existência daquele, sem que antes se estabeleça este, por ser dele dependente e inserto em seus elementos fundamentais.

Estabelece o art. 1.566 o rol de deveres inerentes a ambos os cônjuges que compreendem a temática referente aos deveres do matrimônio. É bem verdade que socialmente, e juridicamente, esses deveres do casamento passaram a ser relativizados, como ocorre com aquela constante no inciso II que trata da “vida em comum, no domicílio conjugal”.<sup>390</sup> Portanto, trata-se de instituto resultante do vínculo matrimonial, já que tais deveres decorrem, diretamente da celebração casamentária.

Durante muito tempo, o casamento era considerado como indissolúvel. Em razão de fortes influências religiosas, o vínculo celebrado pelo líder religioso – que tradicionalmente era o Padre – não poderia ser desfeito por vontade das pessoas, por se tratar de um enlace chancelado pela divindade. Ocorre que, em razão de forte pressão social, principalmente em decorrência da independência financeira feminina, nos idos de 1970, foi promulgada a lei 6515/77 que transformou uma das bases matrimoniais, haja vista que, a partir de então, o a dissolubilidade passou a ser uma de suas características.

Abria-se, então, a possibilidade de manejo de procedimento de divórcio que, assim como ocorre com a morte, passou a ser uma opção para a dissolução do vínculo matrimonial. Estaria, portanto, livre, o indivíduo – agora qualificado como divorciado – para casar-se novamente, sem que isso implique ofensa ao ideal de monogamia. Porém, também há a via da separação, a qual não alcança uma profundidade tão elevada a destruir o enlace matrimonial, mas, apenas os deveres do casamento, pois restrito à sociedade conjugal. Nesta hipótese, o indivíduo ainda continuaria visto pelo sistema com o *status* de casado, porém, sem as obrigações decorrentes do matrimônio<sup>391</sup>.

---

<sup>390</sup> Vale salientar, por exemplo, que, atualmente, não se exige mais a moradia sob o mesmo teto como dever do casamento. Aceita-se, com bastante tranquilidade doutrinária, que esta não é uma condição obrigatória, não sendo, nem mesmo exigível para a configuração da união estável, conforme se depreende do quanto constante no enunciado nº 382 do STF que assim estabelece: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.”

<sup>391</sup> **RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10. DIVÓRCIO DIRETO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. SUBSISTÊNCIA.** 1. A separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens, podendo, todavia, ser revertida a qualquer momento pelos cônjuges (Código Civil, arts. 1571, III e 1.577). O

No que se refere à incidência da prescrição, custa destacar que o legislador foi claro ao afirmar que a hipótese de impedimento ou interrupção do prazo somente ocorrerá enquanto perdurar a sociedade conjugal. Isso demonstra que a efetiva preocupação da lei está vinculada com a manutenção da harmonia entre os cônjuges apenas enquanto entre eles houver deveres decorrentes do matrimônio. Findo este complexo de direitos, - de acordo com as hipóteses previstas no art. 1.571 do CC<sup>392</sup> -, o início da prescrição se efetivará, pois, certamente, acredita o legislador que neste momento não há mais razões para encaixar a situação fática em tal hipótese excepcional, pois desprovido de justificativas afetivas ou morais para tanto.

Não custa nada lembrar que o impedimento ou a suspensão do prazo recursal se dá apenas para as hipóteses em que os cônjuges. Como dito anteriormente, se apresentam mutuamente numa situação passível de desaguar em demanda judicial, ou seja, no exercício do direito de ação. Estando ambos no mesmo polo da demanda, não há que se falar nesta hipótese excepcional, pois, como dito, inexistente o conflito justificador para tanto.

A leitura do texto de forma restrita ao seu conteúdo expresso resultaria em quebra da integridade principiológica do sistema, o que significa dizer que a hermenêutica desenvolvida deve permear a constitucionalização do direito civil. Com isso, atualmente é plenamente aceita a possibilidade de aplicação desta hipótese de interferência no curso do prazo prescricional para as situações envolvendo união estável<sup>393</sup>, apesar do texto de referência nada mencionar sobre o assunto.<sup>394</sup>

---

divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo matrimônio (Código Civil, arts. 1571, IV e 1.580). São institutos diversos, com conseqüências e regramentos jurídicos distintos. 2. A Emenda Constitucional nº 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial. 3. Recurso especial provido. (REsp 1247098/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 16/05/2017) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 21 jun. 2016)

<sup>392</sup> Art. 1.571, CC. A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio.

<sup>393</sup> Enunciado nº 296 da Jornada de Direito Civil: “não corre prescrição entre os companheiros, na constância da união estável”. Da mesma forma, por todos, Cristiano Chaves e Nelson Rosenlvaad afirmam que: “vale o registro de que, embora o Código Civil não faça menção expressa, há de se entender que também não haverá curso do prazo prescricional na constância da união estável (entre companheiros), hetero ou homoafetiva, interpretando construtivamente o art. 197 da Lei Civil. É que a *ratio* da referida norma legal é, por evidente, a proteção do núcleo familiar, valendo lembrar que o art. 226 da *Lex Legum*, ao proclamar a *pluralidade das entidades familiares*, afirma contar a família, seja ela qual for com uma *especial proteção do Estado*. Assim, explicita-se uma impossibilidade de discriminação entre os diferentes tipos de grupos familiares.” (destaques no original) (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. Vol 1. rev. atual. Amp. 15 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 743)

<sup>394</sup> Neste mesmo sentido, GONÇALVES, Carlos Roberto. *Prescrição: questões relevantes e polêmicas*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas no novo código civil*. São Paulo: Método, 2003. v. 1. p. 96, entende que, entre os conviventes, há suspensão do prazo prescricional. Da mesma forma, o STJ acompanha a posição segundo a qual a configuração de União Estável justifica a aplicação do inciso I do art. 197 do Código Civil:

### 5.8.1.2 A prescrição e a relação entre ascendentes e descendentes

Ainda preocupado com a questão envolvendo as relações familiares, o legislador volta os olhos para o trato destinado, não mais uma relação horizontal, mas, sim, vertical. No caso do inciso II do art. 197, o Código Civil afirma não ocorre prescrição entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar. Apesar de ter alterado os sujeitos envolvidos, a justificativa para a manutenção do caráter excepcional para a prescrição possui o mesmo fundo justificador: a preservação da paz intrafamiliar.

Estando submetidos ao poder familiar, os descendentes não terão contra si o início do prazo prescricional quando do outro lado estiver um de seus ascendentes. O mesmo entendimento se aplica para a linha contrária, pois o foco central nesta hipótese é a questão da submissão ao poder familiar, pouco importando quem será o detentor do direito de ação que poderia ser consumido pela prescrição. Findo esta condicionante, a máquina iniciará o seu funcionamento, com isso, a prescrição transcorrerá de forma normal.<sup>395</sup>

Merece destaque que esta hipótese legal não se relaciona com a questão de ser a pessoa absolutamente ou relativamente incapaz. Trata-se de uma modalidade de interrupção/suspensão da prescrição voltada exclusivamente à condição de que o indivíduo se encontra submetido ao Poder Familiar que nada mais é do que a gerência que os pais detêm da vida dos seus filhos menores. Isso implica dizer que, apesar das alterações trazidas no âmbito da teoria das incapacidades pelo regramento inaugurado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, em nada altera esta previsão legal, pois, como dito, a questão da teoria das incapacidades não é relevante.

É interessante notar que o legislador optou pelo uso das expressões “descendentes” e

---

**AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL. AJUIZADA NO MESMO ANO DO ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO.** 1. A tese jurídica veiculada nas razões do regimental não é capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado no decisum ora impugnado. 2. No caso dos autos, não procede a alegação de que teria ocorrido a prescrição da pretensão ao próprio fundo de direito, uma vez que a ação de reconhecimento de união estável foi proposta no ano do óbito do instituidor da pensão e a ação de pensão por morte foi proposta um ano após o reconhecimento judicial da união estável. 3. Decisão que se mantém por seus próprios fundamentos, pois o agravante não trouxe argumentos novos, capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram o julgado. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 282.263/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/03/2013, DJe 18/03/2013) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 21 jun. 2016)

<sup>395</sup> **Prescrição. Ação entre descendente e ascendente. Causa impeditiva ou suspensiva.** Durante o pátrio poder, não corre a prescrição entre ascendente e descendente. Trata-se de regra jurídica a favor de ambos. Extingue-se o pátrio poder pela maioria, e esta começa aos vinte e um anos completos. Cód. Civil, arts. 168-II, 392-III e 9º. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 90.277/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/11/1998, DJ 08/03/1999, p. 215) STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 22 jun. 2016)

“ascendentes” ao invés de pais e filhos, o que implica o reconhecimento de um caráter muito mais amplo, pois não traz a abordagem da espécie propriamente dita, mas, sim, do gênero. Ocorre que, para que os efeitos do artigo retromencionados se façam valer, deve-se lembrar da exigência quanto à prevalência do Poder Familiar, sem ele, não há que se falar em incidência da hipótese abstrata do inciso II, do art. 197, do Código Civil.

### 5.8.1.3 A hipótese dos tutelados e curatelados e a influência no prazo prescricional

Por fim, para encerrar o artigo que trata da suspensão da prescrição envolvendo relações intrafamiliares, o inciso III, do art. 197, do Código Civil, esclarece que também será causa impeditiva ou interruptiva a tutela e curatela, pois entre os tutelados e seus tutores e os curatelados e seus curadores não correrá prescrição. Mais uma vez, mostra-se a preocupação com a manutenção da integridade familiar, por ser este o núcleo essencial do indivíduo.

No caso da tutela, sua existência ocorre como meio de substituição à ausência de pessoas habilitadas a exercer o Poder Familiar sobre a criança ou o adolescente. Trata-se de casos em que os genitores foram destituídos, encontram-se ausentes ou falecidos e, por isso, deixam o incapaz – aqueles até dezoito anos – desprovido de sujeito hábil a gerir suas condutas, seja através da representação ou da assistência. Diante deste fato, reconhece-se a possibilidade de nomeação de uma terceira pessoa que se tornará habilitada para ocupar este lugar, não deixando o menor de idade desprovido da proteção jurídica que lhe é devida em face de sua incapacidade.

Ocorre, porém, que, conforme explicado anteriormente a redação contida no Código Civil de 1916, assim como aquela apresentada originalmente pelo Diploma posterior apresentavam hipóteses em que o sistema reconhecia a incapacidade posteriormente ao alcance da maioridade, quando o sujeito detentor de enfermidades mentais ou físicas<sup>396</sup>. Neste caso, há o instituto da

---

<sup>396</sup> **PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INSUFICIENTE A SIMPLES MENÇÃO DE DIPLOMA LEGAL. PRESCRIÇÃO. INCAPAZ. ART. 169-I DO CC. RECURSO DESACOLHIDO.** I - SEGUNDO O DISPOSTO NO ART. 169-I DO CC, NÃO CORRE A PRESCRIÇÃO CONTRA OS INCAPAZES, ENTRE ELES INCLUIDA A PESSOA INTERDITADA POR DOENÇA MENTAL E SUBMETIDA A CURATELA. II - NÃO BASTA A CONFIGURAÇÃO DA NEGATIVA DE VIGENCIA A LEI FEDERAL A SIMPLES INDICAÇÃO GERICIA DE DIPLOMA LEGAL, SEM A PARTICULARIZAÇÃO DAS NORMAS QUE TERIAM RESTADO VIOLADAS. (REsp 70.702/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/1998, DJ 23/03/1998, p. 112) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 22 jun. 2016)

**RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. CURATELA.** OS ARTIGOS 164, 168, III, E 169, I, DO CÓDIGO CIVIL DEVEM SER INTERPRETADOS CONJUNTAMENTE. O ART. 169, I, NORMA ESPECIAL, RELATIVAMENTE A QUE ESTATUI A PRESCRIÇÃO COMO REGRA GERAL, FAVORECE OS

curatela, no qual recaia sobre o terceiro o *mínus* de administração, principalmente, do patrimônio daquele qualificado como incapaz pelo ordenamento jurídico.

Atualmente, com a promulgação da Lei 13.146/2015, a hipótese de incidência da curatela foi reduzida a patamares ínfimos quando comparado com toda a sua atuação anteriormente existente. Isso porque, o legislador, conforme mencionado, retirou todas as hipóteses de incapacidade absoluta existente no Código Civil, à exceção daquela vinculada à idade, e também modificou profundamente as situações em que resta configurada a incapacidade relativa. Foi extraído do texto legal a previsão do deficiente físico no rol daqueles desprovido de capacidade, seja ela absoluta ou relativa. Ademais, outra modificação foi a alteração da situação que alcançava aqueles que não tivessem condições de expressar a sua vontade, ainda que de forma passageira do âmbito da incapacidade absoluta para a relativa.

Portanto, conforme se observa, a curatela se aplica para as hipóteses previstas no art. 4º do Diploma Civil, pois, há apenas uma situação em que seria possível adequar-se ao conceito de absolutamente incapaz, situação esta direcionada à tutela, por se tratar exclusivamente de pessoas com idade compreendida entre zero e dezesseis anos incompletos. Ademais, no que se refere aos deficientes físicos, ainda foi mantida a previsão da curatela, porém, em hipóteses mais difíceis de serem chanceladas, pois diante dos preceitos filosóficos constantes no EPD<sup>397</sup>,

---

INCAPAZES RELACIONADOS NOS ART. 5. O ART. 164, POR SUA VEZ, AO MENCIONAR AS PESSOAS QUE A LEI PRIVA DE ADMINISTRAR OS PROPRIOS BENS, LOGICAMENTE COMPREENDE APENAS OS INDICADOS NO ART. 6. NÃO CORRE A PRESCRIÇÃO CONTRA OS CURATELADOS. (REsp 6.225/SP, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/11/1990, DJ 17/12/1990, p. 15364) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 22 jun. 2016)

<sup>397</sup> Art. 84 da Lei 13.146/2015. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Art. 85 da Lei 13.146/2015. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Art. 86 da Lei 13.146/2015. Para emissão de documentos oficiais, não será exigida a situação de curatela da pessoa com deficiência.

Art. 87 da Lei 13.146/2015. Em casos de relevância e urgência e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, será lícito ao juiz, ouvido o Ministério Público, de ofício ou a requerimento

deve o magistrado buscar preferencialmente a concretização da tomada de decisão apoiada, em detrimento à curatela que permanecerá numa perspectiva subsidiária.

Apesar das modificações legais efetuadas, percebe-se que o legislador, na questão da prescrição, em nada alterou o texto original. A previsão constante no inciso III do art. 197 trata de direito de ação vinculado às ofensas perpetradas “internamente”, por assim dizer. Em outras palavras, refere-se há hipótese em que há conflitos de direitos vertidos entre o próprio tutelado/curatelado e seu tutor/curador e não deles com terceiros. Nesta esteira, as alterações legais retromencionadas não alcançariam o texto em questão, pois ainda se mantém o instituto da tutela e o da curatela, apesar deste último, como dito, sofrer restrições em sua amplitude de aplicação<sup>398</sup>.

#### 5.8.1.4 A prescrição e as causas que alcançam a manifestação de vontade

Ainda no que se refere as causas de impedimento ou suspensão da prescrição, o legislador civilista abre um novo rol com três hipóteses que se encontram previstas no art. 198. A opção pela alteração na linha de entendimento trazida pelos incisos constantes no art. 197 tem certa lógica, pois, como mencionado, no caso deste dispositivo, resumiu-se o legislador ao trato de matérias envolvendo questões intrafamiliares. Neste entendimento, situações outras que não estejam abrangidas por tal perspectiva não poderiam ser arroladas pelo mencionado art. 197, sendo necessária a abertura de outro paradigma normativo, como, corretamente o fez o Diploma Civil.

Nas situações apresentadas pelo art. 198 percebe-se que houve o fito de reunir num só dispositivo legal aquelas voltadas para a impossibilidade de manifestação de vontade de forma livre e desimpedida. Não por outro motivo, o legislador elencou três hipóteses que quando colocadas em paralelo acabam por ensejar o espelhamento efetivo desta opção legislativa, não

---

do interessado, nomear, desde logo, curador provisório, o qual estará sujeito, no que couber, às disposições do Código de Processo Civil.

<sup>398</sup> A hipóteses apresentadas pelo art. 197 devem ser consideradas apenas para prescrição, não alcançando para situações de decadência, por ausência de previsão legal para tanto. Isso implica dizer que independentemente, por exemplo, de estar submetido ao poder familiar, haverá curso da decadência. Em sentido contrário prevê o art. 178, III do Código Civil que haverá suspensão da decadência do direito de pleitear a anulação do negócio jurídico celebrado pelo incapaz, já que o prazo, para tanto, somente começará a correr a partir da aquisição da capacidade plena.

restando dúvidas quanto a esta organização legal.

Outro detalhe interessante constante no mencionado artigo pode ser observado, desde já, com uma simples leitura dos incisos que o compõe. Isso porque, resta li mencionado, em todas as modalidades a expressão “contra”, o que significa dizer que o impedimento ou a suspensão do curso do prazo prescricional não ocorrerá quando a prescrição favorecer as pessoas arroladas no mencionado dispositivo legal. Em outras palavras: sendo benéfico o curso do lapso de prescrição para alguns daqueles ali elencados, não poderá ser suscitada nenhuma das hipóteses previstas, pelo menos, no art. 198, pois tais exceção somente serão ativadas no caso de haver questão prejudicial.

A primeira hipótese trazia pelo texto legal envolve aqueles considerados como absolutamente incapazes. Com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, houve supressão, praticamente, todas as hipóteses atinentes à incapacidade absoluta, restando, apenas a situação que envolve idade do indivíduo, pois, ainda permaneceu como tal, aquele que detiver idade entre zero e dezesseis anos incompletos.

Ademais, diante da atual formatação das teorias da incapacidade, resta salientar que não seria possível, na hipótese do inciso I do art. 198, sustentar a suspensão do prazo prescricional. Isso porque, por haver apenas, segundo o texto de lei – numa interpretação restritamente positivista – uma situação em que o indivíduo será considerado como absolutamente incapaz, a causa de suspensão estará descartada. Ora, somente será visto como tal aquele sujeito que possua de zero a dezesseis anos incompletos, o que implica dizer que, desde o seu nascimento, ele já é absolutamente incapaz, portanto, desde sempre o prazo de prescrição não poderá se iniciar, ou seja, somente se fala em hipótese de impedimento, pois o seu transcurso já se encontrará limitado desde o nascedouro.

Sendo assim, pela leitura restrita da lei, em tese, somente haveria interrupção da prescrição para aqueles considerados como menores de idade. Afirma-se, em tese, pois, a linha de entendimento ora exposta versa acerca da análise da possibilidade de ampliação desta excepcionalidade ao curso da prescrição. Desta maneira, não se estenderá por mais os comentários acerca do inciso I do art. 198, visto que haverá oportunidade posterior para o trato aprofundado sobre o tema.<sup>399</sup>

---

<sup>399</sup> Apesar de ser causa de interrupção da prescrição, o Código Civil afirma expressamente que não poderá se falar em ofensa ao transcurso do lapso decadencial a hipótese prevista no inciso I do art. 198, conforme consta em seu texto do art. 208.



Prosseguindo neste trilhar, o legislador afirma que também será causa de impedimento ou suspensão de prescrição quando o sujeito estiver ausente do país em exercício de atividade que atenda ao interesse público, ou seja, em “serviço público da União, dos Estados e dos Municípios”. Em face do atendimento ao anseio de uma coletividade, não poderia o indivíduo ser punido pelo transcurso do prazo prescricional, haja vista que reina sobre o direito brasileiro a supremacia do interesse público sobre o particular.

Há a imposição para o deslocamento para missão fora do país em representação ao interesse da sociedade brasileira. Isso demonstra o atendimento a interesses muito maiores do que aquele adstrito ao indivíduo, o que, em tese, impõe-lhe o dever de cumprimento. Portanto, manter o prazo prescricional no seu curso normal seria colocar o indivíduo numa situação por demais gravosa, haja vista que, como mencionado, abre-se mão dos seus interesses em detrimento ao atendimento dos anseios sociais.

Por fim, ainda no que se refere àqueles que não podem exprimir sua vontade há os militares que foram deslocados para os campos de batalha em tempos de guerra. Trata-se de uma hipótese com alto grau de inaplicabilidade, até mesmo por conta da postura do Estado brasileiro em suas relações internacionais. Porém, havendo declaração de guerra, o Militar terá a prescrição contra si suspensa ou bloqueada para o seu transcurso<sup>400</sup>.

#### 5.8.1.5 Outras hipóteses de suspensão/impedimento do curso do lapso prescricional

Não apenas nos aspectos do sujeito o Código Civil se deteve para a questão da fluência do prazo prescricional. Dedicou o legislador o estudo mais aprofundado sobre a temática ampliando sua atuação para além das hipóteses anteriormente mencionadas, inserindo-se no âmbito do negócio jurídico propriamente dito.

Como se sabe, ao celebrar o negócio jurídico, nem sempre a sua eficácia será imediata, pois podem as partes condicioná-la a início dos seus feitos em momento posterior ao instante de sua celebração, retirando-o da condição de negócios jurídicos de eficácia imediata. São, portanto,

---

<sup>400</sup> Vale lembrar que o militar que se encontrar a serviço do país, no exterior, porém em situação que não seja de guerra declarada, também terá excepcionalidades no curso do seu prazo prescricional. Isso porque, ele estará ausente do país em atenção aos interesses da União. Por exemplo, como se sabe, o Brasil possui tropas no Haiti em missão humanitária. Para estes miliares, não correrá prescrição em razão do seu afastamento da pátria, o que o adequa à previsão constante no inciso II do art. 199 do Código Civil.

o que a doutrina denomina de “clausulas acidentais”<sup>401</sup> e que possuem como finalidade única e exclusiva a modificação da sua eficácia através de pontuações de restrição ou retardo do início da exigibilidade do enlace.

Especificamente ao tema, verifica-se que o legislador civilista previu três elementos que alcançam o plano da eficácia do negócio jurídico: a condição, o termo, o modo ou o encargo. Apesar de não ser a temática do presente trabalho, resta esclarecer, em resumo, que a condição e o termo tratam-se de submissão a evento futuro, diferenciando-se apenas no que se refere à certeza ou não do seu acontecimento, ou seja: enquanto a condição volta-se para um evento futuro e incerto, o termo exige a certeza no acontecimento do fato que influenciará na eficácia do ato.

Por sua vez, o modo ou encargo geralmente está vinculada a atos de deliberalidade do indivíduo, como no contrato de doação ou no testamento e consiste numa prestação ou uma obrigação em face de terceiros ou direcionado para sujeito indeterminado, mas que tem o condão de influenciar diretamente na eficácia do enlace caso não seja cumprida pela parte que a ela se submete, desde que esta exigência esteja expressamente mencionada no ato, conforme dispõe o art. 136 do Código Civil.<sup>402</sup>

Diante dessas hipóteses de influência na eficácia do negócio jurídico, verifica-se que haverá modificação de seus efeitos a depender do momento em que os negociantes estipulem sua atuação. Sendo assim, há condições resolutivas e suspensivas que podem ser impostas ao negócio jurídico e que, a depender da sua modalidade, poderão exterminar os efeitos do negócio jurídico ou, simplesmente, retê-los até a sua concretização. No primeiro caso, fala-se em condições resolutivas, enquanto que na segunda modalidade, aplicam-se as suspensivas, ou que significa dizer que, na hipótese suscitada em primeiro lugar, o direito existe, e quanto ocorrer a efetivação da cláusula acessória, ele se extinguirá. Por sua vez, na segunda hipótese, ainda não há o direito, pois aguarda a realização da condição suspensiva para que o marco inicial seja concretizado.

Esclarecidas esses aspectos iniciais, verifica-se que o legislador civilista impôs a suspensão ou impedimento do fluxo prescricional para hipóteses em que o negócio jurídico esteja pendente

---

<sup>401</sup> Por todos eles: DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil*. Vol 1. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>402</sup> Art. 136, Código Civil. O encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no negócio jurídico, pelo disponente, como condição suspensiva.

de condição suspensiva. Trata-se de hipótese em que os efeitos do enlace jurídico ainda não ocorreram, o que implica dizer que ainda não se estruturou o direito, não havendo, portanto, razão para o fluxo do prazo prescricional, haja vista que, inexistente, também, ainda, a pretensão.<sup>403</sup>

A mesma linha de entendimento deve ser observada para a segunda hipótese do art. 199, II, quando o legislador afirma que também não correrá prescrição “não estando vencido o prazo”. Caso o lapso temporal concedido a uma das partes para o cumprimento da obrigação não se encontre exaurido, não há como se falar em pretensão ao direito, pois não houve sua violação, ainda. Neste caso, da mesma forma como explicado anteriormente, inexistindo o direito, não há como sustentar o início do marco prescricional.<sup>404</sup>

Ainda no que se refere art. 199, há a última hipótese vinculada que se refere à

---

<sup>403</sup> Neste sentido, entende o STJ acerca da aplicação do inciso I do art. 199 para a hipótese de relação de seguro, pois, segundo sustenta aquele Tribunal, o prazo deve indiciar-se a partir do momento em que a seguradora atende a solicitação: **PRAZO PRESCRICIONAL. SEGURO DE VIDA. CONTRATO CELEBRADO POR TELEFONE. AÇÃO DO SEGURADO CONTRA O SEGURADOR. TERMO INICIAL. DATA DA REMESSA DA APÓLICE AO SEGURADO. IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE, DE FIXAR O TERMO INICIAL NA DATA EM QUE O SEGURADO TOMOU CIÊNCIA DA RECUSA DA SEGURADORA AO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO. CONDIÇÃO SUSPENSIVA.** 1. Deve ser remetida cópia da apólice contratada ao segurado, ainda que a celebração do contrato tenha se dado por via telefônica. Conforme determina o art. 6º, III, do CDC, o fornecedor ou prestador de serviços tem o dever de informar devidamente o consumidor sobre os termos do contrato oferecido, prestando os esclarecimentos necessários para a perfeita compreensão quanto aos direitos e obrigações deles oriundas, especialmente quando a contratação é feita por telefone. 2. O prazo prescricional de um ano não deve ser contado a partir da concisa recusa da seguradora, mas sim da data em que a seguradora atendeu à solicitação formulada pelo segurado a fim de que lhe fosse remetida cópia da apólice que celebrou por telefone, necessária à exata compreensão das razões que levaram à negativa de indenização. Em face do disposto no art. 199, I, do CC/02, não há prescrição da ação de recebimento de indenização, pois, ao reter impropriamente a apólice solicitada pelo segurado, a própria seguradora deu causa à condição suspensiva. 3. A procrastinação da seguradora no que diz respeito à entrega de cópia da apólice ao segurado não pode lhe trazer benefícios, levando o consumidor de boa-fé à perda de seu direito de ação. É preceito consuetudinário, com respaldo na doutrina e na jurisprudência, que a parte a quem aproveita não pode tirar proveito de um prejuízo que ela mesma tenha causado. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1176628/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 04/10/2010) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 22 jun. 2016)

<sup>404</sup> Interessante notar que o STJ, ao realizar interpretação do art. 199 afirma que quando, no curso do processo, houver o falecimento de uma das partes, também estará suspensa a prescrição da pretensão executória, quando esta se aplica, conforme se observa do seguinte precedente: **PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. FALECIMENTO DA PARTE EXEQUENTE. SUSPENSÃO DO PROCESSO. HABILITAÇÃO DOS SUCESSORES. ART. 265, I, E 267 DO CPC DE 1973. ARTS. 196 E 199 DO CÓDIGO CIVIL. DECRETO 20.910/32. PRESCRIÇÃO NÃO VERIFICADA. PRECEDENTES DO STJ.** 1. Trata-se de pretensão recursal no sentido de que a prescrição intercorrente da execução ocorreu no caso, pois não há falar em suspensão eterna do prazo de habilitação dos sucessores em razão do óbito do exequente. 2. O STJ sedimentou compreensão no sentido de que a suspensão do processo por óbito da parte exequente suspende também o curso do prazo prescricional da pretensão executiva. Nesse sentido, entre outros: REsp 1481077/CE, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 13/05/2016; REsp 1475399/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/11/2014; AgRg no AREsp 523.598/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 15.8.2014; AgRg no AREsp 282.834/CE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 22.4.2014; AgRg no AREsp 387.111/PE, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 22/11/2013. 3. Recurso Especial não provido. (REsp 1625947/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 14/10/2016) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 22 jun. 2016)

suspensão/impedimento da prescrição à situação em que há pendência de ação de evicção. Como se sabe, a evicção é a perda total ou parcial de um determinado direito em face de decisão judicial que reconhece a configuração anterior de propriedade. Nestes casos, pelo risco da evicção responde o alienante perante o adquirente, o que fez com que o sistema reconhecesse a impossibilidade de curso do prazo prescricional para tais hipóteses.

Por fim, reza o art. 200 que não correrá prescrição quando “o fato deva ser apurado no juízo criminal”, “antes da respectiva sentença definitiva”. Esta situação se refere a uma questão bastante importante, pois versa sobre a interação, necessária, dos ramos jurídicos, haja vista que condiciona o prazo prescricional no direito civil à resolução do conflito no âmbito criminal.<sup>405</sup> Portanto, enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença no âmbito criminal, na perspectiva civil não há que se falar em curso do prazo prescricional, haja vista que se aguarda a formação do título executivo – neste caso judicial, por se tratar de sentença – para que haja a possibilidade de exercício da pretensão dela decorrente.<sup>406</sup>

---

<sup>405</sup> Maria Helena Diniz lembra que “Com a caracterização da culpabilidade penal, fixar-se-á o *na debeat*, apurando-se na seara cível apenas o *quantum debeat*. Se a conduta se originar de fato que deve ser verificado no juízo criminal, ter-se-á causa impeditiva do curso da prescrição, que só começará a correr após a sentença impeditiva (CC, art. 200), a qual se confere executoriedade. Trata-se da prescrição da execução da sentença (*pretensão executiva*). Havendo um dano oriundo de um crim, a decisão penal condenatória serve de título executivo no cível. Por tal razão apenas depois do trânsito em julgado daquela sentença penal o prazo de prescrição iniciar-se-á, correndo por inteiro. Tal se dá porque se a prescrição civil ocorresse antes do término do processo criminal, a condenação do réu perderia a força de título executivo civil e, conseqüentemente, não haveria indenização do prejuízo sofrido pela vítima. Para assegurar a reparação do dano moral e patrimonial, impede-se a prescrição da pretensão de executar a sentença penal definitiva, antes de sua prolação e de seu trânsito em julgado.” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil*. Vol 1. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 444)

<sup>406</sup> Neste sentido, o entendimento STJ: **AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - ACIDENTE DE TRÂNSITO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO EXTREMO - PRESCRIÇÃO AFASTADA - INSURGÊNCIA RECURSAL DA DEMANDADA**. 1. A jurisprudência desta Corte assentou o entendimento de que a existência de processo criminal, no qual se apura a responsabilidade do motorista da empresa demandada pelo acidente, é causa impeditiva da prescrição, nos termos do artigo 200 do Código Civil: “Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”. Incidência Súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça. 2. Não sendo a linha argumentativa apresentada pela agravante capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados na decisão agravada, essa deve ser mantida integralmente em seus próprios termos. 3. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp 1314427/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 05/05/2017) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 22 jun. 2016) **AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MORTE POR ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL. CAUSA IMPEDITIVA DA PRESCRIÇÃO. ART. 200 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NÃO CONFIGURADA. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DANOS MORAIS. VALOR RAZOÁVEL. AGRAVO NÃO PROVIDO**. 1. A existência de processo criminal, no qual se apura a responsabilidade pela ocorrência do acidente de trânsito, é causa impeditiva da prescrição, nos termos do art. 200 do Código Civil: “quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.” Precedentes. 2. O eg. Tribunal de origem, à luz das circunstâncias fáticas da causa, especialmente o laudo pericial,

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona apresentam críticas às situações trazidas pelo art. 199 do Código Civil. Segundo os mencionados autores não haveria razão para a previsão legal de tais situações em razão da condição lógica que acomete a elas.<sup>407</sup> Este é um posicionamento interessante de ser pontuado, na medida em que, a maioria dos estudiosos entendem que as hipóteses de interferência no prazo prescricional devem ser apontadas expressamente na lei, por se tratarem de medida excepcional.

Apesar da logicidade suscitada pelos autores, a hipótese de suspensão/impedimento do fluxo do prazo prescricional deveria estar legalmente prevista. Talvez esta seja a justificativa para a não retirada destas previsões no texto legal. Isso não quer dizer, por sua vez, que a linha de entendimento que se busca defender no presente trabalho vá de encontro ao quanto mencionado, ainda que implicitamente, pelos doutrinadores. No caso específico, efetivamente, trata-se de hipótese de tal forma lógica que, mudando-se o pensamento da exigibilidade de previsão normativa expressa, certamente seria cancelado como hipóteses despicienda para constar no Código.

No que se refere à questão das causas interruptivas, suspensivas e impeditivas da prescrição, sabe-se que o legislador optou por estabelecer, tradicionalmente, um rol taxativo de hipóteses. Acompanhando o entendimento exposto pelo direito revolucionário francês buscou-se o estabelecimento de situações específica no intuito de valorizar exclusivamente à vontade das

---

concluiu pela configuração da responsabilidade do preposto da empresa de ônibus pelo acidente de trânsito que atingiu a vítima, que veio a óbito em decorrência desta colisão. A alteração de tais conclusões demandaria a análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 3. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é pacífico no sentido de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no caso em tela. Isso, porque o valor da indenização por danos morais, arbitrado em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), não é exorbitante nem desproporcional às peculiaridades do caso concreto, em que ocorreu a morte da filha dos ora agravados em decorrência do acidente de trânsito causado por preposto da empresa agravante. 4. Agravo interno ao qual se nega provimento. (AgInt no AREsp 729.253/CE, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 14/03/2017) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 22 jun. 2016)

<sup>407</sup> Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona apontam no sentido de ser desnecessária tal previsão referente ao art. 199. Segundo os autores: “em nosso entendimento, o legislador perdeu boa oportunidade de suprimir, por ser absolutamente desnecessário, este art. 199 do Novo Código Civil (art. 170 do CC/1916). As regras aí constantes são óbvias e não mereciam atenção do legislador. O próprio BEVILÁQUA, lembra-nos SILVIO VENOSA já criticava a redação do art. 170 do CC/1916, pelas sobreditas razões: “Clóvis, em seus comentários ao rt. 170, entende-o supérfluo, pelo simples fato de que os decantados casos, a prescrição não corre nme poderia correr, porque não existe ação para o cumprimento da obrigação.”. O único reparo a ser feito nessa culta advertência é no sentido de que a prescrição não corre por não haver surgido ainda a retenção do credor, fruto da violação do seu direito. Isso porque consoante já observamos, o direito processual de ação (direito de pedir um provimento jurisdicional do Estado) *sempre existirá, incondicionalmente.*” (destaques no original”) (GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Pablo. *Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral*. Vol 1. 18 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 552)

partes e permitir uma suposta segurança jurídica mais eficaz para a celebração do negócio jurídico. Tal linha de entendimento, apesar de haver um Código Civil que trouxe consigo matizes diferenciadas quando comparado ao sistema anterior, ainda permaneceu intacta, conforme é possível observar nos arts. 197 ao 204 do Diploma Civilista em vigor que, em síntese, posiciona-se no sentido de que a prescrição correrá contra todas as pessoas, exceto aquelas que constante expressamente em lei.

Essa linha de entendimento tem grande valia num sistema hipotético onde as pessoas se encontram em pleno patamar de igualdade e, portanto, são providos de mesma capacidade de atuação. O legislador, no alto de seu arauto, espelhou a preocupação existente com a manifestação de vontade do indivíduo. Sob o manto da manutenção da integridade da segurança jurídica do sistema, trouxe previsões específicas quanto à questão da impossibilidade de incidência do prazo prescricional sob a relação estabelecida entre as partes. Para tanto, deve-se partir do patamar igualdade dos participantes da interação social.

Já que houve plena manifestação de vontade no que se refere à participação da aquisição de direitos e obrigações, em caso de violação do estado ótimo dessa condição incidirá a possibilidade de exercício do direito de ação. Porém, assim como não houve qualquer incentivo legal – até mesmo porque não se poderia aceitar uma lei mais benéfica para uma das partes, sob pena de rompimento do equilíbrio característico das relações cíveis – para o ingresso na relação jurídica que resultou no nascimento do direito de ação, também não poderia haver comportamento díspares por parte do legislador no trato do curso dessa demanda. Neste sentido, optou por permanecer inerte diante do curso do prazo prescricional, apenas adotando comportamento excepcional, pois taxou situações específica em que não haveria o início do transcurso do prazo, ou ele seria interrompido ou suspenso.

De fato, a previsão legal restrita referente as causas de interferência no fluxo do prazo prescricional não podem ser encaradas como hipóteses suficientes para a abranger todos os interesses sociais, pois há determinadas situações em que o trato deve ser feito de forma mais específica, com observância do caso prático posto à mesa e não a partir de uma previsão normativa abrange. Aliás, é exatamente por conta desta necessidade de alteração do entendimento classicamente exposto quanto a matéria que se desenvolve o presente trabalho.

As mudanças introduzidas pela Lei 13.146/2015 acabaram por acender ponto de incongruência no sistema da prescrição no que se refere aos elementos decorrentes da incapacidade que

possam justificar a sua suspensão. O pensamento acerca da insuficiência da previsão legal ganha, então fôlego e aparece como elemento instigador para o desenvolvimento de estudos mais aprofundados que busquem modificar o que se encontra, em tese, consolidado. A redução da amplitude do inciso II do art. 198 causará, conseqüentemente, a exposição de pessoas que não são vistas como incapazes, mas como vulneráveis às mazelas da consumação do prazo prescricional, postura esta que, dentro de uma lógica sistêmica, não pode ser mantida.

Em assim sendo, os próximos passos partirão, exatamente, do questionamento referente à exigência de previsão específica em lei para as hipóteses de suspensão/interrupção do prazo prescricional. Para além disso, buscar-se-á encontrar uma solução plausível para o problema exposto com a interação atual entre os arts. 3º, 4º e 198, II do Código Civil, com o fito de assegurar a integridade do acesso à justiça daqueles que não conseguem exprimir sua vontade e que, apesar de erigirem ao patamar de relativamente incapazes, não deixam de ser vulneráveis diante do ordenamento pátrio.

## 5.9 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, SUA IMERSÃO NA TEORIA DAS INCAPACIDADES E OS REFLEXOS NA PRESCRIÇÃO

A construção do sistema jurídico nos dias atuais não seria a mesma sem os direitos fundamentais. As normas que sancionam o estatuto dos direitos fundamentais, juntamente com aquelas que consagram a organização do Estado e as que estabelecem o sistema econômico, são decisivas para definir o modelo constitucional da sociedade atual. Assim, constituem a principal garantia com que contam os cidadãos em um Estado de Direito de que o sistema jurídico se orientará a respeito da proteção da pessoa humana, seja em sua projeção individual ou coletiva.

Sem dúvidas, a atualidade reveste-se como sendo um século constitucional em seu âmago. As Constituições deixam de ser meras cartas pragmáticas detentoras de previsões utópicas agregadas à uma estruturação jusnaturalista para se fazerem valer de um corpo normativo com normas principiológicas e cláusulas gerais. Neste diapasão, o mecanismo hermenêutico deve ressoar em seus dispositivos para que, com isso, se consiga alcançar a prolação de decisões qualificadas como corretas e justas, por ser norma de caráter fundamental. A busca pela equidade, razão e justiça são os focos centrais do trato jurídico atual.

Sob a perspectiva cada vez mais humanista do sistema normativo pátrio, institutos antes solidificados passaram a ser questionados e, diante de suas formulações clássicas, desnudou-se o entendimento antes escondido de que a condição de deficiente não pode ser relacionada necessariamente à de incapacidade. “Não se cogita de incapacidade jurídica, relativa ou absoluta decorrente de uma deficiência física ou mental, por si só”<sup>408</sup>.

Nesta toada, um idoso, por exemplo, apesar de sua diminuição na habilidade no trato das relações sociais<sup>409</sup>, exatamente por conta da sua idade, não poderá ser qualificado como incapaz, pois não há no direito pátrio o reconhecimento da incapacidade senil. Porém, isso não significa que as relações envolvendo aqueles detentores de mais de sessenta anos, não devem ser tratadas de forma diferenciada pelo ordenamento vigente. Afasta-se a subsunção à incapacidade, por ausência de normas, mas não o faz quanto ao reconhecimento da sua vulnerabilidade.

Apesar da inserção deste entendimento no direito pátrio, a alteração da forma como se observa o deficiente físico apenas ocorreu quando da promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência Física. A ideia de exclusão foi amplamente alterada para o pensamento da busca da igualdade, haja vista que, com o reconhecimento da sua capacidade plena, não há motivos que justifiquem o tratamento excludente antes vigente. Com isso, o conceito de incapacidade e deficiência – que, apesar de erroneamente estabelecido - se desvinculam, não havendo motivos para que a própria legislação civil o mantenha em seu artigo 3º ou 4º.

A Lei 13.146/2015 afastou a tese da incapacidade para aqueles abrangidos pela sua normativa, emergindo-os no âmbito dos sujeitos plenamente capazes. Porém, isso não significa dizer – assim como ocorreu com o exemplo do idoso – que o sistema jurídico deva curvar-se ao ideal da igualdade formal no trato das matérias envolvendo tal grupamento social. É evidente que aquele que se encaixa no conceito de deficiente físico merece tratamento diferenciado pelo

---

<sup>408</sup> FARIAS, Cristiano de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol 4. Contratos. Teoria Geral e Contratos em Espécie. 5 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 328.

<sup>409</sup> De fato, o Estatuto do Idoso traz consigo diversos exemplos que apontam no sentido do necessário reconhecimento de um tratamento diferenciado por parte do Estado brasileiro – em todos os seus âmbitos – no que se refere ao idoso. Na lei 10.741/03 há o estabelecimento da proteção especial para as pessoas maiores de sessenta anos, o que implica dizer a inserção de uma maior preocupação no trato das interações sociais onde eles se fazem presente, em face da sua vulnerabilidade. A questão do tratamento diversificado ao Idoso somente se justifica quando for em prol da sua própria existência, ou seja, quando for vertido em direção ao pleno desenvolvimento das pessoas maiores de sessenta anos, haja vista o atendimento ao princípio da igualdade substancial.

Apesar de não ser matéria a ser tratada no presente trabalho, vale lembrar que o STF possui entendimento sumular que reconhece a validade da limitação etária para ingresso em carreira pública apenas em caráter excepcional e devidamente justificado, conforme se observa do enunciado nº 683, cujo teor assim se estabelece: “o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”



ordenamento jurídico pátrio, apesar de ser considerado como capaz, pois abrangido pelo conceito de vulnerável.

Reformou-se toda legislação existente sobre a matéria a partir da exclusão de hipóteses ali previstas de incapacidade absoluta e inserção de outras voltadas para a hipótese de capacidade relativa. Efetivamente, a promulgação da Lei 13.146/2015 no ordenamento não poderia redundar numa passagem desprovida de modificações legais, posto que ela acompanha o entendimento expresso pela Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, que, por sua vez, tem como um de seus pilares estruturais o reconhecimento da capacidade<sup>410</sup> e da igualdade do indivíduo compreendido por este grupo social.

O conceito de pessoa com deficiência, portanto, foi levado ao ápice do sistema, pois a condição de signatário tida pelo Brasil fez com que a Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência ganhasse o *status* de norma constitucional. Neste ínterim, elaborou-se uma perspectiva de cunho mais humanitário do que aquela experimentada anteriormente, pois antes de mais nada deve haver o respeito às liberdades individuais com atenção aos interesses desse grupo que compõe o todo social, já que, conforme determinado no art. 3º da Lei 13.146/2015, será considerado como deficiente físico, “todo aquele que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”

Por ser norma de expansão de direitos humanos, a Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência se instalou no direito pátrio como norma constitucional o que acabou resultando na sobreposição dos seus efeitos diante das infraconstitucionais. Diante disso, o resultado prático foi a necessidade de ajustes no sistema jurídico, tanto no âmbito hermenêutico como no aspecto legal propriamente dito. O resultado foi, então, a promulgação da Lei 13.146/2015, conhecida como Lei do Deficiente Físico.

### **5.9.1 A questão do inciso I do art. 198 e os entraves decorrentes da mudança legislativa**

O ordenamento jurídico é construído através da interligação de legislações. Não é possível observá-lo de um patamar desconexo com a demais realidade. Os elementos, de forma direta ou indireta, se interligam formando uma rede de sistemas e normas que acabam por

---

<sup>410</sup> Assim afirma o art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência: “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”.

regulamentar a vida do sujeito que compõe a sociedade em diversos ângulos. Com isso, havendo alteração em um dos pontos desse complexo de interligações legais, há forte probabilidade de reflexos em outro ramo do direito o que poderá ocasionar certa incongruência normativa, principalmente nos dias atuais em que os princípios reinam com forte intensidade sobre as normas propriamente ditas.

A modificação do regime de incapacidades acabou por fomentar a ocorrência desta incongruência legal<sup>411</sup>. A redução das hipóteses de incapacidade absoluta constantes no art. 3º do Código Civil - para apenas aqueles que possuem idade inferior a dezesseis anos - refletiu diretamente em diversos institutos, dentre os quais destaca-se a prescrição. Efetivamente, não se trata de mudança no âmago do instituto, mas, sim, na formatação do transcurso do seu prazo.

No caso, estabelece o inciso I, do art. 198, do Código Civil, que não correrá prescrição contra os absolutamente incapazes do art. 3º, do mesmo diploma. Antes da alteração legal apresentada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, havia um rol de hipóteses em que o mencionado inciso I alcançaria, sendo, porém, tal número reduzido para apenas um caso, ou seja: quando a pessoa for menor de dezesseis anos. Sendo assim, apenas quando o titular do direito se encontrar nos limites etários entre zero e dezesseis anos incompletos, é que se falará em ausência de transcurso do lapso temporal prescricional. As demais hipóteses previstas anteriormente no Código, a partir de então, foram retiradas, não havendo, em tese, mais razão para se falar em impedimento do curso do tempo de prescrição.

As alterações trazidas pelo novo ordenamento resultaram no transplante da hipótese em que o indivíduo não puder exprimir sua vontade de forma transitória ou permanente, transferindo, portanto, do rol daqueles qualificados como absolutamente incapazes para aqueles reconhecidos como relativamente incapazes. É interessante notar que há um ponto de interseção entre a previsão do Estatuto da Pessoa com Deficiência e a teoria das incapacidades. Isso porque, poderá haver deficiência física que resulte na impossibilidade –

---

<sup>411</sup> Ainda seguindo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald: “por conseguinte, a Lei nº 13.146/15 mitigou, mas não aniquilou, a teoria das incapacidades do Código Civil, apenas adequando-a às normas (regras e princípios) da Constituição da República e da Convenção de Nova Iorque. Com uma visão prática, ficou abolida (para sempre!) a perspectiva médica e assistencialista, pela qual se rotulava como incapaz aquele que, simplesmente, ostentava uma insuficiência psíquica ou intelectual. Como não poderia ser diferente, agora se trata de *pessoa humana plenamente capaz*” (destaque no original) (FARIAS, Cristiano de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol 4. Contratos. Teoria Geral e Contratos em Espécie. 5 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 328)

ainda que temporária – de manifestar a sua vontade, o que imputará a este indivíduo a qualidade de incapaz relativamente, a depender da decisão exarada pelo magistrado.

Advirta-se, antes de dar continuidade, um detalhe: essa hipótese deve ser vista não referente apenas à deficiência física, mas vinculada à limitação da viabilidade de manifestação da vontade. Portanto, afasta-se da questão da patologia propriamente dita, ou em seu estado psíquico, para permanecer na restrição para a exaço do desejo do indivíduo, em hipóteses que deverão ser avaliadas com o procedimento judicial de curatela. Este passo evolutivo, porém, resultou no afastamento da incidência do inciso I do art. 198.

Aqueles que não puderem exprimir sua vontade não serão, a partir de então, considerados como absolutamente, mas, sim, como relativamente incapazes, a partir de sentença transitada em julgado decorrente de procedimento de curatela. Seus atos, deixam, por consequência, de ser considerados como nulos passando para o status de anuláveis, sofrendo, por exemplo, prazo prescricional para tanto. Além disso, os efeitos decorrentes serão mantidos até que sobrevenha decisão judicial reconhecendo a incapacidade em face do reconhecimento da sua incapacidade.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, o prazo prescricional para o exercício da pretensão também não sofrerá qualquer tipo de interrupção, pois, como dito anteriormente, não haverá subsunção à nenhuma das hipóteses legalmente previstas.

Diante disso, surge o seguinte panorama prático: Imagine que em determinada situação, um advogado telefona para seu cliente avisando-o que o prazo prescricional para propositura da demanda encerrará nos próximos dois dias. Dito isso, ele informa que o cliente deverá ir até o escritório para levar os documentos necessários para a propositura da demanda e, também, assinar a procuração.

Em atenção ao quanto explicado por seu causídico, o cliente arruma todos os documentos numa pasta, entra em seu carro e se dirige ao escritório do profissional. Acontece que no meio do caminho, ele sofre um acidente automobilístico que acaba resultando em graves consequências, inclusive, entrando em coma.

A situação comatosa perdura por mais do que dois dias, o que faz com que não haja a interposição da demanda esperada pelo advogado, pois seu cliente está impossibilitado de manifestar sua vontade. Haverá, então, a consumação da prescrição, pois, neste caso, a partir

da mutação legal imposta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, não há que se falar em condição de absolutamente incapaz – aquela autorizada do art. 198, do Código Civil -, mas, sim, na configuração de uma situação de capacidade relativa. Apesar de impossibilitado de se manifestar, o cidadão da situação hipotética ora apresentada encontra-se a hipótese legal prevista no art. 4º, do Código Civil, e não no art. 3º, cuja referência se encontra no mencionado art. 198.

Apesar desta ser uma hipótese que causa espanto, cita-se outra situação também hipotética para ilustrar a preocupação sobre a qual se debruça:

Na Cidade de Salvador, existe uma instituição de caridade denominada de “Lar Vida”. Nela residem crianças e adolescentes que foram rejeitados por seus familiares por serem portadores de deficiência. Todos que ali estão detêm algum tipo de limitação – seja psíquica ou física – de qualquer grau de intensidade. Portanto, há aqueles que conseguem manifestar sua vontade de forma livre e outros que a deficiência é de tal forma evidente que restam condenados a viver numa cama de hospital ou sob intensos cuidados de terceiros, pois desprovidos de qualquer discernimento ou capacidade de manifestar sua vontade.

Nestes casos, eles ainda se encontram protegidos até os dezesseis anos incompletos pela hipótese prevista no inciso I, do art. 198, do Código Civil. Porém, o grande problema ocorre quando alcançam os dezesseis anos e, posteriormente os dezoito. Isso porque ainda que a instituição ingresse com procedimento de interdição para cada um dos seus internos que não têm a capacidade de manifestar sua vontade, o julgador estará, segundo a doutrina clássica, em tese, limitado ao reconhecimento da sua incapacidade relativa. Em outras palavras, ainda que no exato instante em que completar dezoito anos o magistrado reconheça a sua incapacidade, seguindo preceito de que as hipóteses incapacitantes devem ser interpretadas de forma restritiva, ele somente será enquadrado como relativamente e não mais como absolutamente incapaz

Nesta esteira de entendimento, em qualquer das duas hipóteses supramencionadas, o legislador apontou para o magistrado no sentido de afastar a incapacidade absoluta e passar a reconhecer a sua modalidade relativa, afastando a possibilidade de incidência do inciso I do art. 198 do Código Civil. Vale, portanto, o destaque: ainda que desprovido da possibilidade de manifestação de sua vontade, o indivíduo terá contra si o transcurso do prazo prescricional, ou seja, no primeiro caso, mesmo diante da internação na UTI por conta de um acidente

automobilístico, a pretensão do acidentado será consumida pelo prazo prescricional, o mesmo acontecendo na segunda hipótese, ainda que a enfermidade ou deficiência acompanhe o indivíduo desde o seu nascimento. Em qualquer das duas hipóteses, pela via tradicional, o julgador estará limitado no seu exercício por conta das regras restritas de restrição da capacidade civil.

#### 5.10 EXPLICANDO A TEORIA DO *CONTRA NON VALENTEM NON VALENTEM AGERE NON CORRUIR PRAESCRIPTO*

A inserção das alterações decorrentes da promulgação da Estatuto da Pessoa com Deficiência acabou por resultar em grandes reflexos na perspectiva das causas impeditivas/suspensivas da prescrição. Isso porque, conforme mencionado em tópicos anteriores, o inciso I do artigo 198 sofreu restrição na amplitude de sua incidência, ante a exclusão de hipóteses apresentadas pelo Código no que se refere aos absolutamente incapazes.

Ao limitar-se a qualifica-los apenas para a situações em que envolvam indivíduos que se encontrem na faixa etária de zero aos dezesseis anos incompletos, o legislador deixou desprotegido das limitações do curso do prazo prescricional diversas pessoas que, na realidade, não são detentoras da autonomia necessária para manifestação de sua vontade. Ou seja, são indivíduos que se encontram insertos no parâmetro filosófico desejado pela norma, sem, contudo, alcançarem a sua eficácia legal.

Detentores de dimensões diversas, os direitos humanos e os direitos fundamentais se complementam numa formação complexa para tutela da proteção ao ser humano de forma mais ampla. Dedicado à tutela mais específica, os direitos fundamentais abrangem o sistema jurídico normativo-constitucional, enquanto que os direitos humanos se voltam para uma atuação mais geral, pois ultrapassa os limites das nações estabelecidos no âmbito das convenções internacionais. Sendo assim, estes últimos são aqueles compreendidos como o esforço universal pela tutela humana, com a manutenção do conjunto de faculdades com o foco integridade da dignidade, liberdade e igualdade do ser humano.

Apesar de não exprimir sua vontade, a pessoa que se encontra em estado vegetativo ou internado numa UTI – apenas para ficar nos dois exemplos retromencionados que envolvem incapacidade de manifestação da intenção -, não deve ser preterida de direitos fundamentais. Aliás, o

pensamento deve caminhar em sentido contrário, pois, a estes cabe uma tutela ainda maior do sistema no intuito de assegurar-los, com o fito de manter o equilíbrio da relação jurídica, nem que, para isso, utilize-se de mecanismos de trato desigual.

Como mencionado em passagem anterior, atualmente, não terá o juiz a mera função de aplicador da norma ao caso prático. A incidência absoluta da regra de subsunção perde sua força com o passar do tempo, pois a evolução da sociedade estampa incongruências existentes no sistema ou nascidas a partir de sua reforma pontual. Ao magistrado, portanto, cabe a busca pelo preenchimento do complexo conceito de justiça que sobre seus ombros recai como membro do Estado imbuído de tal ofício.

Diante disso, e partindo-se da análise dos dois casos hipotéticos, percebe-se que, sob uma perspectiva do direito clássico, somente seria possível autorizar o magistrado a aplicar a regra do art. 198, I para os casos expressos no art. 3º, ambos do Código Civil. Ademais, com a reforma trazida pela Lei 13.146/2015, o rol existente neste último dispositivo legal, restou fulminada, pois agora somente há uma modalidade de absolutamente incapaz que se encontra citada em seu *caput*. Sendo assim, ao atuar meramente como aplicador da lei, o julgador estará afastando a possibilidade de incidência de medida protetiva ao acesso à justiça amplo daqueles que não têm condição de manifestar sua vontade, pois sua pretensão será, certamente, consumida pela prescrição.

### **5.10.1 A impossibilidade de agir como o cerne da questão as fontes originárias da teoria do *contra non valentem agere***

Buscando inspiração no direito antigo, é possível perceber que naquela época também havia situações em que o indivíduo não tinha condições de tutelar junto ao Pretor a defesa dos seus direitos. Tratavam-se de diversas hipóteses que, no fundo, vertiam-se para o caminho da real impossibilidade do exercício do direito de ação. Pouco importava para o ordenamento a origem deste bloqueio: ou seja, poderia ser de cunho intrínseco ao próprio indivíduo ou externo à sua própria existência.

Independentemente da causa que resultava na impossibilidade de atuação do ofendido junto àqueles habilitados para julgar sua demanda, restaria incidente a quebra do ideal de justiça, posto que não se tratava de uma decisão exarada pelo representante do Poder responsável pelo

juízo dos conflitos sociais. A suposta paz social, nestes casos, ocorreria pela injustiça, pois aquele que não poderia agir, teria contra si o transcurso do prazo do instituto consolidador, ou seja, sofreria, diretamente, as consequências oriundas da consumação da prescrição.

A mesma sensação de desconformidade que se experimenta nos dias atuais, também era sentida naquela época antecedente. Vale lembrar que mesmo com elementos basilares como boa-fé, função social e dignidade da pessoa humana a incidir sobre as interações sociais, a questão da interrupção/suspensão da prescrição ainda acompanha o mesmo caminho adotado pelo Código Civil Francês, cuja filosofia foi responsável, exatamente, pela quebra do pensamento antigo cuja proposta deste trabalho versa acerca da viabilidade do seu retorno ao direito pátrio.

De um modo geral, quando impossibilitado de agir, o indivíduo não pode ser sujeito de atos estabilizadores por parte do Estado, pois – apesar de parecer lógico, mas merece o reforço – não houve atuação da defesa dos direitos por conta, exatamente, do elemento impeditivo do exercício. Sendo assim, impor-lhe a pecha da transformação, por exemplo, do seu crédito numa obrigação natural é presentear o sujeito ofensor por uma conduta omissiva que ocorreu sem que esta fosse a real opção a ser exercitada pelo titular da pretensão. Nesta toada, o *contra non valere agere non currit praescripto*, refere-se ao ideal segundo o qual a prescrição não poderia correr contra quem, por estar em estado de impossibilidade de acionar, não poderia interrompe-la.

Em outras palavras, a existência de obstáculos ao exercício da ação interruptiva, deveria conduzir ao impedimento do curso prescricional ou à sua suspensão. Não se pode negar que, apesar de toda a teoria desenvolvida para explicar o ideal da prescrição, a sua estrutura funcional verte-se no sentido da ocorrência de negligência do credor que não atua através do exercício de sua pretensão junto ao Estado-Juiz. Percebe-se que o ato omissivo é uma opção do titular do direito que, portanto, escolhe permanecer inerte mesmo diante do acesso à justiça que lhe é constitucionalmente garantido. O exercício do direito de petição não é feito por conta da autonomia própria do sujeito.

De fato, esta forma de pensar acabou por ser instituída por longo período de tempo, até mesmo porque através dela o ideal de justiça se matinha vívido haja vista que a justificativa do impedimento do curso da prescrição ou da sua suspensão não se volta diretamente para uma previsão restrita à lei, mas, sim, à hipótese prática apresentada ao magistrado de forma singular. A incidência desta percepção, por sua vez, acaba por resultar em poderes maiores

para o julgador, pois é ele quem dirá qual o caso concreto que justificará a interferência no lapso temporal, pois se houve algum obstáculo fático que impeça o exercício da pretensão, não pode aceitar-se que ocorra a prescrição.

A teoria do *contra non valentem agere* tem suas origens voltadas para o direito romano<sup>412</sup>. Naquela época, o sistema não tinha o conhecimento da regra de interferência no prazo prescricional nos moldes como atualmente se observa. No período clássico e de Justiniano a prescrição ocorria, geralmente, perante todos, mas havia determinadas situações concretas, com finalidades específicas – como a hipótese de tratamento preferencial ou protetivo para determinada pessoa ou agrupamento social – em que o prazo prescricional não corria de forma ordinária. Tratavam-se de hipóteses nas quais o julgador tinha a autorização para interferir no curso do prazo de prescrição.

Reinante durante muito tempo, a teoria do *contra non valentem* passou a incomodar o mundo jurídico diante das grandes interpretações realizadas pelos comentadores. Havia um grande leque de hipóteses no sentido de identificar as situações em que se fazia possível a inserção desta forma de interferência no transcurso do lapso temporal. Sua inserção a partir do direito

---

<sup>412</sup> Segundo Francisco Rivero Hernández: “Aunque algunos atribuyen origen romano a esta regla, y lo sitúan en el Código de Justiniano -en atención a los precedentes en el mismo que acabamos de ver-, la realidad es que se debe al prestigio de BARTOLO (1314-1357), que la formuló en varias glosas y principalmente en la hecha a la ley 1ª, párrafo 2º del título 49, libro VII del Código, de *annali exceptione*, y la expresó con estas palabras: *non valenti agere non currit praescriptio*.”

Antes, incluso, de BARTOLO cabe encontrar precedentes varios de esa regla en la Glosa 9 y en citas concretas de varios glosadores, desde IRNERIO (c. 1050-1130), que había dicho que *praescriptio non currit in his qui si velint agere non possunt*, hasta AZÓN, que en sus Brocarda hace numerosas alusiones a casos y situaciones en que no corre la prescripción: *respecto del menor (temporales enim praescriptiones non currunt minoribus 10 : ...; credo etiam idem in longissima, minori tamen ipso iure non currit longa praescriptio, sed longissima, et secundum nos restituatur 11 : del hijo in potestate (sed nec filiofamilias currit, ut jam tit. 1 lex 1 in fine sed in eo illa ratio reddi potest, quia cum effectu non habet actionem patre vivente, in cuius est potestate; en cambio -dice-, sí corre frente al ausente y el militar (ergo currit praescriptio absenti et militari 12 / 13. (HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. *La suspensión de la prescripción en el Código Civil Español. Estudio crítico de la legalidade vigente*. Madrid: Dykinson, 2002, p. 143)*

Em tradução livre: ainda que alguns atribuam origem romana a esta regra, e o situem no Código de Justiniano – em atenção aos precedentes que acabamos de ver – a realidade é que se deve ao prestígio de BARTOLO (1.314-1.317), que havia formulado em várias glosas e principalmente na elaboração da lei 1ª, parágrafo 2º do título 49, livro VII do Código, de “*annali exceptione*”, e expressa nestas palavras: *non agere non currit praescriptio*.

Mesmo antes Bartolo podem ser encontrados vários precedentes desta regra na Glosa 9 e citações específicas de vários comentadores, a partir Imerio (c. 1050-1130), que tinha dito que *praescriptio non currit in his qui si velint agere non possunt*, até Azon, que na sua Brocarda faz numerosas referências a casos e situações em que a prescrição não corre: a menor (*praescriptiones non enim temporários currunt minoribus 10: ...; credo etiam idem em longissima, Minori non tamen ipso iure currit longa praescriptio, longissima sede, et secundum restituatur nos 11: o no filho potestate (currit sed nee filiofamilias, compotas ut Tito 1 lex 1 in fine sed em relação illa EO potest Reddi, quia cum effectu non habet actionem vivente Patre, em cuius. potestate est; em troca, ele diz, sim corre contra o ausente e os militares (ergo currit praescriptio absenti et militari 12/13.*



Romano para outros universos jurídicos se deu diante da atuação jurisprudencial, sendo Pothier um dos seus grandes estudiosos.

O filósofo passou a distinguir situações em que essa regra pode ser potencialmente incidente sendo o responsável pelo estabelecimento de parâmetros mais objetivos para a atuação desta teoria. Neste mesmo caminho Savigny também se debruçou sobre o tema, exarando comentários, tudo com o fito de reduzir os excessos decorrentes da atuação dos glosadores e comentaristas da *Ius comuna* que consideravam, segundo a perspectiva da época um rol exagerado de situações onde seria possível suscitar esta tese.

#### 5.10.1.1 O problema da discricionariedade e o temor quanto a teoria do *contra non valentem*

Em face dos abusos praticados nos idos do século XVII e XVIII e do ideal de igualdade apresentado pela Revolução Francesa que buscava combater todo e qualquer privilegio existente nas relações sociais, principalmente no que se referia ao trato com a igreja e àqueles que dela se aproximava – entenda-se a nobreza – o Código de Napoleão nasceu com restrições bastante diminutas quanto à interferência no curso do prazo prescricional, contemplando hipóteses específicas e excepcionais, conforme estampado em seu art. 2.251<sup>413,414</sup>.

Mesmo diante de toda interferência ideológica e social do Código Civil Francês, o período posterior à sua entrada em vigor pouco representou para ela. Isso porque ainda que houvesse restrição legal à interferência no prazo prescricional, os tribunais ignoravam tal regra impositiva e continuavam a aplicar a teoria do *contra non valentem* para as hipóteses práticas que lhes eram apresentadas.

Apesar de toda limitação existente no campo legislativo francês, os tribunais daquele país davam continuidade à aplicação da teoria do *contra non valentem*. Os julgadores passaram a aplica-la para justificar hipóteses em que deveria haver a suspensão da prescrição, sem, contudo, existir previsão legal para tanto. Havia, portanto, a busca pela ampliação da

<sup>413</sup> Art. 2.251 do Code de France: “*La prescription court contre toutes personnes, à moins qu’elles ne soient dans quelque exception établie par une loi*”. Em tradução livre: A prescrição corre contra todos, menos para aquelas que estão previstas em alguma exceção estabelecida por lei.

<sup>414</sup> Nos artigos seguintes, menciona o legislador os casos de suspensão: para os menores não emancipado e adultos estabelecida sob tutela (art. 2.252), entre os cônjuges (art. 2.253) e para a questão do herdeiro beneficiário da herança (art. 2.258); Não há previsão referente à suspensão por causas objetivas (força maior e outros), construção esta que teve que ser feita pela jurisprudência francesa nos anos seguintes.

possibilidade de interferência no decurso do prazo de prescrição de acordo com a situação prática, o que demonstra certa insuficiência da estrutura codificada restrita anteriormente existente.

Partindo-se do ideal de que *praescriptio non currit on his qui si velint agere non possunt*, a jurisprudência francesa anterior ao movimento revolucionário, foi testemunha de sua real utilidade. Porém, como já mencionado, em decorrência da discricionariedade conferida ao magistrado, os burgueses passaram a afastar utilização, pois, no fundo, o curso da prescrição acabava ficando ao arbítrio judicial, pois criava um leque amplo de possibilidades que justificavam a atuação deste ideal, como a incapacidade, a condição, o prazo, a ausência, a ignorância e especialmente a força maior, ainda que sua extensão fosse discutível e dava lugar a amplo contencioso.

O desejo pela estabilização formal das relações jurídicas e pelo afastamento da intervenção estatal sobre elas incidentes, acabou por justificar uma linha de entendimento segundo a qual o indivíduo era o senhor praticamente absoluto de seus atos, o que relegava a utilização do preceito legal de forma excepcional. Sendo assim, exatamente por não participar diretamente da interação entre os membros da sociedade, caberia ao Estado a estipulação apenas da moldura que limitaria a atuação geral. Cada indivíduo, detentor da igualdade – ainda que formal – e da liberdade para prática de atos poderia fazer tudo aquilo que sua autonomia da vontade assim permitisse, dentro da larga limitação estatal.

Diante disso, todos os indivíduos seriam iguais, independentemente da sua condição real. Ainda que não tivessem discernimento amplo para a prática do ato, eram reconhecidos como capazes, cabendo apenas à lei, de forma excepcional, estipular linha de entendimento para afastar a capacidade do indivíduo. Somente o legislador abstrato, através da publicidade inerente à formulação legal, é que tinha o poder de afastar a capacidade para o exercício dos direitos reconhecidos pelo sistema aos indivíduos. Aliás, além da exigência de previsão prévia legal para designar aquele que estaria afastado da possibilidade de interação social, esta deveria fazer de forma restrita, ou seja, com indicações precisas para que não houvesse muitos espaços para o julgador afastar do seu texto, propriamente dito.

Portanto, era contra a liberdade maior assegurada ao magistrado que os codificadores franceses pretendiam relacionar com a regra de que apenas nos casos previstos em lei é que seria possível se falar em interferência no curso do lapso temporal. O Código Civil Francês é

claro ao mencionar que a prescrição extintiva está sujeita à lei que rege o direito a ela relacionada<sup>415</sup>.

A viabilidade pela identificação da hipótese fática pelo próprio legislador para a interferência no curso do prazo prescricional encontra-se vinculado apenas ao quanto estabelecido na norma legal. Esse é o pensamento tradicional exposto desde a revolução francesa. A prescrição corre contra todas as pessoas, a menos que não haja alguma exceção estabelecida por uma lei, postura com o qual o legislador quis, claramente, excluir outras causas de suspensão que não fossem as legalmente estabelecidas.

A teoria do *contra non valentem non currir praescripto* vem para romper com a exigência segundo a qual as causas que influenciam o curso do prazo prescricional estão restritamente vinculadas à previsão legal. De fato, quando se observa por uma perspectiva desvinculada do positivismo exacerbado, percebe-se a lógica, na medida em que não haverá reação exatamente por razões de impossibilidade. Em sentido contrário, a prescrição deve ter seu prazo influenciado exatamente por conta do bloqueio existente quanto à manifestação livre de vontade por parte do titular da pretensão.

Trata-se de uma análise que deverá ser feita pelo magistrado, de forma casuística e pontual, focado diretamente no âmbito da manifestação de vontade do indivíduo. Havendo impedimento, não poderá se manter o curso do prazo prescricional, sob pena de punir de forma irregular aquele que, na realidade, não teve a opção de agir ou de permanecer inerte. Portanto, o que se busca consagrar, é uma extensão do prazo de prescrição em favor daquele impedido de atuar

O parâmetro utilizado pelo magistrado, na realidade, não é a ocorrência de obstáculo na atuação propriamente dita, mas que este obstáculo impossibilite a manifestação de vontade livre do indivíduo – exatamente por conta disso, utilizou-se daqueles dois exemplos anteriormente mencionados. A finalidade do princípio é permitir ao juiz relevar, quando a equidade o exija imperiosamente, o caráter excessivo que pode ter o efeito extintivo da prescrição. Deste modo, se o obstáculo desapareceu antes que terminasse o prazo de prescrição, o princípio não pode ser invocado, uma vez que a prorrogação concedida pelo princípio não pode ir além do tempo necessário para promover-se a ação.

---

<sup>415</sup> Art. 2221, Code de France: “*La prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte*”

Portanto, a perspectiva que se deve ter é que as causas expressas em lei devem existir por se tratarem de hipóteses de influência fundadas em condições pessoais daquele contra o qual corre a prescrição. É dizer: referem-se aos impedimentos relativos ao credor mesmo. Porém, não se pode negar a existência de elementos outros que retirem a viabilidade da manifestação de vontade do indivíduo, sem que tal ocorrência tenha previsão legal, pois a causa justificadora geralmente sucede a partir do mesmo de que todas as demais justas causas que impedem a pessoa de intentar sua ação.

Outros Códigos espalhados pelo mundo tratam da teoria do *contra non valentem*, ainda que de forma genérica. É interessante notar que apesar de se tratar de países de culturas diferentes a teoria em questão apresenta raízes em seus corpos normativos, o que demonstra a utilidade de seus contornos na busca pelo preenchimento do conceito abstrato de justiça. Há, efetivamente, ordenamentos jurídicos que rechaçaram a total incidência da teoria do *contra non valentem*, como ocorre com o Código Civil Espanhol e o próprio direito brasileiro que seguiram à risca a postura adotada pelo Diploma Francês no que se refere ao presente tema.

#### 5.10.1.2 A ética e o justo como justificativa para a teoria do *contra non valentem*

Porém, apesar da resistência ainda existente, é inconteste que a teoria apresenta elementos de cunho ético muito fortes em sua aplicabilidade. De fato, ao limitar o curso da prescrição em face daquele que não pode responder por obstáculos que ultrapassam a sua vontade, estará o julgador reconhecendo o real equilíbrio entre os membros da relação jurídica. Não se trata de uma atuação desestruturada por parte do ordenamento que resulte na quebra da paridade de armas, mas, sim, ao contrário, no reconhecimento do tratamento disforme, exatamente para se manter o equidade entre os atores da sociedade.

O que melhor expressa a teoria do *contra non valentem* é o fundamento da máxima de proteger aqueles que não, em tese, querem agir, mas não o fazem em decorrência de obstáculos existentes. Com isso, busca-se afastar os efeitos imorais que seriam ocasionados pela consumação da prescrição (seja ela em qualquer das suas modalidades, extintiva ou aquisitiva), já que o transcurso da prescrição nestas hipóteses resultará a perda do direito sem que haja uma justa causa para tanto, pois ocasionada pelo simples transcurso do tempo desprovido de

qualquer resistência que se há não por opção, mas por imposição da condição existente sobre o titular.

A incidência da teoria do *contra non valentem* caminha para se concretizar como algo plausível, também, na doutrina Francesa. Superados todos os conflitos existentes durante o século XIX, há defesas explícitas acerca da sua incidência que sustentam a sua viabilidade da teoria como mecanismo de imposição de tratamento equânime, pois não poderia se aplicar a prescrição sobre aquele que não tem condições de reagir por estar sofrendo com causa que obsta a sua ação.

Apesar de pontuais, os exemplos citados compreendem uma dupla finalidade: a) mostrar que assim como ocorre no sistema jurídico brasileiro, os problemas relativos à prescrição existentes em outros países perfilham, mais ou menos, as mesmas hipóteses que inquietam o direito pátrio; b) como, também, praticamente todos ao lado do nosso por razões históricas, sociais ou jurídicas coletivas aceitaram a regulamentação expressa acerca da suspensão da prescrição. Efetivamente, o problema da interferência no prazo prescricional ganha contornos novos a partir da introdução do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que trouxe grandes modificações à teoria das incapacidades, abrindo um caminho antes inexistente e que deve ser encarado de forma diferenciada daquela praticada outrora.<sup>416</sup>

### **5.10.3 A teoria do *contra non valentem* como uma realidade palpável em alguns sistemas estrangeiros.**

De fato, com o evoluir da sociedade, a cada dia aparecem novas demandas sociais e jurídicas que expõem um elemento jurídico subjetivo do titular da pretensão que não pode ser observado sob a generalidade desejada pelo positivismo absoluto instaurado pelos Franceses revolucionários. A complexidade das relações sociais demanda, acima de tudo, a observância do conhecimento da pretensão e de elementos suficientes para exercitá-la, dentre os quais destaca-se a consciência para tanto, ou seja, o reconhecimento pelo ordenamento jurídico da

---

<sup>416</sup> Apenas a título de exemplo, citam-se alguns ordenamentos jurídicos pátrios e seu trato sobre a matéria de suspensão da prescrição. Assim, encontram-se imerso no grupo daqueles países que oferecem tratamento mais amplo para interferência no prazo prescricional, o Código Civil Alemão – BGB - , o Suíço, o Holandês, o Italiano de 1.942, o Português, o Código Civil de Quebec e a *Limitation Act* Britânica. Por sua vez, dentre aqueles países que se utilizam de uma abordagem mais restritiva referente à suspensão da prescrição encontram-se o Código Civil Francês, o Código Civil Belga, o Código Civil Argentino, Chileno, Mexicano e o Código Civil Brasileiro. É bem verdade que, em qualquer dos dois grupos ora mencionados há outros países que podem ser devidamente encaixados, o que significa dizer que o rol apresentado é meramente exemplificativo

mera condição real para o exercício da pretensão. Ter consciência e habilidade para o exercício da pretensão é de fundamental relevância para justificar a interferência do ordenamento jurídico no âmbito do curso prescricional.

Em diversos ordenamentos que perfilham o padrão do *civil law*, impõem-se um rol de hipóteses que são utilizadas como causas justificadoras para a ingerência no curso da prescrição<sup>417</sup>. Apesar de não se ter o objetivo de realizar um estudo comparado de sistemas jurídicos alienígenas, pode-se afirmar que, dentre aqueles que arrolam as hipóteses previstas, há os que o fazem de maneira mais longa, e outros que optam por dissecar de modo mais reduzido aquilo que seria hábil a interferir na prescrição.

Seja em uma ou noutra hipóteses, há sempre a previsão para as situações de suspensão por causas subjetivas. Nestes casos, a suspensão do curso prescricional ocorre por conta de hipóteses pessoais do sujeito ativo envolvido na relação jurídica. Aqui o legislador optou por não permitir o curso da prescrição em razão de uma situação vinculada o próprio indivíduo ou por uma hipótese onde ele se envolva. Sendo assim, facilmente se encontram previsões onde não se permite o curso prescricional entre cônjuges (ou companheiros, nos ordenamentos onde há o seu reconhecimento); também não haverá prescrição entre pais e filhos, enquanto vigente o poder familiar, assim como no caso envolvendo representantes e representados.

Ainda verifica-se a existência de causas objetivas que são aquelas que perfilham o entendimento no sentido de situações de impossibilidade genérica de exercício da pretensão seja, inclusive, no aspecto jurídico. Ao lado destas situações, também é possível encontrar causas suspensivas em razão de ação ou omissão dolosa por parte do sujeito passivo, o que se refere à hipótese em que se busca interferir no prazo prescricional em face de comportamentos perpetrados pelo sujeito passivo da relação que acaba por impossibilitar o titular do direito de agir no exercício de sua pretensão.<sup>418</sup> Há algumas outras hipóteses de suspensão do prazo prescricional que

---

<sup>417</sup> A título de exemplo, citam-se os Códigos Francês e Belga em seus arts. 2.252 à 2.254, o Código Civil Italiano no art. 2.941; o Código Civil Português, no arts. 318 à 320; o Código Civil Alemão no parágrafo 207; no Código Civil Suíço no art. 134.1; no Código Civil Holandês, art. 321.1; no Código Civil de Quebec, arts. 2.905 e 2.906 e nos Códigos Civis hispano americanos.

<sup>418</sup> Exemplificando, cita-se o art. 2.941-8º do Código Civil Italiano; o art. 321.2 do Código Civil Português; o art. 321.1 do Código Civil Holandês e a s. 31 da *Limitation Act* da Inglaterra

podem ser citadas, como no caso das relações envolvendo a pessoa jurídica e seus gestores<sup>419</sup> e a suspensão para os casos de herança jacente<sup>420</sup>.

### 5.10.3.1 Breves aspectos da teoria do *contra non valentem* no direito Inglês

Interessante, porém, destacar previsão constante a *section 33*<sup>421</sup> da *Limitation Act 1980* Inglesa que estabelece a possibilidade de uma suspensão atípica, pois se trata de hipótese que caberá aos tribunais britânicos a análise da viabilidade da ingerência no prazo prescricional de acordo com princípios como o da equidade para ações que envolvam danos ou morte do titular da pretensão. Sendo assim, na busca pelo ideal de justiça, considerando os pilares que justificam a aplicação das regras gerais da prescrição, poderá o Tribunal suspender o seu curso, caso verifique que a manutenção da formatação ordinária de gestão resultará em prejuízos ao titular da pretensão para além da moldura prevista pelo legislador.

Percebe-se, portanto, a existência de uma viabilidade que se aproxima, e muito, da incidência da teoria do *contra non valentem agere non currit praescriptio*, pois garante certa discricionariedade ao tribunal na gestão da hipótese de suspensão do prazo prescricional, pelo menos nos atos envolvendo danos ou morte<sup>422</sup>.

---

<sup>419</sup> Vide o Código Civil Português no art. 318-D; o Código Civil Italiano, no art. 2.941-7 e o Código Civil Holandês, no art. 321.1-d.

<sup>420</sup> Para esta hipótese, observe o art. 2.258 e 2.259 do Código Civil Francês; o art. 2.941-5 do Código Civil Italiano; o art. 322 do Código Civil Português; o § 207 do Código Civil Alemão; o art. 2.907 do Código Civil Holandês; o art. 2.907 do Código Civil de Quebec, entre outros.

<sup>421</sup> *Section 33 da Limitation Act 1980: Discretionary exclusion of time limit for actions in respect of personal injuries or death. (1) If it appears to the court that it would be equitable to allow an action to proceed having regard to the degree to which— (a) the provisions of section 11 [F45 or 11A] or 12 of this Act prejudice the plaintiff or any person whom he represents; and (b) any decision of the court under this subsection would prejudice the defendant or any person whom he represents; the court may direct that those provisions shall not apply to the action, or shall not apply to any specified cause of action to which the action relates.*

Em tradução livre: A suspensão discricionária do tempo para ações envolvendo matéria de lesões pessoais ou morte. (1) Se restar demonstrado ao tribunal que seria justo permitir que a ação prossiga, tendo em conta que (a) as disposições da Secção 11 [F45 or 11A] ou 12 deste *Act* prejudicar a vítima ou qualquer pessoa que dele seja representante; e (b) qualquer decisão exarada pela corte sob esta subsecção poderia prejudicar o réu ou qualquer outra pessoa que a ele represente; A corte poderá decidir que aquelas previsões não podem ser aplicadas ao caso prático ou não deverão ser aplicada a nenhuma causa específica com a qual esta ação se relaciona.

<sup>422</sup> Deve destacar que no caso da *Limitation Act* a discricionariedade do tribunal está, corretamente, limitada ao aspecto da busca pelo preenchimento do conceito abstrato de justiça. Isso porque, os julgadores somente poderão, nos casos de danos ou morte à pessoa, interferir diretamente no curso do prazo prescricional atendendo às circunstâncias do caso em particular. Deve observar, basicamente a duração e as razões que justificam o retardo por parte do demandante; os efeitos do atraso em relação com as provas que devam ser produzidas especificamente para o caso; a conduta do demandado depois do nascimento da ação; a duração de qualquer impossibilidade – por eles denominados de *disability* – por parte do autor depois do nascimento da pretensão; em que medida o autor

### 5.10.3.2 A abertura do direito francês para a teoria do *contra non valentem*.

O postulado máximo segundo o qual somente se admite a suspensão da prescrição em casos tipificados legalmente, tem fundamento em antecedentes sancionadores do Código Civil, cuja, suposta, busca pela integridade da segurança jurídica acabou por empurrar ao plano da insignificância da aplicabilidade da teoria do *contra non valentem agere non currit praescriptio*. Prova disso está no antigo texto do art. 2251<sup>423</sup> do *Code de France* que afirmava, expressamente, que a prescrição poderia ser sustentada contra qualquer pessoa, a menos que ela estivesse abrangida por uma das causas legalmente previstas de influência no curso do lapso temporal. Essa linha de intelecção foi utilizada durante muito tempo no direito brasileiro, ainda permanecendo com um baluarte, quase que, imutável em nosso sistema jurídico.

A ideologia apontada no texto de lei perdurou até a reforma do Código Frances ocorrida em 2008, o que deixa evidente a sua influência nos sistemas normativos em diversas nações que se utilizaram dos ensinamentos ali emanados como meios de inspiração para o desenvolvimento do seu Texto Civil.

A doutrina francesa, por sua vez, não permaneceu adepta por muito tempo a esta limitação legal. Afirmar Aldo Marcelo Azar<sup>424</sup> que à exceção de Mazzeaud que sempre manteve seu posicionamento no sentido de atendimento restrito às determinações legais, os estudiosos daquele país apontavam no sentido da necessidade de superação para casos em que o impedimento fosse fundado em força maior e com capacidade de impossibilitar por parte do credor o exercício de seus direitos. Ao artigo 2251 do *Code de France* era visto não com um caráter restritivo absoluto, mas viabilizador da existência de uma hipótese geral de suspensão

---

atuou de forma pronta e razoável desde que teve conhecimento acerca da possibilidade de atuação de uma ação por danos e as medidas que o autor tomou para obter o assessoramento médico, se for o caso, e legal para o exercício de sua pretensão.

<sup>423</sup>Art. 2251, *Code de France*. “*La prescription court contre toutes personnes, à moins qu’elles ne soient dans quelque exception établie par une loi*”. Em tradução livre: art. 2251, Código Francês: Prescrição vai contra todas as pessoas, a menos que eles estão em alguma exceção estabelecido por lei.

<sup>424</sup>Segundo o autor: “Es sorprendente constatar que ni la doctrina ni la jurisprudencia han seguido esos patrones, al punto de verificarse causales suspensivas no previstas legalmente, a las que se le reconocen entidad paralizantes del término prescriptivo precisamente por interpretaciones extensivas o integraciones a partir del caso previsto a uno similar no legislado.” Em tradução livre: *É surpreendente constatar que nem a doutrina, nem a jurisprudência tem seguido esses padrões a ponto de verificar-se causas suspensivas não previstas legalmente, àquelas que reconhece como institutos paralisantes do término prescriptivo, precisamente por interpretações extensivas ou integrações a partir do caso específico ou similar não legislado.* (AZAR, Aldo Marcelo. *Suspensión de la prescripción: Casos no previstos legalmente y supuestos controvertidos. Las interpretaciones del espíritu de la ley*. In: VALLESPINOS, Carlos G. *Cuaderno de Obligaciones*. Ciudad de Córdoba: Alveroni Ediciones: 2014, p.253-289)



que se encontraria forma da previsão textual da lei.

Tratava-se de uma interpretação onde o foco seria o estabelecimento de uma medida de equidade que se direcionasse para certas pessoas por conta da situação em que se encontrava. Eram questões particulares que, de acordo com o caso prático, autorizavam o impedimento/suspensão do curso do prazo prescricional.

Por longos anos, esse foco de resistência doutrinária não conseguiu alterar a ideologia legal, apesar de haver a identificação de elementos jurisprudenciais que apontavam no mesmo sentido do quanto expresso na perspectiva dos estudiosos. Porém, este entendimento foi alterado a partir da modificação experimentada pelo Código Francês nos idos do ano de 2008, pois o texto originalmente constante no art. 2251, foi alterado pelo novo dispositivo legal sustentado pelo atual art. 2.234<sup>425</sup> que passou a reconhecer a causa de suspensão geral em seu próprio corpo.

Ampliaram-se, portanto, as hipóteses de interferência direta no prazo prescricional. Da mesma forma, ao magistrado foi concedida maior liberdade no trato da matéria, pois afrouxaram-se as amarras legais antes existentes, já que a partir de então se consagrou a regra geral de suspensão da prescrição a toda impossibilidade de atuação, seja ela decorrente da própria lei ou por casos abrangidos pela força maior, ou seja, por situações que não se consegue impedir.

### 5.10.3.3 Exemplos da incidência da teoria do *contra non valentem* no direito americano

O direito americano apresenta interessantes posicionamentos acerca do tema. Tratam-se de precedentes que foram aplicados ante aquele ordenamento jurídico e representam muito bem o ideal buscado pela teoria do *contra non valentem*. Basicamente, destacam-se dois casos jurídicos interessantes que versam sobre a sua aplicação: o primeiro refere-se à hipótese do oferecimento de ações, em tese, extemporâneas por vítimas de abusos sexuais cometidos quando crianças em tenra idade; e o segundo precedente ilustrativo refere-se às reivindicações dos proprietários de obras de artes roubadas daqueles que deveriam lhe assegurar a guarda.

---

<sup>425</sup>Art. 2.234, *Code de France*. “*la prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultante de la loi, de la convention ou de la force majeure*”. Em tradução livre: Art. 2.234, Código Francês: A prescrição ou correrá ou se suspenderá contra aquele que estiver impossibilitado de agir em razão de um impedimento resultante da lei ou de acordo ou por força maior.

No primeiro caso, referente às ações decorrentes de abusos sexuais praticados contra criança comenta-se que esta era uma constante nos Estados Unidos a partir da década de oitenta e que, dentre muitos casos, três causaram repercussões jurisprudenciais, ganhando, portanto, o *status* de *leading cases*. Basicamente as ações voltavam-se para pleitos decorrentes de abusos sexuais sofridos pelos autores quando ainda eram crianças – em alguns casos, até mesmo quando estavam vivenciando a sua primeira infância – que acabaram por resultar em transtornos psicológicos que afloraram com maior intensidade quando adultos.

Nestas causas, o reflexo psicológico foi tão intenso que acabou por resultar na impossibilidade de oferta da demanda cabível, pois os autores estavam internados em clínicas especializadas para tratamento das consequências decorrentes dos abusos. Ocorre que após as interferências médico-psicológicas necessárias, ao intentarem as demandas, a pretensão das vítimas dos abusos sexuais estava consumida pela prescrição.

Diante da grande injustiça provocada pelo fato concreto, o direito americano – diga-se, as normas de cada Estado – se debruçaram sobre esta situação para adotar medidas que modificassem o trato da suspensão da prescrição.

No caso conhecido como *Tyson v. Tyson*<sup>426</sup> – julgado no Tribunal de Washington em 1986 -, a corte, não obstante reconhecer o impacto devastador decorrente do abuso sexual sofrido pelo autor e que o exercício de sua pretensão estaria especialmente carregado de grande dificuldade de exercício, optou por permanecer no âmbito meramente formal, pois reconheceu a dificuldade supostamente existente na produção de provas em razão do demasiado tempo transcorrido, inclusive com a suscitação de dúvidas quanto ao valor dos testemunhos apresentados.

Com isso, concluiu acerca da impossibilidade de reconhecimento da viabilidade de exercício da pretensão sob a justificativa de que havia grande risco à justiça em face da distância temporal entre o momento da propositura da demanda e o instante do acontecimento do fato. Em outras palavras, postou-se no sentido de que o reconhecimento da prescrição servia para estabilização

---

<sup>426</sup> Caso *Tyson v. Tyson*. Cfr. 107 Washington 2d 72, 727 P.2d 226. Se tratava de uma ação movida por Nancy Tyson que suscitava ocorrência de abuso sexual por parte do seu pai durante sua infância – dos três aos onze anos. Alegava que havia memórias reprimidas de tais abusos e que estas não haviam desaparecido até 1.983 quando se submeteu a um tratamento psiquiátrico. Argumentou ainda que os abusos foram feitos quando ela estava inconsciente. (LEGALE. *Tyson vs Tyson*. Disponível em: <[http://www.leagle.com/decision/1986179107Wn2d72\\_1175/TYSON%20v.%20TYSON](http://www.leagle.com/decision/1986179107Wn2d72_1175/TYSON%20v.%20TYSON)>; acesso em: 14 nov. 2016)

das relações sociais, fato este de maior importância do que o reconhecimento da impossibilidade de atuação por parte do sujeito agredido.

Exatamente em razão da estrutura jurídica daquele país, este *leading case* passou a ser utilizado em outras demandas semelhantes, acabando por resultar no reconhecimento da prescrição em diversas ações que envolviam os abusos sexuais. A instabilidade social foi de tal forma que vinte e cinco Estados Americanos e o Estado de Columbia nos idos de 1994 optaram por alterar suas legislações para permitir que as vítimas de abusos sexuais durante a infância pudessem exercer o direito de ação após o curso do prazo prescricional.

Um ano após o caso *Tyson vs Tyson*, em 1987, o Tribunal Superior de Wisconsin tangenciou postura diferente daquela adotada pela corte de Washington. De acordo com os julgadores do *Hamer vs Hamer*<sup>427</sup>, a mera aplicação formal da prescrição não teria espaço no caso, pois diante da gravidade da situação que efetivou o impedimento de manifestação da pretensão a manutenção do aspecto meramente formal resultaria em ofensas à preceitos sociopolíticos que, resultariam em instabilidade social.

Neste caso, rejeitou-se o argumento da defesa de que já havia sido consumada a prescrição, pois o início do seu prazo se daria com o ato sexual, haja vista a suposta consciência por parte da vítima. Em seu lugar foi considerado como marco inicial para a prescrição o momento em que houve a descoberta do efetivo dano e suas causas e não desde o momento da agressão. Apesar de tecnicamente mais próximo do conceito abstrato de justiça do que o posicionamento anterior, este foi seguido por poucos Tribunais.

Por fim, no ano de 1988, surge uma posição intermediária. O tratamento conferido ao *case Johnson v. Johnson*<sup>428</sup> os julgadores distinguiram dois tipos de casos e processos envolvendo situações de abuso sexual na infância. O primeiro tipo envolve aqueles em que a demandante

---

<sup>427</sup> Caso *Hammer v. Hammer*, 142 Wis. 2d 257, 418 N.W.2d. 23. Este caso refere-se à uma senhora de nome Laura Hammer que ingressou com ação judicial contra seu pai sob o argumento de que havia sido abusada sexualmente por este dos cinco aos quinze anos de idade. A grande diferença entre este caso e o de Nancy Tyson está na ausência de recordação por parte de Laura acerca da repressão do ato e que não tinha a consciência do ato abusivo contra si praticado. Afirma que apenas vinculou os problemas psíquicos que passava com a prática desses atos após tratamento com especialista realizado quando da idade adulta. (Court Listener. *Hammer vs. Hammer* Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/1894305/hammer-v-hammer/>>; acesso em: 14 nov. 2016)

<sup>428</sup> Caso *Johnson v. Johnson*, 701 F. Supp. 1363. Neste caso Deborah Johnson alegava que havia sido vítima de abusos sexuais realizados por seu pai entre 1958 e 1968 – dos três aos doze anos. Como ocorrido com Laura, ela havia apagado todas as recordações deste abuso até 1.987 quando se submeteu a tratamento psicoterápico. (JUSTIA US Law. *Johnson v Johnson*. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/oklahoma/supreme-court/1992/15341.html>>; acesso em: 14 nov. 2016)

tinha consciência do abuso sexual antes de alcançar a maioridade, embora não tenha existido problemas físicos ou psicológicos decorrentes destes atos. O segundo tipo se relaciona às hipóteses em que as pessoas experimentaram transtornos psicológicos ou físicos de forma incapacitante e estes são diretamente relacionados ao abuso sexual.

Feita esta distinção, estabeleceu-se que no segundo grupo era necessário afastar das regras estritas da prescrição e aplicar o que eles denominavam de *Discovery Rules*, que viabilizava o reconhecimento de ocorrência de exceção à regra geral. Com esse precedente os Tribunais passaram a observar os casos com mais cuidado, pois se viram impulsionados a identificar qual o tipo que se tratava a situação. Para tanto, utilizaram-se da memória, as recordações que havia do abuso, aplicando-se a *Discovery Rule* apenas para as hipóteses mais incontestas do impedimento vinculado diretamente com o abuso, ou seja, aqueles que se encaixavam no segundo grupo.

No que se refere à situação da reintegração de obras de artes roubadas, também se percebe influência referente à incidência da teoria do *contra non valentem*.<sup>429</sup> O primeiro caso apresentado foi julgado no idos de 1980 pela Corte do Estado de New Jersey e restou conhecido como *O’Keeffe v. Snyder*<sup>430</sup>. Nesta hipótese, os julgadores resolveram aplicar a *Discovery Rule* ao estabelecer que o direito de ação não poderá ser exercitado até que o proprietário tenha

---

<sup>429</sup> Sobre os casos em comento, vide LEE, Monique: *A choice of law dilemma: the conflict and reconciliation of laws governing cross-border transfers of stolen*. Disponível em: <<http://www.cplpej.org/wp-content/uploads/2015/08/Lee-Monique.pdf>>; acesso em: em: 15 nov. 2016) e SYMEONIDES, Symeon C. *A choice-of-law rule for conflicts involving stolen cultural property*. In.: LEXISNEXIS. Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=38+Vand.+J.+Transnat%27I+L.+1177&srctype=smi&srcid=3B15&key=99b70e9cd0dc67b98c522b4b9eef3856>>; acesso em: em: 15 nov. 2016)

<sup>430</sup> Este caso envolve demanda onde a autora alega ser proprietária de três pinturas que foram roubadas de uma galeria de arte. Por sua vez, o réu sustentava que era comprador da pintura e que havia realizado negócio jurídico para sua aquisição, detendo, portanto, a posse da mesma, além do que a pretensão da demandante não poderia ser atendida, pois consumida pela prescrição. O primeiro ponto a ser analisado pelo Tribunal foi o capítulo da prescrição, cuja decisão foi no sentido de não a reconhece, ante a aplicação do *Discovery rule*. Ademais, no mérito, restaram analisados alguns aspectos como: a) as pinturas foram roubadas; b) as defesas referentes à prescrição e do título por posse adversa eram idênticas e c) o Recorrente não provara os elementos de posse adversa. Em apelação, o Supremo Tribunal de Nova Jersey determinou que havia muitas questões factuais para decidir o caso e reenviou o caso ao tribunal de origem para determinar o julgamento dessas questões factuais. O interessante neste caso é porque a *Discovery rule*, e não a ideia de posse injusta, foi levado em consideração na determinação do título sobre os bens móveis. A perda do bem não será possível de ser identificada a partir do momento em que haja o ato, a não ser que a parte lesada não adote nenhuma medida razoável para saber o local onde se encontra o mesmo ou os fatos que serviram como lastro para a causa. Se no dono do imóvel não vier a descobrir onde se encontra a coisa, mesmo adotando todos os mecanismos necessários para tanto, não há como reconhecer o início da prescrição. Em caso contrário, havendo o reconhecimento da prescrição, apenas neste caso, o possuidor do imóvel poderá adquiri-lo. (JUSTIA. US Law. *O’keeffe vs Snyder*. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1980/83-n-j-478-0.html>>; acesso em: 14 nov. 2016)

notícias da localização da coisa roubada ou, pelo menos, poderia ter tal informação a partir do exercício de diligências ordinárias.

Apesar de interessante, esta linha de entendimento passou a ser criticada na medida em que impunha ao proprietário roubado o ônus de prova para demonstrar que, efetivamente, não sabia onde se encontrava a obra de arte, ou que tinha praticado todos os atos necessários para a sua busca. Referia-se, portanto, a uma inversão que acabava por colocar o proprietário em situação de desvantagem processual, ante a incumbência que sobre si recaía.

Onze anos mais tarde, em 1991, o Tribunal de Apelação de Nova York, quando do julgamento do caso *Solomon R Guggenheim Foundation v. Lubell* optou pela utilização da *demand and refusal rule*<sup>431</sup>. Esse entendimento perfilhava o caminho segundo o qual a ação reivindicatória não nasce, ao menos em razão do comprador de boa-fé de coisas roubadas, até que o proprietário verdadeiro reclame a devolução e o possuidor não o faça. Afirmava o tribunal ser demasiado impor um dever adicional de diligência antes que o verdadeiro proprietário possa conhecer onde poderia encontrar sua obra desaparecida, o que evitaria, no caso, que Nova York se transformasse no paraíso de artes roubadas e certificadas pelo transcurso do prazo prescricional que imporá uma carga irrazoável sobre o proprietário, favorecendo os traficantes desses objetos.

#### 5.10.3.4 Outros resquícios da incidência da teoria do *contra non valentem*.

No direito argentino, apesar de toda resistência ali existente, concorda-se com o entendimento

---

<sup>431</sup> O caso *Solomon R. Guggenheim Foundation v. Lubell* 153 A.D.2d. 143, 550 N.Y.S.2d. 618 (1990); 77 N.Y.2d. 311, 569 N.E.2d. 426, 567 N.Y.S.2d. 623 (1991) envolvia situação de roubo do Museu Guggenheim de Nova York de um quadro de Chagall nos idos de 1965 a 1970. Apesar do ato criminoso, o museu decidiu não dar publicidade para o roubo com o intuito de não dificultar a localização do quadro diante da publicidade que ocorreria. Em 1985 houve descoberta que o bem estava na posse de Mr. e Mrs. Lubell que o havia comprado em 1967. Diante disso, o Museu notificou o casal em 1986 informando acerca da propriedade do quadro. Diante da negativa de devolução, ingressou com demanda em 1987. Em contestação, o réu Lubell apresentou argumento no sentido de se reconhecer a prescrição, sob o fundamento de que o museu não havia adotado as diligências cabíveis para encontra-lo e não poderia amparar-se na *Discovery rule* pois havia deixado de dar publicidade ao evento do roubo. (ARTHEMIS. Art-Law Centre University os Geneva. *Case Chagall Gouache – Solomon R. Guggenheim Foundation and Lubell*. Disponível em: < <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/case-chagall-gouache-2013-solomon-r-guggenheim-foundation-and-lubell/case-note-2013-chagall-gouache-2013-guggenheim-and-lubell>>; acesso em: 14 nov. 2016)

de Aldo Marcelo Azar<sup>432</sup> quando afirma que a ideia do *contra non valentem* não foi abolido do sistema normativo dos “Hermanos”. Afirma o autor que apesar de levantarem a bandeira da impossibilidade de interferência no fluxo do prazo prescricional por hipóteses não legais, é possível verificar a existência de situações em que esta teoria se mostra presente no texto do país vizinho.

Alega que o art. 3.980<sup>433</sup> apresenta a teoria do *contra non valentem* ainda que de forma indireta quando afirma que o juiz se encontra autorizado a liberar o credor, ou o proprietário das consequências diretamente decorrentes da prescrição, durante o período em que o impedimento ocorra, desde que se exercite o direito dentro do prazo de três meses após o término do bloqueio. De fato, ao que parece, o sistema argentino já aponta no sentido do reconhecimento da possibilidade de uma interferência no prazo prescricional para hipóteses não taxativas em lei, diante da viabilidade conferida pelo sistema.

No direito italiano, a questão envolvendo a suspensão da prescrição volta-se apenas para os fenômenos jurídicos aceitos como razoáveis sem, contudo, se preocupar com a questão do justo, nem suas causas. Neste caso, apesar de reconhecer que o fundamento racional da suspensão da prescrição se dá em razão da inércia do titular, o sistema jurídico se baseia num suposto critério de equidade onde a lei adota algumas causas particulares para justificar o ato suspensivo, como numa impossibilidade moral ou material, ou, ao menos de grave dificuldade de exercício, para suspender os efeitos da prescrição enquanto tais condições perdurarem.

Este sistema jurídico, portanto, caminha no sentido de aceitar causas outras de suspensão que não apenas aquelas especificadas nos arts. 2.941 e 2.942 do seu Código Civil. Há duas correntes que tracionam-se em sentidos contrários: uma que afirma que deveria haver o impedimento/suspensão da prescrição em qualquer hipótese, independentemente de previsão legal, desde que reste comprovada a impossibilidade do credor de exercitar sua pretensão,

---

<sup>432</sup> AZAR, Aldo Marcelo. *Suspensión de la prescripción: Casos no previstos legalmente y supuestos controvertidos. Las interpretaciones del espíritu de la ley*. In: VALLESPINOS, Carlos G. *Cuaderno de Obligaciones. Prescripción extintiva*. n. 6. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2014, p. 253-289

<sup>433</sup> Art. 3.980, Código Civil Argentino. *Cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados a liberar al acreedor, o al propietario, de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos en el término de tres meses*. Em tradução livre: Quando por razão de dificuldades ou impossibilidade de direito, se encontrar impedido, temporariamente, o exercício de uma ação, os juízes estão autorizados a liberar o credor, ou o proprietário, das consequências da prescrição consumada durante o impedimento, se depois da cessação o credor ou o proprietário afirmar seus direitos dentro do prazo de três meses.

enquanto que do outro lado posiciona-se no sentido da impossibilidade de tal flexibilização, pois a prescrição reveste-se de caráter de ordem pública, o que imporia a necessidade de uma prévia abordagem legal a fim de assegurar o conhecimento amplo, em face da tutela dos interesses sociais – como a segurança jurídica – intrínsecos na prescrição.

Porém, deve-se lembrar que uma terceira linha de raciocínio poderia, também, ser adotada. A via mista que envolve a possibilidade de utilização de causas distintas das legais desde que restem configurados graves impedimentos ao exercício do direito, assegurando-se, assim, a questão da decisão justa e, por via de consequência, do acesso amplo à justiça. Numa análise, ainda que superficial, da jurisprudência italiana, é possível perceber que a corte daquele país apresenta tendência a seguir esta via alternativa quando se fala em impedimento/suspensão da prescrição, o que significa dizer que se adequa à viabilidade, ainda que apenas no âmbito decisórios, da teoria do *contra non valentem*.<sup>434</sup>

Ainda quanto aos Estados Europeus, deve-se destacar a previsão constante no art. 321<sup>435</sup> do Código Civil Português. O país lusitano prevê que há a possibilidade de suspensão da prescrição “durante o tempo em que o titular estiver impedido de fazer valer o seu direito, por força maior”. Perceba-se que não trouxe uma hipótese específica e devidamente prevista no texto de lei, pois,

---

<sup>434</sup> Neste sentido, a título de exemplo, vide a Sentenza n° 23, do ano de 2013, prolatada pela Corte Constitucional Italiana que abordou a questão da aplicabilidade da teoria do *contra non valentem* quando suscitou que: “*Osserva lo stesso giudice che la ratio della sospensione del termine di prescrizione del reato, nei casi di sospensione obbligatoria del procedimento richiamati dall’art. 159, primo comma, cod. pen., risponde alla logica secondo cui contra non valentem agere non currit praescriptio, posto che, nei casi predetti, l’impossibilità di procedere non può essere ascritta all’incapacità del sistema giudiziario di pervenire ad una verità processuale entro i termini imposti dall’ordinamento. Nondimeno, prosegue il rimettente, «la medesima logica sottende non soltanto l’esigenza che i casi di sospensione siano espressi e tassativi, ma altresì che detta situazione di “stallo” sia comunque contenuta nei limiti della transitorietà e temporaneità», ciò che risulta incompatibile con la reiterazione dei provvedimenti di sospensione del processo per la durata della vita dell’imputato, ridotto alla condizione di «eterno giudicabile».*” (Università degli Studi di Malno. SENTENZA N. 23 ANNO 2013. *Il problema dell’incapace “eternamente giudicabile”: un severo monito della Corte costituzionale al legislatore*. Disponível em: <<http://www.penalecontemporaneo.it/d/2091-il-problema-dell-incapace-eternamente-giudicabile-un-severo-monito-della-corte-costituzionale-al-le>>; acesso em: 21 dez. 2016) Em tradução livre: “Observa este magistrado que a razão entre a suspensão da prescrição em face do delito, e, em casos de suspensão obrigatória do processo referido na arte. 159, primeiro parágrafo, do cod pen., responde à lógica segundo a tese da *contra non valentem agere non currit praescriptio*, posto que, nos casos acima mencionados, a impossibilidade de proceder não pode ser atribuída à incapacidade do sistema judicial para chegar a uma verdade do caso dentro dos prazos impostos pelo ' classificação. No entanto, o tribunal de apelação continua, "a mesma lógica subjacente não só a exigência de que nos casos de suspensão são expressos e incondicional, mas também disse que a situação de " impasse" é, no entanto, contido nos limites de transição e temporária', que é incompatível com a reiteração da suspensão das etapas do processo para a duração da vida do réu, reduzido à condição de “jurisdição eterna”.

<sup>435</sup> **Artigo 321, Código Civil Português - Suspensão por motivo de força maior ou dolo do obrigado** 1. A prescrição suspende-se durante o tempo em que o titular estiver impedido de fazer valer o seu direito, por motivo de força maior, no decurso dos últimos três meses do prazo. 2. Se o titular não tiver exercido o seu

ao contrário, estabeleceu a regra de suspensão por hipótese de força maior, ou seja, situação esta que abre a possibilidade de verificação de acordo com o caso prático.

Será exigida, então, a análise do magistrado de acordo com a situação específica, afastando-se, neste caso, das previsões abstratas e gerais da norma, como acontece com o caso brasileiro. Ao estabelecer a possibilidade de suspensão em razão de força maior, o legislador impõe uma interessante postura do julgador que deverá cuidar da questão a partir da situação singular, podendo haver situações, portanto, que não são abrangidas pela hipótese legal previamente estabelecida.

Ao que transparece, é uma situação de demonstração da simpatia pela incidência da teoria do *contra non valentem*, porém, não se pode deixar de ressaltar que este é um sistema excepcional, ainda. Isso porque, da leitura do dispositivo, verifica-se em sua parte final que o legislador ali previu que esta suspensão por força maior somente ocorrerá nos últimos três meses do prazo prescricional.

Esta postura do legislador apesar de tímida quanto a aplicabilidade da teoria, demonstra uma tendência à sua aceitação. Certamente, a teoria do *contra non valentem* foi utilizada como *última ratio* quanto a questão da suspensão do prazo prescricional, pois, em tese, o legislador acredita que caso ocorra algo decorrente da força maior no início do curso do prazo prescricional, não haverá prejuízo ao credor, haja vista que poderá se recuperar da situação ainda dentro do lapso temporal.

#### 5.11 A TEORIA DO *CONTRA NON VALENTEM*, O INCISO I DO ART. 198 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E AQUELE QUE NÃO CONSEGUE MANIFESTAR SUA VONTADE.

Resta, então, instalado o problema normativo-jurídico a partir da promulgação da lei 13.146/2015. O mesmo legislador que trouxe ao âmbito infraconstitucional a regulamentação mais específica sobre os direitos dos deficientes reconhecidos em Convenção Internacional, acabou por resultar na construção de uma incongruência jurídica, pois o deslocamento das pessoas que não conseguem exprimir sua vontade, ainda que por causa transitória, para o parâmetro dos relativamente incapazes, afastou a incidência do quanto estabelecido no inciso I do art. 198 do Código Civil. Assim, estes sujeitos estarão submetidos à consumação da



prescrição sobre suas pretensões, mesmo que seu estado de inércia seja decorrente de uma conduta involuntária, de um impedimento físico ou psíquico ocorrido sem o seu desejo.

De fato, diante de tudo o quanto exposto até o momento, ao se fazer um apanhado dos contornos da prescrição percebe-se que o instituto se volta, em primeiro plano, para a garantia da segurança jurídica, pois inviabiliza a manutenção do estado de beligerância durante muito tempo. Porém não se pode esquecer que se trata de um instituto que foi, mais recentemente, formatado a partir dos preceitos da burguesia revolucionária, o que implica dizer que dentro de toda sua construção sistêmica há também pontos justificadores a partir da preocupação com a autonomia da vontade.

Durante muitos anos, o direito brasileiro – a partir das influências decorrentes do direito francês revolucionário – se manteve submerso na valorização da ideia do *pacta sunt servanda* e da autonomia da vontade. Com isso, os diversos institutos que foram construídos – ou mesmo revigorados, pois existentes outrora – sofreram com as influências desse pensamento individualista e formalista. Grande prova disso está, exatamente, na estrutura da teoria das incapacidades que optou pelo desenvolvimento de uma linha excludente onde aqueles que não se encaixavam no paradigma do homem ideal – denominado, em alguns casos, de homem-médio – não poderiam conviver em mesmo patamar de igualdade com seu semelhante.

O mesmo sistema que pregava a igualdade – em sua face formal – desenvolvia a teoria das incapacidades segundo a qual toda a construção se lastrearia num parâmetro específico, sendo o diferente qualificado como estranho e incompatível. Como não havia a adequação ao quanto esperado pelo legislador, optava-se por afastar sua autonomia, ao invés de viabilizar mecanismos de ajustes às diferenças.

Partindo-se desse ideal, as peças do quebra-cabeça foram sendo montadas, dentre as quais o instituto da prescrição foi modulado para um ajuste perfeito. Se o indivíduo não poderia manifestar sua vontade, também não poderia ser considerado como inerte. Como a prescrição perfilha para o indivíduo como uma espécie de censura do sistema diante de sua desídia, não havia como imputar-lhe tal condição, posto que inexistia, no caso, a opção por agir ou não agir.

Explica-se: como a manifestação de vontade livre e desimpedida é requisito fundamental para se reconhecer a validade dos negócios jurídicos e para a atuação na sociedade, a sua subtração resulta num indivíduo que não poderá gerir seus atos, e, por via de consequência, incapaz de

celebrar tais negócios, o que significa dizer que se trata de um sujeito que não interessa aos preceitos patrimonialistas outrora vigentes.

Ora, se ele não poderia figurar como capaz de executá-los, também seria impossível que os mesmos fossem alijados dos direitos que já titularizavam. O que era atacado diretamente pelo ordenamento jurídico era a capacidade de exercício, permanecendo hígida a possibilidade de sua titularização, afinal tratava-se de uma linha filosófica acumuladora de patrimônio. Nesta linha de intelecção, a ofensa experimentada deveria ser refutada, não podendo o Poder Judiciário permitir a subtração patrimonial sem que houvesse a devida reprimenda.

Ocorre que, se o sujeito não era capaz de defender os direitos que lhe pertenciam, não poderia agir contra agressões sofridas. Isso significa dizer que, nestes casos, não se fala em opção pela não ação, mas na efetiva impossibilidade, razão esta que fez o legislador reconhecer a possibilidade de impedimento ou suspensão da prescrição para aqueles que não conseguissem exercer sua vontade, ainda que por causa transitória. A tutela do patrimônio acabou por resultar num escudo protetor onde estaria abrangido pela imprescritibilidade por causa específica da pretensão daquele que se encontrava na condição retromencionada.

Sucedo que não se pode deixar de ressaltar que a evolução trazida pela constitucionalização do direito não poupou a forma como se enxergava a teoria das incapacidades. A abordagem absolutamente excludente passou a ser vista de forma contrária aos interesses do legislador constitucional que estabeleceu como primado-base da construção do ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana. Portanto, retirar o indivíduo da interação social apenas por se tratar de pessoa elencada no rol dos incapazes não redundaria no atendimento à proteção exigida por toda estrutura jurídica que se instalou no país.

Em assim sendo, o regime muda com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. E essa alteração se faz de tal forma profunda que alcança a previsão constante no inciso I, do art. 198, do Código Civil. Agora, aqueles que não conseguem exprimir sua vontade, ainda que por causa transitória, não estão mais acobertados pelas benesses da suspensão ou impedimento do curso do prazo prescricional. São equiparados, para este aspecto, com todos aqueles que manifestam sua vontade de forma livre, pois foram retirados do rol dos absolutamente incapazes e levados para o âmbito dos relativamente incapazes, afastando-os da abrangência normativa deste dispositivo.

Como poderia, então, o mesmo sistema que altera sua linha filosófica para reconhecer ao indivíduo a importância central de toda construção normativa, imputar uma condição tão gravosa para o sujeito, colocando-o em situação pior do que aquela outrora existente, quando reinante o ideal patrimonialista?

Em se tratando de pessoas, o ato de excluir deve ser substituído pelo de incluir e com isso a busca por essa inserção deve ser uma constante. O reflexo da teoria humanitária apresentada pela Constituição Federal acabou por resultar numa forma diferenciada – quando comparada com aquela de outrora – de tratamento do incapaz. A percepção de uma sociedade desigual impõe um tratamento não uniforme, pois, caso contrário, os direitos mais salientes de uns não seriam atendidos, pois todos estariam submetidos à tábua rasa da isonomia.

Essa busca confere ao magistrado a constante utilização de mecanismo que se assegure ao indivíduo o acesso amplo à justiça, sem que isso implique em qualquer tipo de desvantagem ou privilégio injustificado para uma das partes. É verdade que o tratamento diferenciado é necessário até mesmo porque não se pode exigir a igualdade ilusória de tempos atrás. Cada sujeito tem suas qualidades e limitações, sendo que disso poderá desaguar na configuração da vulnerabilidade, o que impõe um olhar diferenciado por parte do ordenamento jurídico pátrio no trato dos anseios daquele indivíduo.

Ao contrário do que pode transparecer num primeiro momento, não se busca a efetivação de um comportamento *contra legem*. Não é isso que se deseja com a defesa da aplicação da teoria do *contra non valentem* no direito pátrio. O que se anseia, na realidade, é demonstrar que o julgador deve estar muito mais preocupado com a proteção aos princípios jurídicos do que com o cumprimento irrestrito da norma legal, posto que esta, em alguns casos, espelha entendimento destoante daquele ao qual o sistema deseja.

A manutenção da percepção da obediência submissa inquestionável ao quanto determina o inciso I, do art. 198, do Código Civil, por parte do julgador resultará em situações que desaguarão em verdadeiros absurdos ou disparates no cotidiano social, pois, como afirmam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald: “admitir a fluência de lapso temporal prescricional

contra alguém que, por conta de uma hidrocefalia ou de uma tetraplegia, não pode exprimir sua vontade afigura-se, de fato, preocupante.”<sup>436</sup>

Sem sombra de dúvidas, o caminho mais fácil para resolver esse problema está no exercício da própria atividade legislativa. Isso implica dizer que para sanar esse imbróglio criado pelo texto do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a forma mais simples seria a promulgação de lei que viesse a alterar o regime de intervenção no curso do prazo prescricional. Ocorre que, como se sabe, este é um trajeto fácil, porém longo, haja vista que o processo legislativo demanda um lapso temporal que, muitas vezes é diametralmente oposto aos anseios da coletividade.

Por sua vez, há outra saída para a questão: o exercício daquilo que o próprio Código de Processo Civil vem buscando estabelecer no direito brasileiro, ou seja, a maior valorização à decisão judicial em face da incidência ortodoxa da norma. O sistema dos precedentes – tão valorizado pelo CPC/15 – é a grande prova de que o sistema normativo pátrio caminha para uma modificação daquilo que vinha existindo anteriormente. Não se trata, efetivamente, da imersão no sistema do *common law*, mas na mitigação dos parâmetros rígidos do *civil law*.

Caberá ao julgador a tutela não da lei apenas, mas, acima dela da atenção aos princípios estruturantes de todo o ordenamento. Esse comportamento, aliás, já é percebido pelo movimento dos Tribunais pátrios, antes mesmo da entrada em vigor do atual Código de Ritos.

Apenas a título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, no final da década de 90 do século passado, se viu diante de um grande problema social: no Brasil havia uma construtora que exercia sua atividade na quase totalidade do território nacional. Durante muitos anos ela foi sinônimo de apartamentos de qualidade, o que levou inúmeros cidadãos a travar negócios jurídicos visando a aquisição de sua casa própria, ou sua sala comercial, por exemplo.

Acontece que a construção era feita a partir do registro de hipotecas para os bancos financiadores nas matrículas dos imóveis que ainda seriam erguidos. Com isso, os adquirentes celebravam negócios jurídicos com patrimônio afetado por direito real em garantia na modalidade hipoteca, comportamento este que perdurou sem qualquer problema por anos. O alerta vermelho, por sua vez, veio com a quebra desta empresa.

---

<sup>436</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral e LINDB. Vol. 1. 15 ed. rev. amp. atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 744.

Diante da extinção de suas atividades, os credores – bancos financiadores das obras – se viram diante da inadimplência dos seus contratos de empréstimos, o que resultou no acionamento da cláusula de hipoteca constante nas matrículas imobiliárias. Exatamente por possuírem eficácia real<sup>437</sup>, a tomada dos imóveis alcançou à todos, independentemente de terem comprado na própria construtora ou de terceiros, afinal, havendo a cláusula de hipoteca, surge para o credor hipotecário o *jus persecuendi*<sup>438</sup>.

Instalou-se, naquela época, grave insegurança jurídica, não por descumprimento da norma, mas, exatamente por conta do cumprimento irrestrito da determinação legal. Inúmeras famílias estavam sendo alijadas dos seus apartamentos, mesmo sendo eles o único destinado à moradia.<sup>439</sup> Diante disso, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça começaram a ponderar a aplicação das regras legais referentes à hipoteca, exclusivamente para esses casos.

Inúmeras foram as decisões exaradas pelos Ministros ao longo dos anos que buscaram muito mais a valorização do princípio da boa-fé em detrimento à regra legal restrita<sup>440</sup>. Tanto assim

---

<sup>437</sup> Art. 1.419, Código Civil de 2002. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.

<sup>438</sup> Apenas a título de exemplo, cita-se o entendimento do Min. Ricardo Villas Bôa Cueva quando da relatoria do ARESP 021953: “Por ser a hipoteca direito real, pelo qual o produto da venda judicial do imóvel fica destinado ao pagamento da dívida, confere ao credor o direito de buscar a coisa no lugar onde ela esteja (*ius persecuendi*), bem como o direito de sequela, podendo vender judicialmente o imóvel para, com o respectivo produto, pagar-se.”

<sup>439</sup> Uma das hipóteses da tutela protetiva ao bem de família está, exatamente, na previsão referente à existência de hipoteca destinada à construção do próprio imóvel, conforme previsto no inciso II do art. 3º da Lei 8009/90. Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

<sup>440</sup> Neste sentido, destaca-se o trecho do voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar quando da relatoria do Resp. 187.940/SP: “A hipoteca que o financiador da construtora instituir sobre o imóvel garante a dívida dela enquanto o bem permanecer na propriedade da devedora; havendo transferência, por escritura pública de compra e venda ou de promessa de compra e venda, o crédito da sociedade de crédito imobiliário passa a incidir sobre 'os direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado' (art. 22 da Lei nº 4.864/65), sendo ineficaz em relação ao terceiro adquirente a garantia hipotecária instituída pela construtora em favor do agente imobiliário que financiou o projeto. Assim foi estruturado o sistema e assim deve ser aplicado, especialmente para respeitar os interesses do terceiro adquirente de boa fé, que cumpriu com todos os seus compromissos e não pode perder o bem que lisamente comprou e pagou em favor da instituição que, tendo financiado o projeto de construção, foi negligente na defesa do seu crédito perante a sua devedora, deixando de usar dos instrumentos próprios e adequados previstos na legislação específica desse negócio.

As regras gerais sobre a hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do sistema financeiro da habitação, porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não pela eventual inadimplência da construtora. O mecanismo de defesa do financiador será o recebimento do que for devido pelo adquirente final, mas não a excussão da hipoteca, que não está permitida pelo sistema.

3. Ainda que não houvesse regra específica traçando esse modelo, não poderia ser diferente a solução. O princípio da boa fé objetiva impõe ao financiador de edificação de unidades destinadas à venda apreçar-se para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. O que se não lhe permite é assumir a cômoda posição de negligência na defesa dos seus interesses, sabendo que os imóveis estão sendo negociados e pagos por terceiros, sem tomar nenhuma medida capaz de satisfazer os seus interesses, para que tais pagamentos lhe sejam feitos e de impedir que o terceiro sofra a perda das prestações e do imóvel. O fato

que foi confeccionado o enunciado nº 308, da súmula daquele Tribunal, com a seguinte orientação: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”<sup>441</sup>. Como dito, não se trata de um posicionamento inerente ao subjetivismo do magistrado, mas sim um posicionamento permitido pelo ordenamento na medida em que visa garantir a tutela principiológica.

O mesmo pensamento deve ser aplicado para o problema que justifica o presente escrito. A adoção da teoria do *contra non valentem* deve ser restaurada no direito brasileiro, possibilitando ao magistrado uma maior liberdade no trato da matéria referente ao prazo prescricional, pois seria viabilizado a ele a estruturação da hipótese a partir do caso prático, utilizando-se a previsão normativa apenas como substrato mínimo.

Aliás, cumpre aqui salientar que a teoria do *contra non valentem* não é vista como algo inédito no direito brasileiro. Não por outro motivo que se utilizou a expressão “restaurada” no parágrafo anterior, pois analisando os arquivos históricos da jurisprudência brasileira, é possível encontrar sua utilização em precedentes do Supremo Tribunal Federal, nos idos da década de 50.

Tratam-se dos julgamentos de dois Recursos Extraordinários, sendo que um referia-se à anulação da aposentadoria compulsória de uma das partes<sup>442</sup>, enquanto que o outro tinha como

---

de constar do registro a hipoteca da unidade edificada em favor do agente financiador da construtora não tem o efeito que se lhe procura atribuir, para atingir também o terceiro adquirente, pois que ninguém que tenha adquirido imóvel neste país, financiado pelo SFH, assumiu a responsabilidade de pagar a sua dívida e mais a dívida da construtora perante o seu financiador. Isso seria contra a natureza da coisa, colocando os milhares de adquirentes de imóveis, cujos projetos foram financiados pelo sistema, em situação absolutamente desfavorável, situação essa que a própria lei tratou claramente de eliminar. Além disso, consagraria abuso de direito em favor do financiador que deixa de lado os mecanismos que a lei lhe alcançou, para instituir sobre o imóvel - que possivelmente nem existia ao tempo do seu contrato, e que estava destinado a ser transferido a terceiro, - uma garantia hipotecária pela dívida da sua devedora, mas que produziria necessariamente efeitos sobre o terceiro.” (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 12 dez. 2016)

**SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO.** Casa própria. Execução. Hipoteca em favor do financiador da construtora. Terceiro promissário comprador. Embargos de terceiro. - Procedem os embargos de terceiros opostos pelos promissários compradores de unidade residencial de edifício financiado, contra a penhora efetivada no processo de execução hipotecária promovida pela instituição de crédito imobiliário que financiou a construtora. - O direito de crédito de quem financiou a construção das unidades destinadas à venda pode ser exercido amplamente contra a devedora, mas contra os terceiros adquirentes fica limitado a receber deles o pagamento das suas prestações, pois os adquirentes da casa própria não assumem a responsabilidade de pagar duas dívidas, a própria, pelo valor real do imóvel, e a da construtora do prédio. Recurso conhecido e provido. (REsp 187.940/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 18/02/1999, DJ 21/06/1999, p. 164) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 12 dez. 2016)

<sup>441</sup> Súmula 308, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 30/03/2005, DJ 25/04/2005, p. 384 (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 12 dez. 2016)

<sup>442</sup> **ART. 1. DO DECRETO-LEI 914 DE 1. DE DEZEMBRO DE 1938. ART. 178, 10. PARAGRAFO, N. VI CÓDIGO CIVIL. CONTRA NON VALENTEM AGERE PRESCRIPTIO NON CURRIT. O PRINCÍPIO DA ACTIO NATA. DESCABIMENTO DO APELO.** (RE 22792, Relator(a): Min. OROZIMBO NONATO,

mérito a anulação de uma nota promissória<sup>443</sup>. Em ambos os casos, os Ministros Relatores se utilizaram da teoria do *contra non valentem* para afastar a consumação da prescrição, o que demonstra, de forma incontestada a utilização da tese que ora se defende.

Ocorre que, apesar dos registros do uso da teoria do *contra non valentem* no âmbito da jurisprudência clássica do STF, seria ainda possível utilizá-la? A sua aplicação seria, ainda, útil para o desabrochar de uma solução plausível e compatível com o sistema pátrio diante da necessidade de observância do acesso amplo à justiça daqueles que não conseguem exprimir sua vontade?

Partindo-se do ponto de que a teoria do *contra non valentem*, dentro dos parâmetros apresentados neste capítulo, se mostra como mecanismo hábil, dedicar-se-á o último capítulo deste trabalho para a abordagem de prováveis justificativas para a adequação ao quanto esperado pelo ordenamento jurídico e, com isso, cancelar o reconhecimento efetivo da viabilidade de sua utilização.

## 5.12 O QUE FAZER COM A TEORIA DO *CONTRA NON VALENTEM* ? HÁ VIABILIDADE À SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Como exaustivamente comentado no curso do presente capítulo, o direito brasileiro, no que se refere ao instituto da prescrição passa a experimentar postura diversa daquela que existia antes da promulgação da Lei 13.146/2015. Aquilo que permanecia intacto diante da sua estabilidade legal foi abalado com a introdução no ordenamento de uma outra perspectiva no trato da teoria das incapacidades. Diante disso, surgiu incompatibilidade na abordagem do art. 198, I do Código Civil em face da tutela da pessoa.

A teoria do *contra non valentem* apesar de não ser uma inovação no direito brasileiro – pois, como relatado, há precedentes na jurisprudência do STF – pode ser um excelente mecanismo

---

Segunda Turma, julgado em 22/09/1953, DJ 08-12-1954 PP-15183 EMENT VOL-00197-02 PP-00633) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 12 dez. 2016)

<sup>443</sup> **AÇÃO DECLARATORIA DA NULIDADE DE TÍTULO CAMBIAL; E SUSPENSIVA DO PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO CAMBIAL, POR COROLARIO DO PRINCÍPIO CONTRA NON VALENTEM AGERE NON CURRIT PRAESCRIPTIO.** (RE 26182, Relator(a): Min. NELSON HUNGRIA, Primeira Turma, julgado em 12/08/1954, DJ 30-09-1954 PP-12168 EMENT VOL-00187-03 PP-01047 ADJ 02-01-1956 PP-00002) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 12 dez. 2016)

para a resolução deste entrave legal. Aliás, analisando os precedentes do STJ é possível encontrar previsão de sua utilização. Quando na relatoria do Resp. 805.151/SP<sup>444</sup> o Min. Raul Araújo utilizou-se da teoria do *contra non valentem* para justificar a incidência da *actio nata* no caso de identificação do termo inicial da prescrição da pretensão para cobrança de honorários advocatícios, o que deixa transparecer a ausência de incompatibilidade com a sua incidência sobre o sistema jurídico pátrio.

No âmbito do TST, há orientação jurisprudencial que, apesar de não utilizar expressamente a sua denominação apresenta contornos incontestes da utilização da teoria em análise. Afirma aquele Superior Tribunal que “a suspensão do contrato de trabalho, em virtude da percepção do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, não impede a fluência da prescrição quinquenal, ressalvada a hipótese de absoluta impossibilidade de acesso ao Judiciário.”<sup>445</sup> Perceba que o foco está, exatamente, na prescrição e nas hipóteses de seu impedimento de fluidez.

Porém, para uma melhor percepção do texto, faz-se necessária a sua bipartição. Isso porque, num primeiro momento, o Tribunal Superior do Trabalho segue a ideologia clássica, afirmando que a percepção de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez não resultaria em suspensão

---

<sup>444</sup> **DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS AD EXITUM.** O termo inicial do prazo de prescrição da pretensão ao recebimento de honorários advocatícios contratados sob a condição de êxito da demanda judicial, no caso em que o mandato foi revogado por ato unilateral do mandante antes do término do litígio judicial, é a data do êxito da demanda, e não a da revogação do mandato. Na hipótese de prestação de serviços advocatícios com cláusula de remuneração quota litis, resta claro que o compromisso do advogado – que, em regra, representa obrigação de meio, ou seja, independe do sucesso na pretensão deduzida em juízo – assume a natureza de obrigação de resultado, vinculando o direito à remuneração do profissional a um julgamento favorável na demanda judicial. No caso em análise, no momento da revogação do mandato, o advogado destituído não tinha o direito de exigir o pagamento da verba honorária, uma vez que, naquela altura, ainda não se verificara a hipótese gravada em cláusula condicional incerta (arts. 121 e 125 do CC). A par disso, cumpre esclarecer que o princípio da *actio nata* orienta que somente se inicia o fluxo do prazo prescricional se existir pretensão exercitável por parte daquele que suportará os efeitos do fenômeno extintivo (art. 189 do CC). Desse modo, inexistindo o direito material, não se pode cogitar de sua violação e, por consequência, da pretensão. Portanto, não há que se falar na incidência de prescrição sobre pretensão nascitura. Nessa perspectiva, é desarrazoado imputar a uma parte contratante o pesado ônus da prescrição se não lhe era possível exigir da outra parte o cumprimento da obrigação. Na hipótese em foco, nem mesmo o an debeatuer era certo, porque subordinado a fato superveniente imprevisível (sucesso ou insucesso da demanda judicial). *Contra non valentem agere non currit praescriptio*: a prescrição não corre contra quem não pode agir, em sua tradução livre. Além disso, não se afigura adequado entender pela possibilidade de ajuizamento de ação de arbitramento e cobrança dos honorários contratuais imediatamente após a revogação do mandato. Isso porque o resultado favorável ao procurador nessa demanda poderia contrariar frontalmente o que fora avençado entre as partes, caso os pedidos da demanda inicial fossem julgados posteriormente improcedentes. Em outras palavras, o arbitramento judicial anterior à definitiva solução da demanda judicial importaria ao constituinte-contratante o pagamento de honorários advocatícios que, a rigor, não seriam devidos, se houvesse julgamento de improcedência da demanda inicial. REsp 805.151-SP, Rel. Min. Raul Araújo, Rel. Para acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 12/8/2014, DJe 28/4/2015

<sup>445</sup> Texto contante na OJ 375 do TST.



da prescrição. Essa linha, como dito, não apresenta qualquer novidade, pois há, apenas, a chancela do quanto originalmente desenvolvido, ou seja, não existindo previsão legal, não há razão para qualquer interferência no curso do prazo prescricional.

Na segunda parte da mencionada OJ, há o indicativo de que o fluxo do lapso temporal em comento somente não ocorrerá quando resultar em absoluta impossibilidade de acesso ao Poder Judiciário. É interessante notar que o texto utilizado foi, exatamente, este mencionado, ou seja vinculou-se com a questão do acesso ao Poder Judiciário e não apenas com o aspecto de manifestação de vontade. Isso assegura uma amplitude muito maior do que aquela existente no texto anterior à mudança trazida pela Lei 13.146/2015.

Sem dúvidas, uma correta opção esta adotada pelos Julgadores do TST. A vinculação da ideia de fluxo de prazo prescricional com acesso à justiça é a chancela necessária para a utilização da teoria do *contra non valentem* no direito brasileiro. Perceba que, não houve qualquer vinculação às hipóteses de incapacidade, mas, sim, na busca pela garantia do acesso à justiça – sendo que, neste caso, inclusive, a modalidade mais originária, que seria a do ingresso, propriamente dito, ou seja, do exercício do direito de petição.<sup>446</sup>

Mais recentemente, o mesmo TST aplicou entendimento suspendendo o curso do prazo de prescrição para uma empregada que estava com quadro de depressão profunda e não conseguia ausentar-se de sua residência para qualquer atividade, incluindo-se, acionar o Poder Judiciário. Toda a ação foi lastrada em laudos médicos que acabaram por comprovar que a Reclamante não tinha condições psicológicas para exercer os seus direitos, o que, segundo os advogados, seria causa de suspensão da prescrição. É interessante notar que houve a utilização, novamente, do entendimento expresso na OJ 375, viabilizando a suspensão do prazo prescricional para o caso específico.<sup>447</sup>

---

<sup>446</sup> **RECURSO DE REVISTA. AUXÍLIO-DOENÇA. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO. CONTAGEM. OJ 375/SBDI-1/TST.** Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a suspensão do contrato de trabalho, em virtude da percepção do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, não impede a fluência da prescrição parcial, ressalvada a hipótese de absoluta impossibilidade de acesso ao judiciário, suspendendo, no entanto, a contagem do prazo prescricional bienal, que somente incide nas hipóteses de extinção do contrato de trabalho (inteligência da OJ 375/SBDI-1/TST). Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 507004020085150136 50700-40.2008.5.15.0136, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 15/02/2012, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/02/2012) (Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <www.tst.jus.br>; acessado em 21 maio 2017)

<sup>447</sup> Entendeu a Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, relatada do processo que: “O Tribunal Regional registrou que *“autora estava impossibilitada de agir durante o período de afastamento”* e que *“tinha condições físicas para comparecer em Juízo, mas, de acordo com o laudo pericial, acima transcrito, não tinha condições psicológicas para tanto, pois lhe faltava o elemento volitivo (vontade)”* (fls. 1089/1090).

É interessante notar que ao passear pela jurisprudência pátria, observa-se que há uma frequente utilização, principalmente no âmbito das decisões envolvendo relação de trabalho. Ocorre que, o grande detalhe ali existente está na sua configuração. Isso porque analisando o quanto exposto pelos julgadores, percebe-se que, na realidade, esta teoria é apenas utilizada como marco impeditivo da prescrição, pois vertido para a perspectiva da *actio nata*.

A sua utilização não ultrapassa os limites legais, pois a teoria da *actio nata* encontra respaldo no direito brasileiro, razão esta que justifica a sua utilização, fazendo com que o suscitem a teoria do *contra non valentem* apenas nesta hipótese, como um mecanismo justificador. Na realidade, busca-se apresentar que a sua amplitude é muito maior do que, simplesmente, a justificação quanto ao marco inicial da prescrição indenizatória. Ela poderá ser suscitada num espectro mais amplo, pois, também será causa de suspensão da prescrição.

Acredita-se que o grande foco da teoria do *contra non valentem* está na perspectiva da tutela do indivíduo, sustentando a sua manutenção a um patamar de proteção muito maior do que penas a perspectiva patrimonial, mas, também, como a garantia do acesso amplo à justiça com uma estrutura que reconhece a condição de vulnerável por parte daquele que não consegue exprimir sua vontade.

Independentemente do momento em que ocorra, o impedimento da manifestação de vontade não pode ser desqualificado pelo magistrado, quando ocorrido sem culpa ou dolo do credor. Esta condição influenciará sobremaneira o desenvolvimento do lapso temporal prescricional na

---

A decisão regional está em sintonia com entendimento firmado por esta Corte Superior, no sentido de que, constatada a absoluta impossibilidade de acesso ao Judiciário pelo Reclamante, a suspensão do contrato de trabalho impede a fluência da prescrição quinquenal (Orientação Jurisprudencial 375 da SDI-I do TST, parte final)”

O mencionado acórdão possui a seguinte ementa: **AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PERCEPÇÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. ABSOLUTA IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO.** I. O Tribunal Regional registrou que a "autora estava impossibilitada de agir durante o período de afastamento" e que embora tivesse condições físicas para comparecer em audiência, "não tinha condições psicológicas para tanto, pois lhe faltava o elemento volitivo (vontade)". II. A decisão regional está em sintonia com o entendimento firmado por esta Corte Superior, no sentido de que, constatada a absoluta impossibilidade de acesso ao Judiciário pela Reclamante, a suspensão do contrato de trabalho impede a fluência da prescrição quinquenal (Orientação Jurisprudencial 375 da SDI-I do TST, parte final). III. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (TST - AIRR: 3847420135090084, Data de Julgamento: 07/06/2017, Data de Publicação: DEJT 09/06/2017) (Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>; acessado em 22 junho 2017)

medida em que justificará a sua suspensão, protegendo, assim, a paridade de armas quanto à prolação de uma decisão justa.

Não há que se falar em previsão legal expressa sobre o tema, mas, também, não há impedimentos quanto à sua utilização. Isso implica dizer que o sistema, em tese, estaria apto a recepciona-la, porém, alguns obstáculos ainda se fazem presentes, resistências estas que serão analisadas no capítulo seguinte, a fim de se afastar as dúvidas quanto a aplicabilidade da teoria do *contra non valentem* numa perspectiva mais ampla no direito brasileiro.

## 6. VENCENDO OBSTÁCULOS QUANTO A APLICABILIDADE DA TEORIA DO *CONTRA NON VALENTEM*: EM BUSCA DO ACESSO AMPLO À JUSTIÇA

### 6.1 INTRODUÇÃO

Ao se realizar um voo panorâmico sobre o universo jurídico será possível perceber, ao final, que nada do que ali surge é oriundo de uma gestação espontânea, sem qualquer finalidade própria. Todos os elementos que compõem o mundo das normas originam-se a partir de um complexo de causas e de exigências. Os anseios sociais sempre figuram no ponto máximo do objetivo existencial do complexo normativo, pois parte-se da ideia segundo a qual apenas com o estabelecimento de parâmetros comportamentais é que se faz possível a convivência social harmoniosa e pacífica.<sup>448</sup>

Por estar atrelado aos desejos da coletividade que formata a sua gênese, o mundo jurídico não permanece estático. As mudanças implementadas seguem a imposição da coletividade. Em muitos casos, os próprios julgadores são responsáveis por tais modificações, imputando à jurisprudência a responsabilidade pelos primeiros passos a serem lançados em direções antes não imaginadas. Às leis, no seu trilhar mais moroso, permanece imponente até que suas estruturas passem a ser corroídas pelo fervilhar do mundo dos fatos.

O foco da segurança das interações sociais não pode permanecer afastado da causa justificadora da existência do próprio Estado Democrático de Direito. A complexa estrutura de normas que se espelha no regime jurídico de uma nação, deve sempre buscar garantir as respostas aos problemas lançados pela sociedade no trato das relações entre os seus membros.

O tempo – essa abstração tão comentada no curso desta obra – é o caminho apresentado para se alcançar a maturidade dos institutos. As mudanças exigidas carecem de maturação para conseguir alcançar um patamar mais consolidado, pois, exatamente por figurar como uma rede

---

<sup>448</sup> Sobre o tema, cumpre destacar o entendimento de Francisco José de Carvalho, segundo o qual: “A importância do Estado social de direito no século XXI está em considerar que sua missão fundamental é efetivar os princípios, valores, bens e direitos contemporâneos catalogados no ordenamento jurídico para concretizar os anseios eleitos pela sociedade, em geral, e por todas as classes sociais em particular, permitindo a celebração do bem comum, da fraternidade, da solidariedade social, da paz e da justiça, por meio de implementação de políticas públicas eleitas pelo legislador constituinte e também pelo ordinário, para tornar possível a harmonia de todos os que vivem em sociedade.” (CARVALHO, Francisco José de. *Teoria da Função Social do Direito*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 44)

complexa, alterações, ainda que pontuais, têm o condão de alcançar reflexos ampliados quando se observa o ordenamento como um todo.

Da mesma forma como resulta em modificação da situação jurídica, o tempo também é elemento transformador da linha filosófica adotada pelo sistema como um todo. A constante evolução social resulta na alteração da maneira como o indivíduo observa o mundo e suas relações. Seja por conta da evolução tecnológica, ou pela redução da interferência religiosa nos conceitos existenciais do indivíduo, o fato é que os horizontes palpáveis pelos sujeitos de direito são ampliados ou – em casos excepcionais – reduzidos de acordo com o caminhar evolutivo da sociedade.

Em qualquer grupo humano há duas ideias formadoras de sua estrutura: a primeira voltada para a questão de organização no sentido de coesão, ou seja, de aderência dos sujeitos à um ponto comum; e a segunda, diretamente vinculada a esta ideia, relacionada com a questão da ordem. De nada adiantaria agregar sujeitos sem que houvesse, em torno desse ponto comum, o estabelecimento de ditames organizacionais em que fosse possível manter certa logicidade no trato da convivência comunitária.

Portanto, a liberdade garantida por cada sistema poderá variar de acordo com o grau de ordem buscado. Tem-se que quanto mais rígida a forma de administração, menor será a liberdade assegurada e, por sua vez, maior a ordem imposta. Prova disso está nos regimes ditatoriais que impõem preceitos normativos bastante restritivos na busca pelo adestramento pleno do indivíduo aos ditames abusivos, daqueles que estão no comando. Exatamente por não ser um sistema de administração erigido pelo povo, mas fomentado através de atos violentos ou clandestinos, a restrição à liberdade e o retorno a rígidos limites legais é o caminho buscado para se validar os comportamentos perpetrados.

Todo regime de exceção fundamenta-se em normas legais restritas para justificar suas condutas. Esse foi o comportamento que autorizou a prática de comportamentos desumanos por parte dos Alemães no último conflito armado de escala mundial. A obediência para manutenção de uma ordem desejada e imposta, decorre diretamente da ausência de liberdade conferida pelo Estado. Por sua vez, a construção de uma sociedade justa e democrática está voltada à concessão de liberdades aos sujeitos para agirem dentro de parâmetros legais mais amplos, cujo respeito volta-se à tutela de direitos fundamentais do próprio indivíduo.

Durante muitos anos, a manutenção da proteção aos interesses jurídico-sociais se constituía pelo atendimento ao positivismo irrestrito. A lei, e somente ela, é que deveria ser a fonte primária de atendimento à ordem e à segurança jurídica. Não haveria outra viabilidade para o trato comportamental da coletividade a não ser o atendimento ao quanto expresso – destaque-se a necessidade de que o conteúdo esteja expresso, e não implícito – na lei.

A multiplicidade de comportamentos desaguou no reconhecimento de direitos antes não enxergados pelo sistema e essa legalidade passou a ser insuficiente para a manutenção da ordem jurídica. Com isso, não se quer sustentar a ocorrência da anarquia, ou da desobediência civil, mas afirmar que o atendimento restrito ao regramento legal, sem que haja abertura para a análise dos elementos principiológicos, não apresenta compatibilidade com o quanto buscado nos dias atuais. A legalidade ainda continua presente, porém, sua aplicação deverá ser feita de forma mais temperada do que aquela praticada em eras anteriores.

O direito brasileiro vem, ao longo dos anos, experimentando grandes alterações em sua formatação originalmente conhecida. A permeabilização da postura, antes, rígida do patrimonialismo que elevava o Código Civil ao patamar de norma fundamental foi o gatilho necessário para o início destas transformações que até os dias atuais se experimenta. Aliás, muito ainda falta para que se alcance a efetivação da linha filosófica inaugurada a partir da inserção do pensamento humanitário em face daquele adstrito ao complexo de bens.

A partir de então, o topo da hierarquia normativa é ocupado pela Constituição Federal que abandona sua vestimenta de mera carta política para ganhar a força trazida pela instauração de princípios que iluminam todo o ordenamento jurídico. Assim como o Direito Civil, as demais regras quedam-se ao patamar de normas infraconstitucionais e, por isso, devem se submeter à uma interpretação constitucionalizada dos seus dispositivos. Nada mais poderá ser analisado ao largo daquilo que o texto constitucional estabelece.

## 6.2 UM HORIZONTE NOVO PARA UM INSTITUTO JURÍDICO MADURO

O trato constitucional traz consigo a ideia de que há um complexo de direitos básicos inerentes ao homem. O reconhecimento inicial dos direitos fundamentais e o desenvolvimento dos seus estudos acabaram por ampliar o seu leque de opções, resultando em alterações na perspectiva constitucional. O traço marcante do caminho existente entre o constitucionalismo liberal, ao

neoconstitucionalismo, passando pela modalidade social está, exatamente, na expansão destes direitos com a consequente preocupação em assegurar sua efetivação.

As fronteiras existentes entre o direito público e privado foram derrubadas com o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. A garantia da eficácia horizontal rompe a perspectiva inaugural de sua hermenêutica na qual desenhava-se num âmbito vertical, pois tais direitos resultavam na oposição contra a atuação Estatal que, diante do liberalismo reinante apenas permanecia à distância das atuações individuais. A mudança de pensamento que alcançou o neoconstitucionalismo ampliou sua atuação, instaurando a viabilidade de oposição do necessário atendimento aos direitos fundamentais nas práticas entre os particulares. “A projeção de tais direitos nas relações privadas – de forma mediata ou imediata, a depender da explicação teórica que se adote – representa mais um sintoma da mudança qualitativa que se deu no seio do constitucionalismo.”<sup>449</sup>

A tutela agora vigente não se pode resumir à simples blindagem patrimonial, como ocorria outrora. Para muito além disso, deve ser construída uma proteção maior ao indivíduo onde o incapaz passa a ser encarado não como um peso inútil a ser carregado pela sociedade, mas como alguém que merece apenas atenção especial para a superação de obstáculos que, antigamente, eram intransponíveis por conta do preconceito ou mesmo desconhecimento sociais. Não por outro motivo que se deve afirmar que “a proteção jurídica do incapazes se concretiza através da concessão de direitos diferenciados, e não por meio da retirada da plena capacidade”<sup>450</sup>.

Ao se analisar, portanto, a teoria das incapacidades, a abordagem a ser feita deve ser de forma restritiva, pois não é possível a maximização das suas hipóteses, sob pena de alcançar pessoas que são factualmente capazes. Esse não é o interesse do ordenamento, sem sombra de dúvidas. Sendo assim, deve haver interpretação de forma excludente, e esta é uma tendência cada vez mais presente, pois o ser humano não deve ser visto como alguém com maior ou menor amplitude de atuação por parte do sistema. Há, sim, hipóteses em que o ordenamento deve atuar para gerir a vida de determinados indivíduos que não possuem condição de atuação autônoma dos seus direitos, como ocorre, por exemplo com os menores de dezesseis anos.

---

<sup>449</sup> CARVALHO, Ernani. *Dimensão política do acesso à justiça: aspectos da revisão judicial*. In: GOMES Neto, José Mario Wanderley. (Org). *As dimensões do acesso à justiça*. Salvador: Juspodivm, 2008, p.78.

<sup>450</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral e LINDB. Vol. 1. 15 ed. rev. amp. atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 322.

Com isso, não se quer afastar a teoria das incapacidades. Ela é por demais útil, na medida em que protege o indivíduo contra gatilhos de atuação do próprio sistema, como ocorre com o inciso I, do art. 198, do Código Civil. Ao proibir o transcurso do prazo prescricional aos que constam no art. 3º do Código Civil optou o legislador – conforme já mencionado – em assegurar qualquer tipo de prejuízo no exercício do seu direito de ação por aquele que não tem reconhecida, pelo próprio sistema, a capacidade de exercê-lo. “A incapacidade, portanto, diz respeito a limitações ao livre exercício da plena aptidão de praticar atos jurídicos”.<sup>451</sup>

Deve-se lembrar, contudo, que os contornos dos direitos fundamentais foram de profunda importância para o desenho do constitucionalismo presente. Sua formatação consagra a maneira como o sistema se movimenta perante as necessidades impostas face ao seu objetivo garantidor de limites quanto ao respeito à proteção da pessoa humana, independentemente de sua perspectiva individual ou coletiva. De fato, é a partir deste prisma que deve ser feita toda a interpretação sistemática do ordenamento, ao invés de utilizá-lo apenas como mero elemento adjetivo para as relações sociais.

### 6.3 A PRESCRIÇÃO COMO O MEIO PARA O CUMPRIMENTO DO IDEAL DE JUSTIÇA E NÃO COMO UM FIM EM SI MESMO

Diante da preocupação com a preservação da autonomia da vontade, o Estado era relegado a um mero expectador cuja função era apenas analisar os limites – e largos limites – das relações travadas entre pessoas que eram consideradas como, abstratamente, isonômicas. Quem se dispunha a ingressar numa relação com seu semelhante teria o apoio de um complexo de normas - denominado de Código - onde era possível encontrar todas as hipóteses que o legislador considerava como adequadas para o trato. Aquele acontecimento que não se estampava nas regras previamente estabelecidas pelo texto normativo era relegado ao patamar de insignificante aos anseios sociais.

A segurança jurídica era reconhecida pela simples existência de previsão normativa pretérita ao acontecimento social. A técnica de subsunção objetiva da norma ao caso fático era uma realidade imutável na época. Os próprios magistrados eram qualificados como simples “boca

---

<sup>451</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral e LINDB. Vol. 1. 15 ed. rev. amp. atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 322



da lei”, pois sua função era apenas a de busca no complexo de normas aquelas que melhor encaixasse ao pleito que lhe era posto nas folhas que compunham o processo judicial. Como um mero consultor de um índice, nesta época, a grande arma do julgador não era uma noção de atendimento efetivo aos anseios hodiernos da sociedade, mas, a adequação do quanto estabelecido pelo legislador pátrio, pois assim, se estruturava o atendimento aos supostos desejos da coletividade.

Como a ninguém era permitido desconhecer a lei, todos estavam em grau de igualdade na abordagem das relações sociais, pois dispunham, como dito, dos Códigos que traziam todas as regras comportamentais esperadas pela comunidade. Outros, por sua vez, não poderia ser a dinâmica da matéria referente à prescrição, pois, durante toda evolução do direito brasileiro, seus dispositivos legais foram vistos como única fonte de construção da sua aplicabilidade. Apenas aquilo que estava estampado na legislação poderia ser utilizado como caminho para alcançar a sua incidência à realidade fática.

Ocorre que, o volume de relações sociais ampliou-se com o passar do tempo. O convívio mais intenso com a tecnologia abriu horizontes antes ofuscados pelo conhecimento limitado da época e, a reboque, a redução da utilização de elementos controladores externos, como a religião, fizeram com que o indivíduo ganhasse maior liberdade no trato com seus semelhantes. O que outrora parecia inalcançável passou a ser maturado de maneira ordinária, o que ocasionou o reconhecimento de direitos que permaneciam adormecidos ou, nem mesmo, desvendados.

A constante mutação legislativa apresentada pelo direito brasileiro deixa evidente que o sistema do *civil law* pátrio caminha de forma mais lenta do que aquele exigido pela sociedade. Com isso, as mudanças impostas pelo meio social acabam por resultar num atendimento mais tardio pelo sistema jurídico. O ideal positivista rígido estabelecido pelos pensadores clássicos – principalmente os decorrentes da revolução francesa – acaba por apresentar fissuras em sua estrutura básica e, com isso, na efetivação de críticas diante de seus parâmetros teóricos.

A ideia de justiça como sendo a simples aplicação dos dispositivos legais passou a ser questionada. Utilizar-se do texto escrito não mais era absoluta garantia do atendimento aos desejos esperados pela sociedade. A cada novo momento eclodiam do seio social novas demandas que acabavam por atracar às portas de um Estado-Juiz despreparado para apresentar as respostas necessárias, por, simplesmente, não as tê-la em seu patrimônio positivo.

Neste trilhar, o direito brasileiro passou a apresentar certo afastamento da doutrina ortodoxa positivista, na medida em que passou a adotar, por exemplo, normas de conceito aberto em inúmeros momentos do Código Civil, ampliando a atuação do magistrado na hermenêutica da aplicação da norma abstrata ao caso prático. O direito privado – espelhado basicamente pelo direito civil e pelo direito empresarial – perde espaço e desce do pedestal de centro do ordenamento jurídico, para dar lugar à gerência da Constituição Federal que, por sua vez, deixa de ser texto de valor meramente político.

O direito posto de forma ampla pelo legislador não é mais interessante diante dos valores inseridos na sociedade. Não haverá uma rejeição à norma jurídica como um todo, mas, sim, a modificação do seu parâmetro existencial, pois deixará o texto codificado de ser a tábua de salvação na busca pelo estabelecimento de todas as hipóteses de conflitos existentes na sociedade. A transformação do âmago social é constante e sua velocidade cada vez maior, o que acarreta, na realidade, uma inversão de perspectiva quanto ao direito restrito dos códigos.

Com isso, pode-se dizer que a busca pela segurança jurídica antes encontrada com o estabelecimento de normas rígidas e do afastamento de uma capacidade interpretativa maior por parte do julgador quando da aplicação do direito, perde espaço para uma nova linha de entendimento, originária da descoberta da falibilidade deste sistema. Apesar de toda resistência ao longo dos anos, reconheceu-se que as mudanças sociais estão cada vez mais presentes e o ser humano, a partir dessa nova perspectiva torna-se, ainda que de forma ampliada, merecedor de uma tutela jurídica ampla, o que abrange, em muitos casos, direitos antes não imaginados pelo legislador e, por consequência, não previsto no texto estrito de lei.

De fato, a prescrição tem em seu âmago a questão da inatividade do titular do direito de pretensão, causando bloqueio em seu exercício diante do transcurso do tempo. A vinculação do tempo com a inércia do titular da pretensão se justifica como mecanismo de garantia de elementos fundamentais para a estrutura de uma sociedade. Em outras palavras, pode-se dizer que ela se justifica, básica e substancialmente, pelo interesse público vertido na manutenção da segurança jurídica.

A existência de reclamações tardias, resultam, em tese, em certa insegurança, pois poderá desaguar em dificuldades no trato da matéria, o que alcançaria, o contraditório. Isso significa dizer que a linha de raciocínio clássica apresentada pela prescrição se verte na proteção em face do devedor que não poderá se submeter permanentemente à força coercitiva da ordem judicial,

haja visto que o próprio titular do direito ofendido não exerce a pretensão que lhe cabe. Não poderia, portanto, o sistema, beneficiar o inerte em detrimento da outra parte, ainda que este último tenha ocasionado prejuízos ao primeiro.

Toda essa linha de entendimento se encaixa de forma perfeita numa sociedade onde, efetivamente, a parte não exerce pretensão que lhe compete por vontade própria. Num ambiente perfeito onde não há que se falar em situação de vulnerabilidade, esta linha de pensamento se estabelece com raízes fortes, assegurando o ideal de justiça de forma flagrante. Ocorre que este pensamento ganha novas matizes quando se pensa numa perspectiva mais realista: a sociedade não é formada por iguais, mas sim por diferentes e estes, em muitos casos, se encontram em situação de vulnerabilidade que pode ser estender de uma mera limitação à uma impossibilidade plena de atuação e exercício dos direitos que lhe compete.

#### **6.4.1 A prescrição como equilíbrio entre a justiça e a segurança jurídica**

Nada obstante a ideia central da prescrição com a manutenção do equilíbrio entre justiça e segurança jurídica, em atenção ao interesse da coletividade, cumpre salientar que a complexidade das relações sociais demonstra que a linha de entendimento anteriormente existente não tem espaço suficiente para se manter, carecendo, portanto, de pontos de reforma no seu desenvolvimento. Diante da desigualdade imanente que um grupo de indivíduos pode ter perante os demais, não se pode fechar os olhos para a questão existencial segundo a qual haverá impossibilidade do exercício da pretensão, seja por fatores subjetivos do próprio indivíduo ou por elementos objetivos externos impostos pelo meio social.

O ideal de justiça, portanto, não seria fomentado com a aplicação irrestrita do curso do prazo prescricional para estas hipóteses, diante da justificativa de ausência de previsão normativa que autorize a interferência no prazo prescricional. O indivíduo encontra-se impedido de exercitar sua pretensão, situação esta que se diferencia verticalmente da postura inerte, onde, permanecerá sem atuação por opção própria, enquanto que no primeiro caso, não há que se falar em escolha, mas, sim, em imposição.

A prescrição é um meio que deve ser utilizado para o alcance da noção de justiça e não um fim em si próprio. Isso significa dizer que sua existência tem uma finalidade própria outra que não se basta nela, pois preenche elementos outros muito mais complexo. Desta forma, a manutenção

de um regime muito rigoroso no que se refere à esta matéria acaba por conduzir à incongruência material de todo ordenamento jurídico, pois ele acabaria fulminando o ideal de justo de um lado em detrimento da suposta concessão deste mesmo elemento ao outro.

Ao fulminar a pretensão por conta da inércia do titular impedido de agir, estaria o sistema construindo um comportamento sem qualquer valor prático e desprovido de eficácia quanto ao fim a ser alcançado, pois, frise-se, o indivíduo não atuou como deveria diante do obstáculo que se pôs em sua frente. O resultado da finalidade perseguida pela prescrição – ou seja, a segurança jurídica – seria demasiadamente alto diante da realidade exposta, pois os efeitos por ela causados resultariam na consumação da plena injustiça, já que a lei seria responsável pela perda ou inefetividade dos direitos e pretensões ao qual aquele a quem não tem meios, ou forma, de fazê-los valer.

O direito não pode ignorar ou deixar de dar relevância aos efeitos que a prescrição pode causar em determinadas situações e fatos que acabam por impedir o exercício efetivo ou a conservação das pretensões submetidas aos prazos prescritivos. Deve-se ter em mente que, diante dos impedimentos, a manutenção do transcurso do lapso temporal prescricional não pode ser feita da mesma forma em caso de sua inexistência, ainda que não haja previsão legal que justifique a intervenção no seu correr.

Não se pode impor o pragmatismo que justifica a prescrição a qualquer custo, sobrepondo-se a perspectiva de justiça ou injustiça decorrente do seu resultado. Para além de tudo isso, deve-se ter em mente o exercício da ética como fronteira natural para todo o pragmatismo em face de importantes princípios e de garantia de direitos fundamentais existentes no sistema jurídico pátrio. Deve-se recordar que a prescrição é elemento importante no equilíbrio entre a segurança jurídica e a justiça material.

Por isso, de fato, seria irrazoável negar que em certas situações em que se identifique a vulnerabilidade quanto à possibilidade de manifestação real da vontade do indivíduo para o exercício da sua pretensão, não se pode permitir que o prazo prescricional corra, ou que se inicie desde o momento do fato, caso neste instante não seja possível o exercício por obstáculos impeditivos. Nestes casos o prazo deve ser suspenso ou impedido de ter seu transcurso iniciado até que se supere, de fato, a situação impeditiva do exercício efetivo da pretensão e em condições razoáveis. Esta conduta está perfeitamente justificada e não vai de encontro aos fins e razões práticas da prescrição.

Seja sob o ponto de vista que assegura à prescrição como resultante de uma presunção de abandono ou renúncia do titular do direito de ação durante um tempo legalmente previsto, ou pelo aspecto de que seria uma sanção à atitude negligente por parte do titular inativo, o fato é que em ambos os horizontes sobressaem a relação volitiva do indivíduo no exercício do seu direito, hipótese esta que se afasta por completo da questão que ora se propõe.

O interesse social exige que os direitos sejam exercitados a tempo, e supõe certa deslealdade quanto ao seu exercício tardio, quando a inatividade do titular tenha criado legítimas expectativas no lado contrário, que diante da inércia acaba por reduzir o seu estado de vigilância quanto à defesa do seu posicionamento. De fato, a prescrição das pretensões em geral serve para a segurança e a paz jurídica, as quais exigem que se estabeleça um limite às pretensões jurídicas envelhecidas, já que sem a prescrição nada estaria seguro de pleitos decorrentes de antigas causas, atualmente, desprovida de lastro probatório compatível.

#### **6.4.2 Para além da codificação: o indivíduo como foco central na percepção da segurança jurídica**

Aquela segurança jurídica antes conformada com um complexo normativo onde o julgador tinha como função primordial apenas a adequação restrita do texto de lei o caso fático desamarrou-se desta posição de submissão ao positivismo ortodoxo para ampliar seus horizontes para além do campo teórico predominante, adotando nova roupagem. A sua vocação original que apontava para a efetivação a partir da adequação ao âmbito normativo textual perde espaço, pois transformou-se no retrato, em diversos momentos, do desequilíbrio entre a necessidade da tutela protetiva e o complexo de normas jurídicas produzidas pelo Estado formalmente, através da letra da lei.

A atenção mais voltada para condições atendidas pela intenção do indivíduo, a segurança jurídica volta seus olhos para questões envolvendo a análise da boa-fé do sujeito. A tutela da confiança abre espaço para uma proteção maior do sujeito em detrimento da intenção estática da legislação. Com isso, a exigência de uma maior estabilidade nas relações jurídicas ainda é mais evidente, pois o pilar de atracamento decorrente da imposição da atenção irrestrita ao texto consolidado da lei resta afastada.

Em decorrência direta deste novo entender do comportamento normativo e jurídico, a ideia de Estado de direito também apresentará alterações. A estrutura da legislação construída a partir do princípio da legalidade irrestrita perde sua força irresistível. A abertura de espaço garantiu uma maior incidência dos princípios do direito, o que assegurou outro contorno à segurança jurídica, na medida em que a sua configuração perfaz-se de uma forma muito mais complexa do que em tempos outros, por conta da maleabilidade atualmente reconhecida aos institutos jurídicos formadores do Estado democrático de Direito.

Sem dúvidas, um dos temas em voga nos dias atuais, é o crescimento da importância dada pelo ordenamento aos comportamentos alcançados pela boa-fé. A proteção da confiança tornou-se elemento valorizado pelo direito pátrio de tal forma que no próprio texto normativo, diversas são as passagens em que o legislador ressoa a hipótese de observância da *bonne fides*. Trata-se de uma mudança importante no que concerne ao ideal de segurança jurídica, pois afasta-se de um elemento solidificado decorrente da norma previamente estabelecida para lançar luzes sobre questão detentora de maior flexibilidade que está vinculada com a questão comportamental do próprio indivíduo – casos em que restou bipartida a boa-fé em subjetiva e objetiva.

A perspectiva, efetivamente, é outra, pois situações que, em tese, em sua origem possam apresentar vícios que não se adequem perfeitamente com o texto de lei restrito não podem ser descartados de forma sumária, haja vista que sua existência poderá ser causa de maior estabilização nas relações sociais. Não se quer dizer com isso que comportamentos antilegais estarão, a partir de então, insertos no ideal de segurança jurídica, nem mesmo que a legalidade foi banida do sistema. Seria impossível sustentar tal pilar, até mesmo porque ambos ainda continuam em concomitância existencial na medida em que sem a previsão normativa, não há que se falar em segurança jurídica, pelo menos para a linha seguida pelo Brasil que abrange os países do *civil law*.

Ocorre que como mencionado, este *civil law* desata-se dos preceitos constantes na sua formação clássica, exatamente, por afastar-se mais das normas consolidadas e adequar-se aos princípios jurídicos. Assim, assegura-se uma maior flexibilidade na atuação do Estado Juiz às hipóteses trazidas pela sociedade, tudo isso na busca pela real efetivação da segurança jurídica que é, sem dúvidas, um dos pilares do Estado de Direito, posto que integradores do seu próprio conceito existencial.

O princípio da legalidade não poderá mais ser fomentado como o ponto singular de surgimento de normas capazes de assegurar a solução dos conflitos que saltam das relações sociais. Não apenas a lei em seu sentido estrito terá essa capacidade, pois para além delas, devem ser relevados os princípios e a capacidade do magistrado em analisar os casos práticos sempre em busca da manutenção da segurança jurídica e, por consequência, da busca da postura calcada no ideal que mais se aproxima da justiça.

#### 6.5 A TEORIA DA *ACTIO NATA* E A TEORIA DO *CONTRA NON VALENTEM*: O PRIMEIRO PASSO JÁ FOI DADO

Apesar da *contra non valentem* ainda não possuir reflexos práticos maiores no direito brasileiro, não se pode dizer que não há uma preocupação iminente na questão da busca por uma aplicação mais justa da contagem do prazo prescricional. Atualmente é facilmente perceptível a tendência dos tribunais pátrios em limitar o início do curso do lapso temporal de prescrição no caso de demandas que envolvam responsabilidade civil. Trata-se da busca pela manutenção da estabilidade sistêmica, com a consequente paz social, na medida em que se extrapola a rigidez das hipóteses que vedam o início do prazo para reconhecer a possibilidade de *l'he obstar* enquanto o sujeito passivo não tiver conhecimento do dano *contra si* perpetrado.

Numa perspectiva mais tradicional, restou estabelecido que o marco inicial para a contagem do prazo prescricional se dá com o efetivo surgimento da pretensão. Assim, exemplificando, havendo uma conduta que resulte num provável dano, o sujeito passivo terá *contra si* o curso do prazo prescricional a partir da conduta praticada pelo agente ofensor. Da mesma forma, quando uma obrigação não é cumprida pelo devedor, surge para o credor, imediatamente ao descumprimento, a pretensão, que será alcançada pela prescrição dentro do prazo legalmente estabelecido.

Esta linha de entendimento é espelhada no âmbito do art. 189, do Código Civil de 2002, que afirma textualmente que quando violado o direito nascerá para o seu titular a pretensão que, por sua vez, será inviabilizada após o transcurso do lapso prescricional. Portanto, partindo-se da leitura estrita ao texto legal, percebe-se que a pretensão nasce no mesmo momento em que há a violação do direito subjetivo, sendo este o seu marco inicial, enquanto que a prescrição o seu termo final.

O romantismo da linha de entendimento escolhida pelo legislador não consegue ser espelhada diante da realidade social existente. De fato, no universo perfeito imaginado pelo construtor da norma, havia a possibilidade de aplicação do ponto inicial da pretensão a partir da simples violação do direito subjetivo. Ocorre, porém, que na realidade fática, nem sempre essa violação resultará na ocorrência propriamente dita do dano, por exemplo. Poderá haver a postergação dos efeitos da violação do direito subjetivo, o que implica dizer que o conhecimento das suas consequências não se coadunará com o exato momento da violação.

Para melhor compreensão do quanto se busca afirmar, imagine, por exemplo, a hipótese de uma situação danosa que resulte na incapacidade total do agente passivo. O ato danoso foi praticado em determinada data. Porém, mesmo diante da conduta, o ofendido passa a buscar meios médicos para reverter seu quadro clínico. Depois de anos de tentativas, ele recebe a informação final de que, efetivamente, se encontra incapacitado para o exercício de suas atividades habituais.

Segundo a literalidade do art. 189 do Código Civil, o início da pretensão ocorreria no momento imediatamente posterior ao dano, o que implica dizer que, o mesmo ocorre com o prazo prescricional. Ocorre que, o efetivo conhecimento do dano propriamente dito somente ocorreu quando da definição final por parte do especialista no sentido de não ser mais possível a volta do indivíduo ao *status quo ante*. Daí decorre, portanto, a certa incongruência sistêmica, pois haverá casos em que o tratamento recuperatório se prolongue por prazo maior do que aquele estabelecido pelo Diploma Civil, o que resultaria em graves prejuízos ao indivíduo por ter sua pretensão ceifada pela prescrição.

Diferentemente do que ocorre com o direito brasileiro, a perspectiva Alemã utiliza-se da expressão *Anspruch* para a questão envolvendo o início do prazo prescricional. Os germânicos sustentam que para que se comece a prescrição, se faz necessária a existência de uma pretensão exercitável, o que significa dizer que apenas quando o indivíduo tem a consciência efetiva da violação do seu direito é que se poderá falar em curso do prazo de prescrição. Com isso, viabiliza-se o reconhecimento de dois momentos distintos: a violação do direito subjetivo e o conhecimento deste comportamento.

Apesar da ocorrência – em alguns casos – se dar em momento similares, praticamente de forma instantânea, como num abalroamento entre dois veículos, por exemplo, há outras hipóteses em que a violação do direito ocorrerá sem que o indivíduo tenha a consciência propriamente dita



das suas consequências. Não havendo conhecimento quanto aos efeitos resultantes da conduta ofensiva, não poderá o sujeito passivo adotar as medidas que deseja para exercer a tutela do seu direito ofendido.

### **6.6.1 A *actio nata* e a boa-fé: sempre caminhando juntas, e de mãos dadas**

Destaque-se que não se trata da chancela do comportamento omissivo, mas, sim, da valorização do comportamento abrangido pela *bone fides*. Afinal ninguém poderá atuar na defesa dos seus direitos se não houver a certeza da sua violação, pois, caso contrário, poderá, inclusive, ser sancionado por mecanismos do sistema que atuam no sentido do reconhecimento da litigância de má-fé. Dito isso, resulta que a imputação do início do prazo prescricional logo quando houver a ofensa ao direito – independentemente do conhecimento do agente – poderá impor-lhe situação de grande desvantagem.

A valorização da boa-fé deve ser o tema em foco na abordagem da questão. Afinal, como dito, o não conhecimento da lesão não poderá ser utilizado como causa justificadora na consumação da prescrição. Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira<sup>452</sup> afirma que não é possível afirmar que o início do prazo prescricional se inicia no exato momento em que houve a ofensa ao direito, até mesmo porque, há casos em que a falta do exercício da pretensão não se confunde com a questão da inércia do titular.

Há, portanto a necessidade de modulação da determinação legal. Neste sentido, incide sobre a norma jurídica pátria a denominada teoria da *actio nata* que se justifica como um balizador do surgimento da pretensão<sup>453</sup>. Não se trata, portanto, de interferência direta no curso da prescrição, quando esta já se encontra em processo de configuração, mas, sim, na incidência sobre o marco justificador do seu início. Efetivamente, com o advento das novas perspectivas do universo jurídico, a questão da pretensão extrapola o simples critério binário relacionado ao

---

<sup>452</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. vol 1. rev. atual. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 600/6001

<sup>453</sup> Destaca-se o entendimento de José Cabral Pereira Fagundes Júnior, para quem: “O novo texto legal, no sentido de que o lapso prescricional começa a fluir a partir da violação do direito, referenda, pois, o entendimento de que a pretensão nasce com o conhecimento da violação. Consagra-se, pois, a teoria abstrata do direito de ação ao reafirmar que a prescrição não atinge o direito de postular em juízo, já que este se dirige ao Estado, como um direito subjetivo público à prestação jurisdicional, independentemente do mérito da demanda.” (FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. *Actio nata: Fundamento para a reabertura do prazo para pleitear a restituição total de indébito tributário*. Revista tributária e de finanças públicas. São Paulo, n. 71, p. 108, nov./dez. 2006)

descumprimento obrigacional diretamente vinculado ao dano. Em outras palavras: não se identifica mais a simplicidade de um comportamento ilícito com o início imediato da contagem para o exercício da pretensão indenizatória, pois com a complexidade das relações sociais percebeu-se que esta seara é por demais intrincada, diante da imprevisibilidade do dano e das incertezas científicas que perfilham o entendimento de sua ocorrência<sup>454</sup>.

José Fernando Simão<sup>455</sup> leciona que a teoria da *actio nata* surgiu de trabalho desenvolvido por Savigny a partir dos estudos desenvolvidos diante dos preceitos romanos. Em atenção, continua o autor que há quatro elementos que devem ser analisados para a questão da prescrição: a *actio nata*, a *bone fides*, e inércia e o curso do lapso de tempo. No que se refere especificamente a *actio nata*, afirma o pensador germânico que para que a prescrição se inicie deverá haver ter a possibilidade de seu exercício e não poderá ser considerada negligência.

Assim, para além da abordagem objetiva do critério referente ao início do marco prescricional deve-se analisar o âmbito do aspecto referente ao elemento subjetivo. Não basta surgir a pretensão decorrente diretamente da violação do direito, mas, sim, do conhecimento dessa ofensa pelo sujeito passivo. Não por outro motivo que Pontes de Miranda afirma expressamente, que “A pretensão nasce quando já se pode exigir de alguém ato ou omissão; a ação, quando já pode ser intentada, ou já se podem praticar os atos necessários à sua intencionalização (propositura).”<sup>456</sup> De fato, a teoria apresentada resulta na valorização do comportamento abrangido pela boa-fé. Independentemente do prazo prescricional, não há como sustentar a limitação da sua utilização diante do caso prático, afinal, como mencionado, o desconhecimento não resulta na presunção de abandono ao exercício da pretensão do direito.<sup>457</sup>

---

<sup>454</sup> Sobre o tema, suscita-se o entendimento de Pontes de Miranda: “No suporte fático da exceção, é preciso que estejam: a) a possibilidade da pretensão ou ação (não é necessário que exista a pretensão ou ação, razão por que o que não é devedor, mas é apontado como tal, pode alegar a prescrição, exercer, portando, o *ius exceptionis temporis*); b) a prescritibilidade da pretensão ou da ação; c) o *tempus* (transcurso do prazo prescricional), sem interrupção, e vazio de exercício pelo titular da pretensão ou da ação”. (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*, tomo VI. Campinas, SP: Bookseller, 2000.p. 146)

<sup>455</sup> SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 268.

<sup>456</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*, tomo VI. Campinas, SP: Bookseller, 2000. p. 331.

<sup>457</sup> Para Mário Delgado, “desponta nesses dois preceitos do Código Civil (pendência de condição suspensiva e não vencimento do prazo) o relevante critério da *actio nata*, prevacente no Direito brasileiro. É que a prescrição somente inicia seu curso no instante em que nasce a ação, em sentido material, para o titular do direito. Isto é, antes de poder ele exigir do devedor seu direito, não há como falar-se em início do lapso prescricional”. (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2014. p. 259)

A linha de entendimento que justifica e incentiva a adoção da teoria da *actio nata* em sua perspectiva subjetiva ganha volume no direito pátrio<sup>458</sup>. Prova disso está no texto do enunciado 14<sup>459</sup>, da Jornada de Direito Civil, elaborada pelo Conselho da Justiça Federal<sup>460</sup>, que determina, expressamente, que o início do prazo prescricional ocorre a partir do momento da exigibilidade do direito subjetivo, o que significa dizer que somente começará a correr a partir do momento em que o indivíduo tem conhecimento da ofensa. A contrário sensu entende-se que, apenas em casos em que, o fato gerador da ofensa ocorre no mesmo momento em que o conhecimento ocorre é que se justificaria o início do prazo prescricional no mesmo instante da ofensa perpetrada.

Sendo assim, no direito pátrio, a aplicação da teoria da *actio nata* em sua vertente subjetiva ganha especial projeção no que se refere ao curso do prazo prescricional, pois estampa o seu início apenas quando submetido ao conhecimento da violação ou da lesão ao direito subjetivo. Prova disso está no reconhecimento das hipóteses trazidas pelo sistema jurídico brasileiro que se mantém, cada vez mais, simpático à linha filosófica referida, tanto assim que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 27, estabelece, textualmente, que “prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”.

Voltada para uma perspectiva mais protetiva, o legislador consumerista assegura que o marco inicial da pretensão indenizatória somente começará a partir do conhecimento do dano e da autoria. Observa-se que, neste caso, o texto de lei estipulou dois baluartes que são necessários para que se inicie o tempo de prescrição. Não basta apenas ter consciência do prejuízo

---

<sup>458</sup> Segundo José Fernando Simão, “contudo, parte da doutrina pondera que não basta surgir a ação (*actio nata*), mas é necessário o conhecimento do fato. Trata-se de situação excepcional, pela qual o início do prazo, de acordo com a exigência legal, só se dá quando a parte tenha conhecimento do ato ou fato do qual decorre o seu direito de exigir. Não basta, assim, que o ato ou fato violador do direito exista para que surja para ela o exercício da ação. Já aqui mais ‘liberal’, exige a lei o conhecimento pelo titular para que, só assim, se possa falar em ação e também em prescrição desta. O adjetivo ‘liberal’ utilizado por Brenno Fischer demonstra que, toda vez que a lei se afasta do termo inicial esperado pela segurança jurídica, qual seja, a existência de um fato ou a realização de um negócio ou ato, a doutrina reage mal. Se a prescrição tem por fundamento a segurança, por que se afastar dela?” (SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 272)

<sup>459</sup> Enunciado 14 da Jornada de Direito Civil: Art. 189: 1) o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer

<sup>460</sup> Os enunciados da Jornada de Direito Civil são formulações hermeneuticas que buscam estabelecer uma linha uniforme de entendimento da doutrina no que se refere a aplicação dos dispositivos legais. Apesar de não possuírem a força vinculante decisória referente aos enunciados sumulares existentes nos Tribunais Superiores e Inferiores, os enunciados da Jornada de Direito Civil tem grande relevância no âmbito da jurisprudência.

experimentado, mas, além disso, deve saber quem foi o seu autor. Há, portanto, uma guinada no mecanismo que identifica o prazo prescricional decorrente do acidente de consumo, pois não será iniciado o curso prescricional a partir do próprio ato danoso, mas, sim, da conjugação dos dois elementos constantes em lei, pois, assim, visa-se assegurar uma melhor garantia à tutela e defesa dos interesses dos consumidores.

### **6.6.2 A *actio nata* e sua incidência no direito brasileiro**

No âmbito dos Tribunais Superiores, o STJ tem entendimento consolidado no sentido de que, no que se refere às ações indenizatórias, o início do prazo de prescrição ocorrerá quando da data em que o segurado teve conhecimento inequívoca da sua incapacidade laboral<sup>461</sup>. Aliás, a sua importância nos dias atuais é de tal forma que seu conhecimento não se resume apenas no âmbito do direito securitário ou consumerista. Há no Tribunal da Cidadania decisões que apontam no sentido da existência de previsão para o âmbito do direito tributário e administrativo, por exemplo<sup>462</sup>.

De fato, quando se fala em pretensão ressarcitória, não poderá se dar, necessariamente, no momento em que ocorre a lesão ao direito. O que importa, na realidade, é o conhecimento da lesão por parte do titular do direito subjetivo violado e de sua extensão. O que se busca, na verdade, é que as hipóteses que obstem o livre exercício da pretensão sejam retiradas antes do seu exercício. Apenas quando houver a viabilidade ampla para sua atuação deverá ser dado início ao cômputo do marco prescricional, “compreensão conferida à teoria da *actio nata* (nascimento da pretensão) que encontra respaldo em boa parte da doutrina nacional e já é admitida em julgados do Superior Tribunal de Justiça, justamente por conferir ao dispositivo

---

<sup>461</sup> Enunciado 278, STJ: “o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral”

<sup>462</sup> Analisando a partir de uma perspectiva panorâmica dos precedentes mais atuais do Superior Tribunal de Justiça, é possível concluir acerca da inexistência de um posicionamento consolidado sobre a questão da incidência da teoria da *actio nata* em sua perspectiva puramente subjetiva. Perfilhando pela consulta jurisprudencial encontram-se acórdãos que optam pela adoção da teoria na sua modalidade objetiva onde apenas a ofensa ao direito é o elemento principal para iniciar o curso do prazo prescricional. Também encontram-se decisões que caminham no sentido da incidência da perspectiva subjetiva, na qual afirma-se ser necessária a identificação da consciência do ofendido em relação à violação do direito que compõe o seu patrimônio jurídico.

legal sob comento (art. 189, CC) interpretação convergente à finalidade do instituto da prescrição.”<sup>463</sup>

A mera violação de direito não poderá resultar na condução imediata ao início do prazo prescricional. Faz-se necessário, diante de tudo o quanto exposto, que haja a configuração do conhecimento por parte do titular do direito ofendido. Somente a conjugação destes dois elementos é que justificará que a prescrição flua dentro dos parâmetros desejados pelo direito brasileiro como um todo. Analisar esse preceito extintivo apenas pelo seu âmbito objetivo poderá resultar em hipóteses que se afastem do ideal de justiça.

A perspectiva meramente objetiva do início do prazo prescricional não merece mais o espaço que antes lhe era concedido. Agora, retira-a da condição de *status* mais elevado onde a forma absoluta de sua incidência era reconhecida de maneira plena, para autorizar a sua gestão com o *granus salis* da subjetividade necessária extraída a partir do conhecimento da ofensa por parte do sujeito passivo. Afinal, partindo-se de uma premissa básica, não se pode falar em prescrição, sem que haja inércia do titular da pretensão. Por sua vez, da mesma forma, não será possível construir o conceito de inércia sem que se traga juntamente a ideia de conhecimento da violação, afinal, aquele que não tem plena consciência do seu direito ofendido, não poderá agir, pois presume-se que não experimenta qualquer agressão ao seu patrimônio jurídico<sup>464</sup>.

Flávio Tartuce expõe seu posicionamento no sentido do reconhecimento amplo da perspectiva subjetiva da prescrição. Em seu parecer, afirma o autor ser adepto da sua aplicação mais genérica, pois não se deve restringir apenas às ofensas decorrentes de violações contratuais, mas, também, na perspectiva extracontratual<sup>465</sup>. Aliás, o autor ainda assegura que, em se

---

<sup>463</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.347.715/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, julgado em 25.11.2014, DJe 04.12.2014) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 02 abr 2017)

<sup>464</sup> Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosendal: “a tese da *actio nata*, reconhecida jurisprudencialmente, melhor orienta a questão. Efetivamente, o início da fluência do prazo prescricional deve decorrer não da violação, em si, de um direito subjetivo, mas, sim, do *conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo pelo respectivo titular*. Com isso, a boa-fé é prestigiada de modo mais vigoroso, obstando que o titular seja prejudicado por não ter tido conhecimento da lesão que lhe foi imposta. Até porque, e isso não se põe em dúvida, é absolutamente possível afrontar ao direito subjetivo de alguém sem que o titular tenha imediato conhecimento” (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1: Parte Geral e LINDB, p. 622.)

<sup>465</sup> Neste sentido, é possível encontrar posicionamentos do STJ, cuja representação se dará segundo o acórdão da Ministra Nancy Andrighi ora mencionado: **PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. COMPENSAÇÃO. DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. TEORIA DA ACTIO NATA. HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ**. 1. Por aplicação da teoria da *actio nata*, o prazo prescricional, relativo à pretensão de indenização de dano material e compensação de dano moral, somente começa a correr quando o titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da lesão e de toda a sua extensão, bem como do responsável pelo ilícito, inexistindo, ainda, qualquer condição que o impeça de exercer o direito de ação. 2. O acórdão recorrido que adota

tratando de evento continuado, o início do prazo prescricional somente ocorrerá com a ciência do último ato lesivo, o que demonstra a completa imersão por parte do doutrinador no âmbito da linha de entendimento que ora se defende.<sup>466</sup>

Apesar de toda a carga doutrinária em torno da necessidade de viabilização da perspectiva subjetiva da prescrição, é possível encontrar decisões relativamente recentes do STJ em sentido contrário. Prova disso está no julgamento do REsp 1003955/RS, sob a relatoria da Ministra Eliana Calmon, que ganhou *status* de recurso repetitivo e acabou por reconhecer que “o termo inicial da prescrição surge com o nascimento da pretensão (*actio nata*), assim considerada a possibilidade do seu exercício em juízo. Conta-se, pois, o prazo prescricional a partir da ocorrência da lesão, sendo irrelevante seu conhecimento pelo titular do direito.”<sup>467</sup>

---

a orientação firmada pela jurisprudência do STJ não merece reforma. 3. Agravo interno no agravo em recurso especial não provido. (AgInt no AREsp 639.598/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 03/02/2017) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 02 abr. 2017)

<sup>466</sup> TARTUCE, Flávio. *Parecer*. Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil, edição número 70, de janeiro e de fevereiro de 2016, p. 98

<sup>467</sup> Em razão do tamanho da ementa, serão omitidas partes não vinculadas ao tema ora tratado: **TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. DECRETO-LEI 1.512/76 E LEGISLAÇÃO CORRELATA. RECURSO ESPECIAL: JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. INTERVENÇÃO DE TERCEIRO NA QUALIDADE DE AMICUS CURIAE. PRESCRIÇÃO: PRAZO E TERMO A QUO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS REMUNERATÓRIOS. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC.** I. [...] II. [...] III. [...] 1.2 [...] 2. CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE O PRINCIPAL: 2.1 [...] 2.2 [...] 2.3 [...] 3. CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE JUROS REMUNERATÓRIOS: [...] 4. JUROS REMUNERATÓRIOS SOBRE A DIFERENÇA DA CORREÇÃO MONETÁRIA: [...] 5. PRESCRIÇÃO: 5.1 É de cinco anos o prazo prescricional para cobrança de diferenças de correção monetária e juros remuneratórios sobre os valores recolhidos a título de empréstimo compulsório à ELETROBRÁS. 5.2 TERMO A QUO DA PRESCRIÇÃO: o termo inicial da prescrição surge com o nascimento da pretensão (*actio nata*), assim considerada a possibilidade do seu exercício em juízo. Conta-se, pois, o prazo prescricional a partir da ocorrência da lesão, sendo irrelevante seu conhecimento pelo titular do direito. Assim: a) quanto à pretensão da incidência de correção monetária sobre os juros remuneratórios de que trata o art. 2º do Decreto-lei 1.512/76 (item 3), a lesão ao direito do consumidor ocorreu, efetivamente, em julho de cada ano vencido, no momento em que a ELETROBRÁS realizou o pagamento da respectiva parcela, mediante compensação dos valores nas contas de energia elétrica; b) quanto à pretensão de correção monetária incidente sobre o principal (item 2), e dos juros remuneratórios dela decorrentes (item 4), a lesão ao direito do consumidor somente ocorreu no momento da restituição do empréstimo em valor "a menor". Considerando que essa restituição se deu em forma de conversão dos créditos em ações da companhia, a prescrição teve início na data em que a Assembleia-Geral Extraordinária homologou a conversão a saber: a) 20/04/1988: com a 72ª AGE. 1ª conversão; b) 26/04/1990: com a 82ª AGE. 2ª conversão; e c) 30/06/2005. Com a 143ª AGE. 3ª conversão. 6. DÉBITO OBJETO DA CONDENAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA: 6.1 CORREÇÃO MONETÁRIA: [...] 6.2 ÍNDICES: [...] 6.3 JUROS MORATÓRIOS: [...] b) [...] 7. NÃO CUMULAÇÃO DA TAXA SELIC: [...] 8. EM RESUMO: Nas ações em torno do empréstimo compulsório da Eletrobrás de que trata o DL 1.512/76, fica reconhecido o direito às seguintes parcelas, observando-se que o prazo situa-se em torno de três questões, basicamente: a) diferença de correção monetária sobre o principal e os juros remuneratórios dela decorrentes (itens 2 e 4); b) correção monetária sobre os juros remuneratórios (item 3); c) sobre o valor assim apurado, incidem os encargos próprios dos débitos judiciais (correção monetária desde a data do vencimento - item 6.1 e 6.2 e juros de mora desde a data da citação - item 6.3). 9. CONCLUSÃO Recursos especiais da Fazenda Nacional não conhecidos. Recurso especial da ELETROBRÁS conhecido em parte e parcialmente provido. Recurso de fls. 416/435 da parte autora não conhecido. Recurso de fls. 607/623 da parte autora conhecido, mas não provido. (REsp 1003955/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO,

Não se trata, por sua vez, de uma postura pacífica no Superior Tribunal de Justiça. Como dito, a Corte tem súmula que aponta no sentido da previsão referente a incidência da perspectiva subjetiva da *actio nata* no âmbito das relações securitárias. Além disso, é possível encontrar, com facilidade, posicionamentos que defendem sua estruturação em outros ramos de conflitos, para além daquele exposto no enunciado 278.

Apenas a título de exemplo, quando da relatoria do AgInt no AREsp 982.198/SP, o Relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, afirmou, expressamente que “por aplicação da teoria da *actio nata*, o lapso do prazo prescricional somente começa com a ciência da efetiva lesão do direito tutelado, inexistindo, ainda, qualquer condição que impeça o exercício do direito de ação.”<sup>468</sup>. Nesta mesma linha de entendimento, seguiu o Ministro Hermann Benjamin quando da relatoria do Resp. 1595065/PR, pois se posicionou no sentido de que o reconhecimento do marco inicial da prescrição deverá ser feito a partir do conhecimento do ofendido da agressão ao direito que lhe pertence, pois “em relação ao termo inicial da prescrição, deve ser observada, *in casu*, a teoria da *actio nata*, em sua feição subjetiva, razão pela qual o prazo prescricional deve ter início a partir do conhecimento da violação ou da lesão ao direito subjetivo.”<sup>469</sup>

---

julgado em 12/08/2009, DJe 27/11/2009) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 02 abr. 2017)

<sup>468</sup> **AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. COMPRA E VENDA. AÇÃO DE COBRANÇA. RESCISÃO DO NEGÓCIO. TRATATIVAS EXTRAJUDICIAIS. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. DEVOLUÇÃO DE VALORES. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. TEORIA DA ACTIO NATA.** 1. A reforma do julgado que entendeu pela suspensão do prazo prescricional para devolução do valor em função de tratativas extrajudiciais documentadas demandaria o reexame do contexto fático-probatório, procedimento vedado na estreita via do recurso especial, a teor da Súmula nº 7/STJ. 2. Por aplicação da teoria da *actio nata*, o lapso do prazo prescricional somente começa com a ciência da efetiva lesão do direito tutelado, inexistindo, ainda, qualquer condição que impeça o exercício do direito de ação. Precedentes. 3. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 982.198/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 21/02/2017) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 02 abr. 2017)

<sup>469</sup> **PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROGRAMA DE CAPACITAÇÃO DE DOCENTES DO ESTADO DO PARANÁ. IRREGULARIDADES CONSTATADAS. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS E OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL. TEORIA DA ACTIO NATA. INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL NA DATA DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA VIOLAÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO E DA EXTENSÃO DE SUAS CONSEQUÊNCIAS.** 1. Cuida-se, na origem, de ação de obrigação de fazer combinada com indenização por danos morais e materiais ajuizada por professores que se sentiram lesados por irregularidades em programa de capacitação promovido pelo Estado do Paraná, com o apoio da Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu. 2. A controvérsia consiste em definir a data da ciência inequívoca da lesão do direito pelo seu titular para fins de contagem do prazo prescricional. 3. Em relação ao termo inicial da prescrição, deve ser observada, *in casu*, a teoria da *actio nata*, em sua feição subjetiva, pela qual o prazo prescricional deve ter início a partir do conhecimento da violação ou da lesão ao direito subjetivo. 4. Para tanto, necessário analisar as peculiaridades do caso concreto, identificando quatro aspectos: (i) qual o direito subjetivo em discussão; (ii) qual o momento em que foi violado; (iii) quando o titular teve ciência inequívoca acerca de sua existência e da extensão de suas consequências; e (iv) qual o prazo prescricional a ser observado. 5. Em relação ao direito subjetivo em discussão, a matéria jurídica de fundo na demanda proposta na origem diz respeito à reparação da lesão decorrente do insucesso do Programa de Capacitação de Docentes em nível superior ministrado pela Faculdade Vizivali, mediante convênio firmado com o Estado do Paraná. 6. Em relação ao

Ao que transparece há uma simpatia já consolidada por parte da doutrina e uma tendência para a adoção pela jurisprudência da perspectiva subjetiva da *actio nata*. Na realidade o que se observa de alguns julgados é a adesão para a aplicação de teoria em questão, porém, não há a preocupação na bipartição da sua percepção, o que leva à incidência da modalidade objetiva, conforme preceitua o art. 187, do Código Civil.

O reconhecimento da viabilidade da incidência do parâmetro subjetivo da teoria da *actio nata* é um grande passo para que o sistema jurídico pátrio recepcione de braços abertos a teoria do *contra non valentem*. Isso porque ambas partem do mesmo parâmetro, ou seja, de uma tendência natural de valorização da boa-fé a partir do parâmetro voltado para o elemento subjetivo da relação jurídica, onde se respeita a real opção do sujeito passivo.

#### 6.7 A TEORIA DO *CONTRA NON VALENTEM* COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO AMPLO À JUSTIÇA DAS PESSOAS IMPOSSIBILITADAS DE EMANAREM SUA VONTADE

O estudo referente ao acesso à justiça ao longo do tempo não pode ser feito de forma dissociada do momento histórico incidente sobre sua análise. A contextualização daquilo que, atualmente, é reconhecido como direito fundamental, é de suma importância para se compreender as justificativas para o caminho que conduzirá ao posicionamento atual e os rumos que poderão ser alcançados no futuro que se descortinará.

Ao se reconhecer o acesso à justiça como um direito inerente ao cidadão, outros vêm a reboque, pois fortalece a função do Estado-Juiz que assumiu para si a obrigação de gerir os conflitos

---

momento de violação do direito subjetivo, entende-se que ocorre quando as agravadas souberam que não teriam acesso ao diploma do curso que realizaram. 7. O acórdão proferido pelo Tribunal a quo reconheceu a prescrição, sob o fundamento de que, com a publicação no Diário Oficial da União do Parecer CNE/CES 139/2007, que concluiu ter havido irregularidades no programa, houve ciência inequívoca do ato que gerou lesão ao direito dos agravados. 8. Todavia, o mencionado ato não deve ser considerado como termo inicial do prazo prescricional, já que não é razoável entender que a publicação de um parecer de autoria do Poder Executivo Federal, que sequer foi solicitado pelos professores que se submeteram ao curso, configura ciência inequívoca da lesão ao direito. 9. Em caso análogo, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que "a nomeação em concurso público após considerável lapso temporal da homologação do resultado final, sem a notificação pessoal do interessado, viola o princípio da publicidade e da razoabilidade, não sendo suficiente a convocação para a fase posterior do certame por meio do Diário Oficial" (AgRg no AREsp 345.191/PI, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 18/09/2013). 10. A mesma solução deve ser observada na questão em exame, levando-se em consideração a regra hermenêutica segundo a qual: "onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir" (*ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio*). 11. Agravo Interno não provido. (AgInt no REsp 1595065/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 02 abr. 2017)



gerados pelos indivíduos que compõem a sociedade. A garantia do exercício de sua faceta primária com direito de petição é de fundamental importância para a manutenção da garantia da segurança jurídica necessária para a paz social.

Efetivamente, o direito de petição foi um passo revestido de grande importância para assegurar o exercício de direitos por parte do indivíduo em face às arbitrariedades praticadas pelo monarca na figura do representante máximo do Estado. A vontade daquele que ocupava o topo da cadeia hierárquica era aquela que se refletia perante toda a sociedade, o que, na maioria das vezes, não coadunava com a da coletividade, apresentando, então, diversos abusos por representar apenas a intenção de um indivíduo e não da sociedade como um todo.

A ideia de justiça vinculada exclusivamente à vontade do legislador fez com que houvesse um acesso à justiça formal e restrito. Por ter a igualdade espelhada apenas nas normas, ela não alcançava o aspecto material, pois o que importaria não era, necessariamente a busca pelo efetivo equilíbrio social, mas sim a garantia de não intervenção do Estado-Juiz nas relações entre os indivíduos, já que regidas sob o manto da autonomia da vontade.

O reconhecimento dos direitos sociais, por sua vez fizeram com que a função do Estado ganhasse contornos outros daquele tradicionalmente existente<sup>470</sup>. A partir de então, sua atuação sofre mutação para se exigir uma intervenção mais direta e positiva, impondo expressiva mutação nas instituições jurídico-políticas, que deveriam buscar a efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

A instauração do denominado Estado Democrático de Direito impulsiona o direito de acesso à justiça que agora não mais se resumirá ao patamar do simples direito de petição. Com a nova envergadura estatal surge a necessidade de atendimento à função social e o reconhecimento acerca da viabilidade de uma maior intervenção para o alcance de um interesse maior efetivado a partir da proteção à dignidade da pessoa humana.

Democrático não será apenas aquele Estado que atende aos interesses da maioria, mas, também o que consegue enxergar as diferenças dos indivíduos que a compõe, afastando-se da noção abstrata do sujeito ideal para alcançar elementos característicos de agrupamentos sociais que espelham posições de desigualdade. O efetivo reconhecimento da pluralidade impõe um

---

470 Neste sentido, destaca-se o entendimento de Marinoni, para quem: “a problemática do acesso à justiça, embora já se fizesse sentir no começo deste século, somente se fez perceber com mais intensidade no pós-guerra, até porque o direito de acesso à justiça, com a consagração constitucional dos chamados ‘novos direitos’, passou a ser fundamental para a própria garantia destes direitos”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo, SP: Malheiros, 1997. p. 21)

tratamento diferenciado para situações em que a vulnerabilidade se mostra presente. O Estado-Juiz assume, portanto, um desenho que ultrapassa os meros limites da repetição do quanto expresso na legislação ordinária para atendimento aos princípios constitucionais, dentre os quais restam evidentes o da igualdade em sua faceta material.

Nesta linha de entendimento, Boaventura de Sousa Santos<sup>471</sup> lembra que a transformação do acesso à justiça não mais poderá se limitar ao reconhecimento apenas do direito de petição. Ele deverá ser adjetivado pela expressão “efetivo”, pois, somente assim, outros direitos passariam a ser protegidos, já que reconhecidos pelo rol constante na Carta Magna vigente. Sem isso, o texto constitucional representaria, apenas, um texto meramente político e sem qualquer efetividade, enfraquecendo as conquistas alcançadas ao longo dos anos e efetivadas pelo sistema jurídico vigente.

Foi a partir da Segunda Guerra Mundial que a discussão acerca do acesso à justiça ganhou forte adubação para crescer e fincar profundas raízes no terreno dos direitos fundamentais, embora haja discussão doutrinária no sentido de reconhecer o acesso à justiça como direito natural do ser humano.<sup>472</sup> Nos idos da década de 60, estudos de Cappelletti e Garth demonstraram uma preocupação social quanto as alternativas necessárias para assegurar a materialização deste acesso. Não por outro motivo que os mencionados autores desenham três movimentos básicos que deveriam ser realizados para a sua efetivação.<sup>473</sup>

Diante de uma Constituição qualificada como cidadã, a participação popular na garantia do processo democrático torna-se uma realidade. Com isso, não se pode esquecer que este mesmo coletivo será o responsável pela imposição de um controle social que consistirá, sobremaneira, no respeito à dignidade da pessoa humana onde se exige a atenção aos elementos de vulnerabilidade apresentados nas diversas, e complexas, relações sociais.

---

471 [...] a consagração constitucional dos novos direitos económicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efectivo à justiça a um direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e económicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. Daí a constatação de que a organização da justiça civil, em particular, a tramitação processual não podia ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualista, devendo investigar-se as funções sociais por elas desempenhadas e, em particular, o modo como as opções técnicas o seu seio veiculavam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagónicos [...]. (SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a Democracia. Os caminhos da democracia participativa*. Vol. 1. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 2002.

472 Este é o entendimento expresso por Paulo Bezerra César Santos. (BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2001. p. 111-122)

473 1) movimento da assistência judiciária aos pobres; 2) movimento das reformas quanto à representação jurídica dos interesses coletivos e difusos e, 3) movimento do enfoque no direito de acesso à justiça.

Como já mencionado, o objetivo não está em apagar as desigualdades, mas reconhecer a sua existência nas mais diversas formas, a fim de se encarar a problemática de frente e viabilizar a instauração de políticas públicas e interpretações legais que caminhem no sentido de eliminar, ou, pelo menos, minorar as dificuldades delas decorrentes. Surgirá, inicialmente, uma análise crítica daquilo que está posto, para, a partir de então, fazer florescer a atuação necessária para a manutenção do equilíbrio daquilo que naturalmente se posta em desigualdade.

Nesta toada, o ideal democrático estabelecido a partir do reconhecimento da viabilidade do ingresso ao Poder Judiciário através do exercício do direito de petição passou a ser escavado com maior profundidade. Há a necessidade de se pensar a norma como algo alcançável e realizável, afastando-se da norma abstrata e intangível do legislador revolucionário e que perdurou até os dias atuais. Não é a realidade que deve se amoldar à norma, mas sim, a normatividade que deve buscar se imiscuir na realidade.

A exclusão por incompatibilidade com os anseios legais deve ser um comportamento questionável, pois o reconhecimento da autonomia é o primeiro passo para a manutenção da liberdade de cada um dos membros da sociedade<sup>474</sup>. A autonomia e a emancipação são pilares fundamentais para a identificação do semelhante na condição originária onde nem sempre haverá igualdade, mas apenas semelhanças.

### **6.7.1 O Estado-Juiz mais sensível aos anseios de todos, ainda que diferentes entre si**

Todo processo de mudança e emancipação deve perpassar por uma perspectiva coletiva, haja vista que a partir do ponto de vista individualista não se alcançaria o grau de racionalidade exigido para tanto<sup>475</sup>. Isso significa dizer que as normas não podem existir apenas como forma justificadora de um movimento de assimilação e exposição de seu texto, sem que venha acompanhado de uma reflexão sobre seus contornos. A existência de questionamentos se faz necessária para que haja a oxigenação do sistema e a implementação de parâmetros não perseguidos.

---

474 Sobre o tema, destaca-se o ensinamento de Cappelletti e Garth, segundo os quais: “Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados “ (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 15)

<sup>475</sup> HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 10. ed. Rio de Janeiro, RJ: DP & A., 2005

De fato, a manutenção de uma estrutura de sustentação dos direitos fundamentais somente terá validade e eficácia mediante o estabelecimento de um Estado-Juiz, sensível aos anseios da coletividade, ainda que, para isso, a interpretação da norma ordinária venha a ultrapassar os limites virtuais estabelecidos pelo legislador. Sendo assim, o acesso à justiça que se impõe, não está limitado na garantia apenas do exercício do direito de petição, mas na exigência de um Poder Judiciário pronto para enfrentar as divergências do texto infralegal em detrimento ao que se estampa na previsão ampliada contida nos princípios constitucionais, mediante mecanismos hábeis para tanto.

Sob a influência do princípio solar da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 apresenta inúmeros exemplos que demonstram a necessidade de estabelecer uma maior preocupação com o indivíduo, redundando num redimensionamento do trato das temáticas postas ao Poder Judiciário, e, por sua vez, no ideal de efetivo acesso à justiça. Consequência do seu estabelecimento como fundamento da República, conforme mencionado no art. 1º, inciso III, do texto constitucional, foi a despatrimonialização do Direito Privado, o que acabou por resultar na mudança de preceito filosófico regente sobre as relações sociais nele incluídas.

A preocupação patrimonial existente foi alterada pelo incentivo das previsões constitucionais constituídas sob o manto da necessária observância do desequilíbrio dos indivíduos, a partir da percepção da hipossuficiência e da vulnerabilidade inerente aos membros sociais. Apenas deverão subsistir as relações jurídicas que se desenhem segundo os preceitos constitucionais, devendo aqueles que os desafiam serem afastados, de pronto, do âmbito jurídico.

Os conflitos existentes entre valores patrimoniais e existenciais devem ser decididos a partir da valorização do segundo elemento em detrimento do primeiro, com base nas ideologias que emanam do texto Constitucional vigente. Neste sentido, para além da interpretação inicial extraída do inciso XXXV, do art. 5º, da Carta Magna, deverá ser assegurado ao indivíduo – ou à coletividade – o acesso à uma justiça amplo e efetivo, o que significa dizer que deverá ser garantido a todos o reconhecimento às suas prerrogativas com a manutenção de sua adequada defesa ante prováveis e possíveis lesões ou suas ameaças.

A busca pela manutenção da integridade do interesse comum e pelo reconhecimento da diversidade social é o caminho para a efetivação da cidadania. O dever do Estado em eliminar os conflitos sociais e sustentar a paz e harmonia entre seus membros é elemento fundante para a garantia da liberdade do cidadão, componente este essencial para a validação da efetiva democracia. Portanto, cabe ao Estado viabilizar aos habitantes da nação o pleno

desenvolvimento com o estabelecimento da incolumidade ao princípio da igualdade em sua perspectiva material.

Com isso, o ser humano deve ser encarado a partir de uma perspectiva de fim e não meio para alcance do sistema jurídico, o que implica a eliminação do tratamento discriminatório e a implantação de uma abordagem igualitária e fraterna, pois todos os homens são responsáveis pela formação da sociedade e da manutenção de suas características e peculiaridades. Porém, isso não quer dizer que as decisões judiciais navegarão ao bel prazer do magistrado. A análise do caso prático é de suma importância, mas sempre com a perspectiva de atração para um processo lastreado em princípios constitucionais e em movimentos participativos cuja decisão judicial seja proferida a partir de uma perspectiva racional.

Esta formulação, por mais abstrata que se pareça, num primeiro momento, representa uma busca efetiva pelo respeito das minorias. Na medida que se insere no corpo interpretativo da norma e na construção da decisão judicial o ideal apresentado pelos princípios resta valorizada a atenção a uma gama de interesses diferenciados, que acabam formando o anseio coletivo, posto que a complexidade de desejos imanente a cada um dos indivíduos é elemento fundamental para a formação da sociedade plural que salta aos olhos de qualquer um que vivencia o momento histórico atual.

Ao se garantir não apenas o direito à petição, mas a viabilidade de uma percepção mais ampla por parte do julgador dos interesses que abrangem determinado grupamento social – representativo, portanto, de uma parcela do social, como um todo – estará, não apenas a assegurar o direito ao acesso à justiça, mas, o acesso efetivo e amplo à justiça<sup>476</sup>. Não por outro motivo que Capelletti e Garth<sup>477</sup> afirmam que o tema em tela não pode resumir-se à viabilização do ingresso ao Poder Judiciário, mas a manutenção de um sistema jurídico onde se busque o estabelecimento de um tratamento igualitário com o qual se pretenda ampliar o alcance dos direitos abstratamente previstos a todos os membros da sociedade.

---

476 Destaca-se, neste sentido, o entendimento de Adriana S. Silva que afirma que se deve “ir além do acesso garantido a todos pela Constituição Federal; deve-se alcançar o asseguramento dos direitos e das garantias sociais fundamentais; deve-se, também, garantir o acesso a uma ordem jurídica justa”. (SILVA, Adriana dos Santos. *Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário*. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 97)

477 Afirmam os autores que: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 12)

### **6.7.2 A teoria do *contra non valente*, o direito à jurisdição e a busca pelo acesso à justiça**

Não há como negar que o direito à jurisdição compõe o rol daqueles que se configuram como os mais basilares direitos fundamentais dos indivíduos. Isso porque, partindo-se de uma premissa lógica, sem o exercício deste direito, todos os demais não terão a tutela necessária para assegurar a proteção em caso de ofensa. Um Poder Judiciário desprovido da capacidade de gestão de conflitos resulta numa sociedade insegura quanto às suas contendas. Da mesma forma, um Estado-Juiz que fecha os olhos para as desigualdades existentes – pois trabalha a partir de um factóide construído na igualdade formal – também tem como consequência uma comunidade desequilibrada em suas bases, pois as ofensas perpetradas contra a minoria restariam estancadas no limbo jurídico acobertado pela impunidade.

De nada adiantaria estampar no texto normativo a conquista de liberdades e de seu exercício, sem um Poder Judiciário hábil a garantir seu respectivo controle. Há uma simbiose inegável, na medida em que para que se possa garantir a liberdade do indivíduo, deve-se assegurar o pleno exercício da jurisdição, da qual encontra-se o acesso à justiça em todas as suas formulações. Sem sua plenitude, o que haverá é um espectro de direito, sem qualquer tipo de concretude, ou seja, uma previsão estéril, pois desprovida da possibilidade de resistência pela outra parte.

Ao se buscar manterem íntegra as faculdades reconhecidas pelo sistema, automaticamente, destaca-se a efetividade de tais direitos, o que significa reconhecer ao acesso à justiça a dupla característica: ser um direito fundamental do homem e o garantidor da efetivação dos demais direitos, cujo fim primordial é a construção do ideal de justiça irrigado pela incolumidade da igualdade material dos indivíduos.

A pacificação social é a consequência direta da ampliação dos horizontes quando se fala em acesso à justiça. Para muito além do que o simples direito de petição, a capacidade do magistrado em ultrapassar os ditames legais abstratos para conseguir atingir o real desejo da sociedade - incluindo-se, frise-se, as minorias – é o tempero que deve ser posto neste caldeirão complexo.<sup>478</sup>

---

478 Neste sentido, destaca-se o ensinamento de Cintra, Grinover e Dinamarco, para quem: “A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o trabalho dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz às partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias.” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 31)

Horácio Wanderlei Rodrigues é categórico ao destacar essa dupla função deste princípio. Afirma o autor que num primeiro momento a expressão “justiça” deve ser vista como sinônimo de Poder Judiciário, o que resulta no reconhecimento do ingresso ao junto ao órgão do Estado responsável por dirimir conflitos. Porém, para além disso, há o sentido de justiça como sendo aquele garantidor de uma ordem jurídica justa, ou seja, o alcance a uma postura do ente estatal que assegure o cumprimento de direitos fundamentais reconhecidos ao ser humano.<sup>479</sup>

Portanto, o acesso à justiça é a efetivação da viabilidade material do ser humano em conviver de forma pacífica na sociedade, pois, respeitado os direitos abstratamente assegurados<sup>480</sup>. Com isso, constrói-se uma estrutura garantista onde o foco principal é o respeito à dignidade da pessoa humana através do atendimento aos direitos fundamentais do homem. Não se trata, efetivamente, de uma meta fácil, pois como mencionado por Bobbio<sup>481</sup>, com a evolução existente nos dias atuais, maior é a possibilidade de ofensa a tais direitos, o que acaba por exigir uma consciência maior do senso de justiça a ser perseguido.

Sendo confrontado com uma desigualdade material, não poderá permitir, o Poder Judiciário, que ela seja mantida, ainda que decorra de previsão constante em norma infraconstitucional. De fato, cabe ao Estado-Juiz contribuir para que diminuição das desigualdades sociais se efetive. Há grande parcela de responsabilidade por parte deste Poder no enfrentamento desta situação, seja reconhecendo mecanismos de trato diferenciado, quando a questão envolver vulneráveis, seja na implementação de meios para a efetivação de um processo mais célere e efetivo<sup>482</sup>.

Nesta esteira, deve-se reconhecer que a concretização do acesso à justiça reflete, acima de tudo, na atuação por parte daqueles que são mais necessitados – os grupos minoritários - pois são os que, exatamente, por não pertencerem à maioria, têm seus direitos desqualificados diante da perspectiva errônea segundo a qual a democracia se resume ao atendimento exclusivamente da parcela majoritária da sociedade. Trata-se de uma atuação cujo foco está na realização da justiça

---

479 Segundo Horácio Wanderlei Rodrigues: “O primeiro dá ao significante ‘Justiça’ o mesmo sentido e conteúdo que o de ‘Poder Judiciário’, tornando sinônimas as expressões ‘acesso à Justiça’ e ‘acesso a esse poder’. O segundo, de acordo com uma visão axiológica, compreende o acesso a ela como acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.” (RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 24)

<sup>480</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33 (grifos no original).

<sup>481</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 2004, p. 26

<sup>482</sup> Para Cappelletti e Garth “O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 11)

em sua forma material, o que implica dizer que caberá ao Poder Judiciário ampliar a visão tradicional que carrega consigo para alcançar a plenitude em sua formatação mais efetiva.

Sendo o indivíduo o foco da prestação jurisdicional, a ele deverá ser destinada uma atuação justa por parte do Estado-Juiz. Isso implica dizer que haverá imprescindível necessidade de alteração dos mecanismos utilizados para o acesso à justiça amplo, pois afasta-se da perspectiva abstrata para mergulhar na análise individual, já que a condição de ser humano não se desqualifica diante das diferenças físicas, psíquicas, econômicas (entre outras) apresentadas<sup>483</sup>. Afinal, todo aquele que não tiver o seu direito atendido, desaguará no estabelecimento de situação de tensão social, criando hipóteses em que se exigirá a reiterada e contínua intervenção na ordem jurídica.

Diante disso, o acesso à justiça afasta-se, gradativamente, da sua formatação de garantia meramente formal para vestir-se de um papel de efetividade da luta diária, onde o cidadão deve ser incentivado a não abrir mão dos seus direitos. Nesta senda, não se pode permitir que se continue a perceber o acesso à justiça como mera gratuidade do processo ou necessidade de acompanhamento por profissional habilitado para atuar no feito. Este princípio é muito mais do que isso, pois é a garantia da tramitação processual dentro dos ditames que espera a sociedade como um todo, respeitando, inclusive, os direitos daqueles grupos reconhecidos como minorias, pois se trata de um “conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”<sup>484</sup>

Adequadas são as palavras de José Afonso da Silva, para quem a busca pelo Poder Judiciário não envolve apenas o direito de petição propriamente dito, mas um julgamento justo do seu conflito. Não se deseja uma simples solução processual, mas, sim, o pronunciamento por parte do Estado-Juiz que se adequa ao quanto estabelecido pelo art. 2º, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a necessidade de construção de uma sociedade justa<sup>485</sup>. Nesta esteira de

---

<sup>483</sup> Para Ada Pellegrini Grinover: “seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte no processo clama por uma solução que *faça justiça* a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o *acesso à justiça*, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em *acesso à ordem jurídica justa*. (grifo no original)” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003 p. 33)

<sup>484</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 68.

<sup>485</sup> Complementa o autor que: “Cada sentença há que constituir um tijolo nessa construção da sociedade justa. E a justiça aqui há de ser aquele valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito que nos promete o “Preâmbulo” da Constituição. Montesquieu já dizia que não haveria liberdade se o poder de julgar não fosse separado dos outros poderes. Hoje, quer-se muito mais do Poder Judiciário, requer-se que ele seja efetivo



entendimento, o acesso à “ordem jurídica justa”<sup>486</sup> deve ser o foco central de estudo do princípio em questão.

### **6.7.3 A teoria do *contra non valentem* e o rompimento de barreiras do vulnerável**

A questão da reforma imposta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, perpassa, exatamente, por este caminho que envolve um acesso à justiça amplo. A limitação da abordagem fará com que toda a problemática surgida a partir da sua entrada em vigor torne-se irrelevante, pois um dos pilares de construção deste novo pensamento filosófico é, exatamente, a exclusão do deficiente físico do rol de pessoas incapazes. Com isso, o seu ingresso junto ao Poder Judiciário ganha novos contornos com o reconhecimento de sua autonomia de atuação, haja vista que não dependerá mais de terceira pessoa – como ocorria nos casos de interdição, com a figura do curador – para ingresso de sua demanda.

O passo dado foi de fundamental importância para a compreensão e percepção das diferenças sociais existentes. Aquela sociedade igualitária saltou aos olhos como uma mera e insustentável ficção legal que não era somente garantidora de um tratamento igualitário, mas, para além disso, era fonte de abordagem severamente desigual para pessoas que não se enquadra, no perfil considerado como ideal pelo legislador.

Desmoronam-se os muros e um novo horizonte se abre. Porém, tudo o que é novo apresenta-se desconhecido e disso decorrem desequilíbrios legais, pois o sistema, supostamente, harmônico anteriormente existente, passa a ser questionado e a inserção de paradigmas antes inexistentes estampa as falhas daquilo que era considerado como adequado. Agora, o ideal reinante quanto aos deficientes físicos deixa de existir para surgir a vulnerabilidade que se encontrava escondida em profundas águas da incapacidade. A partir de então, não se tratam mais de pessoas desprovidas de validade do ato de vontade, mas, sim, daquelas que possuem a sua autonomia reconhecida e, ao mesmo tempo, também, ressaltada a questão do desequilíbrio no trato das relações sociais.

---

guardião dos direitos fundamentais da pessoa humana, sem o que a justiça não se realizará.” (SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e poder popular: estudos sobre a constituição*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 150-151)

<sup>486</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *Participação e processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1988 p. 128.

Ser qualificado como um indivíduo vulnerável não reflete nenhum posicionamento discriminatório por parte do sistema jurídico. Ao contrário: é o reconhecimento da existência, efetiva de desigualdade dentro do ordenamento, que impõe ao operador do direito o trato dos conflitos que envolvem estas pessoas de forma diferenciada, pois patente a necessidade de inserção de uma tutela protetiva maior. Somente com este pensamento voltado para o reconhecimento do desequilíbrio é que será possível se chegar à igualdade tão almejada.

A limitação atinente a uma pessoa ou a um grupo de pessoas em perfilhar uma relação jurídica em grau de igualdade com a parte *ex adversa* deve ser abordada com bastante cuidado e atenção por aqueles que atuam junto ao Estado, seja em qual esfera for. Tanto no âmbito do Poder Executivo com implementação de políticas públicas voltadas para minorar as barreiras sociais, como quanto ao Poder Legislativo, na elaboração de legislação atenta às necessidades desse grupo social, e o Poder Judiciário com a adoção de perspectivas hermenêuticas que reconheçam a vulnerabilidade destes indivíduos, devem valorizar a atenção a estes grupos sociais. A postura de signatário da convenção internacional faz com que o Brasil não possa mais se afastar de uma política inclusiva do deficiente físico.

Restringindo a abordagem ao aspecto do Poder Judiciário, o acesso à justiça é alcançado na medida em que, sob sua perspectiva ampla, inclui ao Estado-Juiz a necessidade de um trato mais pormenorizado, analisando o caso prático e com a percepção das peculiaridades a eles inerentes. Terá o magistrado, sob o manto da garantia ampliada, o dever de abordar a situação fática de forma cirúrgica e não mais sob uma perspectiva genérica como lhe era imposta pela atuação da lei em abstrato. A busca pelo primado da decisão justa é o ponto de apoio para assegurar essa perspectiva.

A hipótese de vulnerabilidade, portanto, transcende à questão meramente econômica para alcançar parâmetros de cunhos pessoais ou mesmo culturais. É verdade que a perspectiva monetária tem interferência no reconhecimento da vulnerabilidade, porém, ela ultrapassa a sua análise restrita, pois refletirá na restrição que cada ser humano tem em adquirir plena consciência diante de suas próprias limitações, o que poderia resultar em decisões prejudiciais tanto para si quanto para a comunidade que o cerca.

Com o reconhecimento da vulnerabilidade dos indivíduos, a questão do trato do acesso à justiça ganha contornos com matizes muito mais efetivos do que aquelas anteriormente existentes. Isso porque não basta apenas, como dito, assegurar o mero ingresso ao Poder Judiciário. Também

não será suficiente manter um processo célere, cujo resultado seja apresentado ao cidadão ao final de um curso de tempo reduzido. Percebe-se que esse tema recebe nova roupagem na medida em que exige do julgador uma atitude muito mais ativa do que aquela outrora exigida por parte daquele que se dispõe a preencher o complexo ideal de justiça<sup>487</sup>.

Identificado ponto de desequilíbrio fático, deve, então, o magistrado adotar mecanismos de atuação para realinhar a relação processual, e, por que não, material entre os envolvidos. Não se trata de uma quebra da imparcialidade por parte do julgador, mas, sim, da busca pela manutenção do equilíbrio daquela relação a ele apresentada. O magistrado não agirá de forma aleatória e sob o manto de suas próprias vontades, mas, sim, balizado em parâmetros principiológicos, dentre os quais cabe a exigência de decisão fundamentada sob parâmetros jurídicos pré-estabelecidos.

Isso implica dizer que, ao contrário do que se pode pensar num primeiro momento, não terá o magistrado a liberdade de fazer o que bem entender diante de uma relação processual. Não se pode esquecer que, antes de mais nada, ele terá sobre seus ombros o dever de fundamentar sua decisão. Neste ponto já há uma grande limitação perante o ato de decidir, pois, com a apresentação de fundamentos reais para validar sua decisão, a vontade do julgador deixa de ser uma opção, já que, para ele, caberá, apenas a estrutura do ordenamento para chancelar a postura adotada. Além disso, ao expor sua forma de pensar e maneira como se adequa ao sistema jurídico como um todo, o juiz exporá seu opinativo para toda sociedade, podendo sofrer, caso não seja uma postura compatível com o que se espera, reforma por parte do órgão superior em toda sua decisão ou sua sentença.

Dito isto, cumpre esclarecer, também, que a mera reprodução da legislação não significa, atualmente, o cumprimento efetivo do princípio do acesso à justiça. De nada adiantaria

---

<sup>487</sup> A linha de raciocínio que ora se apresenta volta-se contra a teoria utilitarista desenvolvida por Bentham que buscava a proeminência da felicidade de todos. Para este autor, aquilo considerado como certo de ser praticado estava envolvido na utilidade que, por sua vez, seria todo ato que trouxesse felicidade. Quanto maior o seu alcance, mais adequado seria a sua conduta. Apesar de parecer uma teoria atrativa, concorda-se com o pensamento apresentado por Michael J. Sandel, para quem: “A vulnerabilidade mais flagrante do utilitarismo, muitos argumental, é que ele não consegue respeitar os direitos individuais. Ao considerar apenas a soma das satisfações, pode ser muito cruel com o indivíduo isolado. Para o utilitarista, os indivíduos têm importância, mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais.” (SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 12 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 51) Portanto, toda a tese desenvolvida na questão do acesso à justiça no presente trabalho se posiciona em sentido contrário ao pensamento utilitarista, pois o que se defende é a real necessidade de intervenção do magistrado perante um situação fática específica no intuito de defender interesses de minorias, pois somente assim estaria fortalecendo o princípio da dignidade da pessoa humana.

assegurar o exercício do direito de petição e a finalização célere do processo, sem que, no seu curso, houvesse a correção de desequilíbrios existentes entre as partes, garantindo um processamento adequado e, realmente, igualitário entre os polos ali presentes. Aliás, essa necessidade de implementação de uma nova linha de entendimento quanto à função do magistrado no curso do processo, já foi percebida pela própria legislação infraconstitucional.

É exatamente neste ponto que viável se apresenta a teoria do *contra non valentem*. Apesar de inexistir em textos legais, há o reconhecimento da sua importância na medida em que o magistrado, quando da sua utilização, procurará a tutela do indivíduo como elemento fundante da relação jurídica. Há uma maior amplitude quanto à liberdade de atuação se comparado com parâmetros anteriores, na medida em que, como dito, todos os esforços devem ser guiados para a chancela do princípio da dignidade da pessoa humana.

#### 6.8 UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA ACERCA DA ATIVIDADE JURISDICIONAL: A COMPATIBILIDADE ENTRE A TEORIA DO *CONTRA NON VALENTEM* E O ACESSO AMPLO À JUSTIÇA

Desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988<sup>488</sup>, o Processo Civil vem experimentando alterações contínuas, ainda que pontuais, em sua formatação. Conforme já mencionado no corpo do presente trabalho, o grande marco inicial de alteração deste entendimento veio com a mudança da perspectiva exercida pelo magistrado que se resumia à prática da atividade de subsunção legal.

Com isso, princípios como o da fungibilidade passaram a funcionar no ordenamento como uma tábua de salvação para um processo mais moderno e dinâmico. O juiz ganha poderes e sua atuação se perfaz de contornos muito mais efetivos do que aqueles outrora existentes. O foco no atendimento aos interesses da sociedade não pode ser mote utilizado para o tratamento

---

<sup>488</sup> Antes mesmo da entrada em vigor da Constituição Federal, Sálvio de Figueiredo Teixeira já defendia a necessidade de intervenção maior por parte do magistrado nos processos judiciais. Segundo mencionava o autor “dotado hoje o conceito de que a finalidade do processo não é a proteção pura e simples dos direitos subjetivos, mas, sobretudo a atuação do direito objetivo, não mais se admitindo o juiz inerte e passivo, a ampliação desses poderes se torna pressuposto fundamental à realização das atividades judicantes, merecendo registro a lição de Sebastião de Souza de que a mesma, no tocante à direção do processo, não é característica do inquisitorialismo, nem do processo dispositivo, mas sim da natureza das funções do juiz (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O juiz em face do Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 225)

genérico de situações cuja peculiaridade salte aos olhos<sup>489</sup>. O trabalho do magistrado, na garantia do efetivo acesso amplo à justiça, deve ser uma tarefa a ser realizada com um acuro muito maior do que aquele que lhe era imposto aos seus antecedentes<sup>490</sup>.

Especificamente no que se refere ao acesso à justiça, a Constituição Federal assegurou-lhe tratamento específico, expondo-o no âmbito dos direitos fundamentais, na medida em que afirma o legislador constituinte, no inciso XXXV, do seu art. 5º, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Partindo-se da abordagem direta do mencionado dispositivo, percebe-se que resta ali estampado a impossibilidade de limitação por parte do Estado do ingresso ao Poder Judiciário diante de uma lesão, ou meramente uma ameaça a direito.

Desta forma, busca o texto constitucional evitar tratamentos diferenciados que poderiam ser concedidos aos cidadãos na busca pela sua tutela preventiva ou reparatória, como ocorreu durante muitas décadas a partir do nascimento do país com o trabalho escravo. Tanto faz se o direito ofendido é individual ou coletivo, o fato é que o sujeito passivo do ato terá para si o direito de acesso ao Estado-Juiz em detrimento ao exercício da autotutela.

Porém, garantir o ingresso ao Poder Judiciário, sem que isso resulte numa resposta por parte do Estado-Juiz de nada adiantaria, pois, apenas, traria a mesma insegurança social para os casos de inexistência plena de um órgão julgador. Implica, portanto, reconhecer a maior extensão do alcance dos efeitos decorrentes deste princípio, pois para muito além do ingresso, o acesso à justiça deverá ser adjetivado com a expressão “efetivo” ou “amplo”, já que cumpre ao Estado manter uma prestação jurisdicional com contornos de celeridade, adequação da resposta ao problema que lhe é apresentado, efetividade do resultado e manutenção da integridade do resultado alcançado, com o estabelecimento da coisa julgada de forma firme e inconteste.

O que se busca com o acesso à justiça é uma prestação jurisdicional adequada aos interesses sociais. Estes, por sua vez, por muito tempo permaneceram restritos ao atendimento do quanto

---

<sup>489</sup> Concorde-se com o entendimento de João Batista Lopes quando afirma que: “não quer esse ilustre autor a supressão da regra de que às partes incumbe deduzir suas alegações e demonstrar a veracidade dos fatos relatados. Defende, apenas, a possibilidade do juiz auxiliar, assistir, orientar as partes nessa tarefa, a fim de evitar que, por erro ou omissão do advogado, venham elas a sofrer injusto prejuízo em seus direitos.” (LOPES, João Batista. *Os poderes do juiz com o aprimoramento da prestação jurisdicional*. In: *Revista de Processo*. vol. 35 São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 36

<sup>490</sup> Ainda com base no entendimento de João Batista Lopes, destaca-se que: “as objeções ao fortalecimento dos poderes do juiz só encontram explicação entre os que não desejam a autonomia do Poder Judiciário ou ignoram que esses poderes, em última análise, beneficiarão a própria coletividade” (Ibidem, p. 28)

se encontra legalmente estabelecido, o que, nos dias atuais, não pode ser visto neste sentido, em face da maior complexidade das relações sociais e do necessário atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana. Apenas exercer o direito de petição é pouco para um princípio de tamanha importância quanto ao que se discorre nos presentes comentários.

A horizontalidade de sua análise restringiria uma correta abordagem do efetivo conteúdo inserto no acesso à justiça. Uma tutela jurisdicional cuja resposta se revista de forma inadequada para uma determinada situação apresentada, resulta a similitude da ausência de cumprimento do dever que o Estado agregou para si, qual seja: o monopólio da jurisdição. Aliás, antes que se pense em uma negativa da afirmação anterior, insiste-se que ao se utilizar a adjetivação de inadequada à tutela jurisdicional, não se vincula a procedência ou improcedência do pedido, mas, sim, a um processamento em que o resultado conferido ao final – seja ele qual for – se torna ineficaz, ou pela aplicação dos princípios e normas de forma divergente aos anseios sociais, ou pela morosidade na prestação jurisdicional, ou pela limitação quanto à sua efetivação ou, por fim, no que se refere à instabilidade quanto à consolidação do resultado final alcançado pelo processo judicial.

Diante da complexidade que reveste o acesso à justiça, não se pode se dar por satisfeito diante da análise restrita à impossibilidade de limitação do acesso. Afirma-se que ele alcança uma realidade muito mais genérica, espalhando-se perante um conjunto de direitos e garantias constitucionalmente previstos e que restam identificados como os princípios constitucionais do processo. “É no conjunto desses princípios se encontra a garantia do acesso à justiça. Nesse sentido pode mesmo ser visto como uma meta princípio constitucional”.<sup>491</sup>

### **6.8.1 A queda do “mito” da neutralidade**

Apesar da necessária intervenção mais incidente sobre o curso do processo, a postura ativa do magistrado ainda é vista por muitos como um comportamento inadequado. Diversos são os motivos apresentados e deles decorrem justificativas como a impossibilidade do julgador legislar sobre determinado assunto, à necessidade de se evitar discricionariedade do magistrado,

---

<sup>491</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei; SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; SOUZA, Maria Carolina Rosa. A possibilidade de concessão do ofício da tutela antecipada fundada no direito fundamental de acesso à justiça. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.223, ano 38, set. 2013, p.173-193

pois, sua manutenção resultaria no não reconhecimento da vontade do povo que, por sua vez, estaria expressa na legislação.

Mesmo diante de toda resistência, não se pode negar que o julgador deve ser chamado, sim, a participar, mais de perto, da realidade que lhe é apresentada. O juiz, como um membro da sociedade, conhece sua realidade e por nela viver cotidianamente. A ideia de neutralidade foge de uma existência real, permanecendo, apenas no mundo imaginário do campo doutrinário, já que, exigir um magistrado neutro, seria o mesmo de que impor a ele o afastamento completo do mundo que o cerca.

A queda do mito da neutralidade<sup>492</sup>, por sua vez, em nada alcança o pilar da imparcialidade<sup>493</sup>. Este último é um dever que se vincula ao julgador de forma permanente no exercício da sua atividade profissional. Ser imparcial, não se quer dizer ser isento da realidade que está à sua volta, mas sim resulta na capacidade de proferir uma sentença afastando-se dos seus interesses particulares para alcançar o que os princípios jurídicos implementam na busca pela valorização do princípio máximo da dignidade da pessoa humana.

Sendo o indivíduo o foco central do Estado, a manutenção do juiz como um mero expectador do curso do processo poderá resultar em incompatibilidades diretas com o quanto estabelecido como primado pelo ordenamento pátrio. De fato, apesar das fortes palavras utilizadas, concorda-se com o entendimento geral apresentado por Cândido Rangel Dinamarco quando afirma que “o juiz precisa estar perenemente lembrado de seu solene e patético compromisso com a justiça”<sup>494</sup> Diante disso, afirma Siney Amendoeira Jr.<sup>495</sup> que o ativismo judicial tem como base justificadora a necessidade de participação do magistrado de forma mais direta no processo civil com o fito de proteção da própria tutela jurisdicional, alcançando não apenas o trâmite

---

<sup>492</sup> Marcelo Abelha Rodrigues salienta que no processo civil brasileiro, o que vigora é o princípio da verdade real quanto à formação da convicção do magistrado, o que, sem dúvidas, configura como elemento que restringe a ideia de neutralidade absoluta por parte do magistrado, na medida em que exige que haja interação com o meio social para que se perceba a verdade realmente existente. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*, v. 1, 6 ed. São Paulo: Grupo Gen, 2016, p. 74)

<sup>493</sup> Para Cândido Rangel Dinamarco, quanto ao juiz moderno, “so se lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 196)

<sup>494</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Escopos políticos do processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 188

<sup>495</sup> AMENDOEIRA JR. Sidnei. *Fungibilidade de meios*. In: CAMONA, Carlos Alberto (coord). *Coleção Atlas de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 91

processual propriamente dito, mas também a realização do direito material através da prolação de uma decisão.

Surge, então, uma perspectiva segundo a qual deve o juiz moderno não apenas figurar como sujeito capaz de dizer o que está na lei, mas, sim, como sujeito hábil a transformar a realidade, pois gerador de alterações concretas. Em outras palavras, o que se busca é um órgão jurisdicional contaminado pela busca do resultado justo, com a realização dos direitos e dos deveres assegurados no universo principiológico, ainda que, para isso se ultrapasse a norma legal concreta.

Ao magistrado cumpre a missão de julgar toda e qualquer demanda que lhe seja apresentada por qualquer pessoa – seja ela física ou jurídica. Submetido ao princípio do *non liquet* o julgador terá por obrigação institucional processar os feitos e apresentar um resultado para a questão apresentadas – seja provendo ou improvendo – valorando, assim, o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, ou do acesso à justiça. Este princípio, por sua vez, é uma realidade já existente no direito brasileiro, reforçada pela Constituição Federal de 1988<sup>496</sup>.

A escola dogmática formalista não mais possui tanto atrativo como em tempos anteriores e o reconhecimento do fenômeno jurídico como algo cujo nascedouro está inserido exclusivamente na norma, cede seu lugar para o entendimento onde o que se busca, na realidade, não é apenas a viabilização de caminho para ingresso à Justiça. Exige-se muito mais na medida em que o que se busca é a qualidade e efetivação desta prestação jurisdicional com a real valorização do ser humano, como consequência da ativação do princípio máximo da dignidade da pessoa humana.

A transformação, portanto, conduz ao entendimento segundo o qual o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional deve ser visto sob o ângulo da instrumentalidade do processo, ou seja, com o foco no resultado fático que a decisão prolatada pelo julgador poderá ocasionar no âmbito existencial do jurisdicionado. Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia afirmam que para que haja a real confiança na atividade do Poder Judiciário, a simples preocupação pelo seu ingresso não resultará no desestímulo à prática de atos ilícitos, pois o que

---

<sup>496</sup> Promulgada após o período de exceção da ditadura militar, a Constituição Federal de 1988 apresentou em seu texto o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional no inciso XXXV DO ART. 5. Ocorre que este não é um princípio novo no ordenamento, pois já previsto desde a Carta Magna de 1946 de forma expressa.



se busca, realmente, é a atuação útil do Estado-Juiz, incidindo-se, inclusive, neste caso, com a atuação de ofício por parte do magistrado.<sup>497</sup>

Seguindo este caminho, Cândido Rangel Dinamarco é claro ao afirmar que, quando desprovido do ideal de justiça, a eliminação dos litígios de nada adiantará, pois seria equiparada às arbitrariedades perpetradas por regimes autoritários e que “em vez de apagar os estados anímicos de insatisfação, acabaria por acumular decepções definitivas no seio da sociedade”<sup>498</sup>. Extrai-se, portanto, que a nova perspectiva do acesso à justiça se faz diante da concretude dos seus efeitos, ou seja, o conceito da inafastabilidade da prestação jurisdicional ultrapassa o mero acesso propriamente dito, para repousar no resultado efetivo da atividade do julgador.<sup>499</sup> Não por outro motivo que Kazuo Watanabe, ao comentar o tema, sustenta que se tem entendido “que o texto constitucional, em sua essência assegura “uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça”, abrangente tanto nas situações processuais como das substanciais”.<sup>500</sup>

### 6.8.2 A busca pelo justo exige maiores poderes instrutórios

Na realidade, nos dias atuais, o magistrado possui poderes instrutórios muito maiores do que aqueles conferidos aos seus antepassados<sup>501</sup>. No curso do processo, poderá determinar a

<sup>497</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Sobre coerção, autoridade e efetividade do processo*. In TESHEINER, José Maria da Rosa (Coord.); MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. *Instrumentos de Coerção e Outros Temas de Direito Processual Civil – Estudos em Homenagem aos 25 anos de Docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 391

<sup>498</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 359/360.

<sup>499</sup> Para João Batista Lopes, “ainda que dilargadamente adotada, a meta da ordem jurídica justa não está a depender apenas do processo. Se é bem verdade que o processo serve de trilha à aplicação do direito, e neste sentido o processo pode ser considerado o criador do liame entre aquele que teve um direito violado e a solução dessa violação, também é verdadeiro que a ordem jurídica, para que seja justa, está a depender do próprio conteúdo do que foi legislado, do que foi erigido à condição da lei em determinada nação, mormente porque o processo “não pode converte-se em instrumento de alteração da ordem jurídica” (LOPES, João Batista. *A tutela antecipada no processo civil brasileiro*. P. 28 e ss)

<sup>500</sup> WATANABE, KAZUO. *Da Cognição no processo civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29

<sup>501</sup> Sobre o tema, Araken de Assis afirma que: A atividade do juiz no processo contemporâneo alterou-se radicalmente. Em vez da subsunção, da aplicação de normas de conteúdo semântico (supostamente) rígido, tarefa não isenta de dificuldades na seleção e na interpretação da norma – que não significa, entretanto, renegar a legalidade, pois este é um dos fundamentos do Estado, mas extrair-lhe todos os consectários – sobreveio-lhe a difícil empreitada da concreção ou concretização. Entende-se por tal a aplicação de normas semanticamente flexíveis, em cuja interpretação e influência dos valores é fundamental.

A visão retrospectiva das alegações de fato (domínio exclusivo das partes) perante qual o órgão judicial coadjuvado pelos litigantes, promove a reconstrução histórica de evento ocorrido no passado, apurando-se a veracidade das afirmações feitas nos atos postulatórios principais, ficou superada. Bens jurídicos de valor transcendente exigem atitude distinta do órgão judicial. Ao juiz incumbirá especular sobre o futuro, adotando visão prospectiva, regulando o futuro na medida do humanamente possível. E sem bulir com o totalitarismo de esquerda ou de direita na pregação em prol do desaparecimento dos direitos subjetivos. Cuida-se, sobretudo, de concretizar os direitos

produção de provas, desde que haja real necessidade quanto à sua necessidade para deslinde das causas. Contudo, apesar dessa evolução incontestada, a atividade de ofício do magistrado ainda é limitada para causas, em geral, reconhecidas como sendo de ordem pública, que, diante da doutrina processual, resumem-se às condições da ação e pressupostos processuais.

A preocupação com a redução da hipótese configuradoras de matéria de “ordem pública” se dá em razão da preocupação com a manutenção do equilíbrio entre as partes e da imparcialidade do magistrado. Esse pensamento resulta, necessariamente, da percepção de um processo voltado exclusivamente para os interesses exclusivamente das partes. Ocorre que, nos dias atuais, o processo não é mais observado apenas no âmbito pessoal, posto que se experimenta a publicização do direito processual civil.

Não há que se falar em quebra da imparcialidade do magistrado, mas, sim, na necessidade de concretização de uma verdade real, cujo estímulo a eventuais intervenções de ofício por parte do julgador se fazem necessárias para o esclarecimento de verdades fáticas. Talvez para alguns possa parecer exagerado, mas acredita-se que a atuação mais incisiva por parte do Julgador no curso da demanda, pela busca da efetivação do ideal de justiça, pode ser observada como uma exigência do princípio constitucional do contraditório<sup>502</sup>, na medida em que a tutela do justo seria ressaltada, e, com isso, haveria a aplicação dos princípios constitucionais de forma mais próxima àquela considerada como desejada pela sociedade.<sup>503</sup> “A verdade é que não se pode

---

fundamentais na realidade social, evitando atuação messiânica, materializada na aplicação pela pessoa investida na função judicante dos seus próprios valores e aspirações em detrimento da Constituição. (ASSIS, Araken. *Processo Civil Brasileiro: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. v. 1 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 277)

<sup>502</sup> Segundo José Roberto Bedaque a “visão moderna e adequada do contraditório, portanto, considera essencial para a sua efetividade a participação ativa, também, do órgão jurisdicional. Tanto quanto as partes, tem o juiz interesse em que sua função atinja determinados objetivos, consistentes nos escopos da jurisdição. Os valores determinantes do modo de ser do juiz na condução da relação processual não são os mesmos vigentes no início do século. [...] Em outras palavras, cabe ao juiz conferir conteúdo substancial, não apenas formal, à igualdade das partes, assumindo a direção material do processo” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e ; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: (questões polêmicas)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p; 14)

<sup>503</sup> Por sua vez, Cândido Rangel Dinamarco sustenta que “compreende-se facilmente, ainda, que sequer essa solene garantia constitucional de legalidade vale por si própria, mas como penhor da observância de algo de maior significado substancial, que é o contraditório processual. O cumprimento do devido processo legal, que legitima os provimentos jurisdicionais, legitima-os justamente porque a experiência mostra ao constituinte, ao legislador e a todos, que a observância dessas regras é o caminho mais seguro para a efetividade do contraditório. É indispensável todo o sistema de informes às partes sobre os atos processuais do juiz, dos seus auxiliares e da parte contrária. É indispensável que a esses atos e provimentos possa a parte reagir adequadamente, gerando situações novas, de sua conveniência. É indispensável, também, que entre as partes e o juiz se instale no processo um diálogo construtivo, no sentido de melhor instrução daquele para decidir. Informação mais reação com diálogo -, eis a receita do contraditório, segundo sua moderna conceituação (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 374/375)

mais aceitar o Juiz inerte, de braços cruzados, e que encarava o processo como algo exclusivo das partes”<sup>504</sup>.

Portanto, o um juiz mais ativo é uma realidade necessária. A atuação direta com a participação do magistrado no deslinde do complexo conceito de justiça é fundamental para a garantia do efetivo acesso amplo a justiça. Como dito, não caberá ao julgador atuar da forma como bem entenda. Para isso, há balizas constitucionais, sob pena de prática de atos abusivos e que venham a desequilibrar – de forma indesejada – o processamento do conflito exposto. “A lei impõe ao juiz, entre seus deveres fundamentais no processo, o de participar efetivamente”<sup>505</sup>

#### 6.9 A TEORIA DO *CONTRA NON VALENTEM* E O JUIZ QUE BUSCA A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Um dos grandes entraves para o reconhecimento da teoria do *contra non valentem* no direito brasileiro está na ausência de sua previsão normativa. Acontece que os ditames modernos da relação social e processual reclamam um magistrado muito mais ativo do que aquele estabelecido e rotulado como sendo “a boca da lei”. Para muito além disso, recai sobre os ombros do magistrado a responsabilidade pela prolação de uma decisão justa, sendo esta, não aquela que necessariamente atende aos ditames legais, mas, sim, respeita os princípios constantes no sistema jurídico.

A atividade *ex officio* do magistrado, tradicionalmente, era vista como aquela impressa sobre os direitos qualificados como sendo de “ordem pública”. No presente trabalho, não se pretende construir o seu conceito de forma consolidada, pois fugiria do tema proposto. Porém, partindo-se do elemento básico segundo o qual “ordem pública” são aquelas normas que designam comportamentos voltados ao interesse da coletividade, pode-se lembrar, à título exemplificativo, a sua existência nas disposições legislativas referentes ao direito do consumidor, haja vista sua necessária proteção em face de práticas perpetradas pelo fornecedor e qualificadas como abusivas, em face da identificação da vulnerabilidade daquele em face

---

<sup>504</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Juiz e o princípio do contraditório*. Revista de Processo n° 73. São Paulo: RT, jan. 1994, p. 8

<sup>505</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. vol. II. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 131

deste<sup>506</sup>.

Apesar da citação exemplificativa do direito consumerista, é possível encontrar disposições com a rotulação de “ordem pública” nos mais diversos ramos do direito, até mesmo porque o foco central da seara jurídica é a manutenção da ordem e paz social, o que impõe a existência de normas com regulamentação diferenciada, cuja flexibilização e disposição por parte dos indivíduos resta relevada a um plano subsidiário. Arruda Alvim afirma que as normas assim qualificadas, necessariamente incidem sobre o caso concreto, pois desde que verificadas suas hipóteses e pressupostos configuradores, não há de se cogitar acerca da vontade dos interessados quanto à sua incidência, ou não, já que são irrelevantes<sup>507</sup>.

Os interesses espelhados em normas rotuladas de “ordem pública”, ultrapassam a vontade meramente individual das partes, já que o interesse público se sobrepõe à vontade singular do sujeito<sup>508</sup>. Isso implica dizer que o interesse público é movido por interesses gerais que imprimem a necessidade de disciplina normativa própria e inflexível à vontade das partes de forma singular<sup>509</sup>. Incumbe ao magistrado, portanto, reconhecer, de ofício, as denominadas matérias de ordem pública, sejam elas processuais ou materiais<sup>510</sup>.

---

<sup>506</sup> Mais uma vez, suscita-se o entendimento de Araken de Assis: “a mudança no ofício do juiz não se limita ao julgamento do mérito. Também as regras processuais usam e abusam de conceitos juridicamente indeterminados, movidas pela necessidade de instituir uma nova ordem processual, mais realista, econômica e eficiente, e nesse sentido a aplicação das leis do processo adquiriu impulso incontrolável e descontrolado. [...] A concretização do programa constitucional, tanto em relação aos direitos individuais, homogêneos ou não, quanto no tocante aos direitos transindividuais, necessita de ambiente processual propício para atingi seus elevados objetivos políticos, em que os interesses contrastantes e divergentes expressem-se com maior liberalidade e menor tutela estatal.” (ASSIS, Araken. *Processo Civil Brasileiro: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. v. 1 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 278)

<sup>507</sup> ALVIM, José Manuel Arruda. *Manual de Direito processual civil*. 14 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 109

<sup>508</sup> Para Miguel Reale, “toda regra jurídica, além de eficácia e validade, deve ter um fundamento. O direito, consoante outra lição de Stammler, deve ser, sempre, “uma tentativa de direito justo”, por visar a realização de valores, ou fins essenciais ao homem e à coletividade. O fundamento é valor ou fim objetivado pela regra de direito. É a razão de ser da norma, ou a *ratio juris*. Impossível é conceber-se uma regra jurídica desvinculada da finalidade que legitima sua vigência e eficácia” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 115)

<sup>509</sup> Segundo Cândido Rangel Dinamarco: “Não é possível traçar conceitos muito rígidos ou critério apriorísticos bem nítidos para a distinção entre umas e outras (normas processuais de ordem pública e aquelas não que não o são). Como critério geral, são de ordem pública as normas processuais destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição (que é uma função pública, expressão do poder estatal), sem a atenção centrada no modo direto ou primário nos interesses das partes conflitantes. Não o são aquelas que têm em conta os interesses das partes em primeiro plano, sendo relativamente indiferente ao correto exercício da jurisdição a submissão destas ou eventual disposição que venham a fazer sem sentido diferente” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 69)

<sup>510</sup> Em atenção aos ensinamentos de Clóvis Beviláqua, no que se referem às matérias de ordem pública, “umas vezes, referem-se às bases econômicas ou políticas da vida social, como as de organização da propriedade, e as constitucionais; outras vezes, são protetoras do indivíduo, no grêmio social, como as de capacidade; outras, sancionam os direitos, quer do indivíduo, quer da sociedade, como as penais e as processuais; ainda outras têm o

Quando se fala de norma de cunho processual, de ordem pública, não está se referindo à causa de pedir, ou seja, ninguém aciona o Poder Judiciário para busca uma tutela de direito com base numa norma processual, que tem como fito, apenas regularizar o trâmite processual. Diz-se, então, que as normas processuais não estão relacionadas à denominada *causa petendi* da demanda, posto que composta por fatos e normas materiais que adotam regramentos relacionados com o caso prático.

Dividida em causa de pedir próxima e remota, sabe-se que esta última é de exclusividade dos litigantes o que implica dizer que é proibido ao magistrado conhecer de ofício matérias que não se vinculem à causa de pedir remota, pois resultaria no afastamento da delimitação do conteúdo apresentado ao Poder Judiciário pelos litigantes, ferindo-se, assim o princípio do dispositivo. Nesta linha de raciocínio, não há como negar que são as partes que devem determinar o objeto constante no processo.

Isso, porém não quer dizer que resta vedado ao magistrado o conhecimento de ofício de matérias rotuladas como sendo de ordem pública, ainda que de cunho material, quando da fundamentação da sua decisão. Não se trata de alteração dos fatos – causa de pedir remota – vinculados na petição inicial, mas, sim, da possibilidade de modificação da causa de pedir próxima, - geralmente a fundamentação legal – que é de livre disposição do julgador, pois não está ele vinculado ao quanto arguido na peça inicial. José Roberto dos Santos Bedaque<sup>511</sup> sustenta que para esta situação, deve ser aplicada a regra da *iura novit curia*<sup>512</sup>, já que a barreira imposta à atividade do julgador é a matéria fática.

---

caráter de polícia jurídica, sempre que repelem as ofensas aos bons costumes; por fim, uma classe existe, que assume a feição de ordem pública, em razão de se derivar, necessariamente, da essência de um instituto jurídico estabelecido, como a que impõe o dever de convivência dos cônjuges, que é consequência imediata do casamento, segundo compreende a cultura moral de nossos dias.” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2 ed. São Paulo: Servanda, 2015, p. 9)

<sup>511</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: (questões polêmicas)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32)

<sup>512</sup> Destaca-se o seguinte precedente do STJ sobre o tema: **PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. SÚMULA 284/STF. AGRAVO NÃO PROVIDO**. 1. Para que se configure o prequestionamento, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal. Incidência das Súmulas 282/STF e 356/STF. 2. O especial é recurso de fundamentação vinculada, não lhe sendo aplicável a exegese do brocardo *iura novit curia* e, portanto, ao relator, por esforço hermenêutico, não cabe extrair da argumentação qual dispositivo teria sido supostamente contrariado a fim de suprir deficiência da fundamentação recursal, cuja responsabilidade é inteiramente do recorrente. 3. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 959.403/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA

Quando se trata de conflito envolvendo vulneráveis o reconhecimento de ofício por parte do julgador mostra-se muito mais necessário, pois tem o magistrado a missão de regularizar o desequilíbrio existente entre as partes, o que significa dizer que sua atuação deverá ser muito mais incisiva do que aquela perpetrada numa relação puramente civilista, ou seja, num trato onde o conflito é travado entre indivíduos em pé de igualdade. Sendo assim, por exemplo, numa demanda onde o autor busca a nulidade de cláusula por conta de contratação mediante manifestação de vontade viciada, percebendo a ocorrência de cláusula qualificada como abusiva, poderá o magistrado reconhecer a sua nulidade, sem que seja provocado para tanto, com base no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.<sup>513</sup>

Apesar do reconhecimento da nulidade ter como fundamento elemento outro que não aquele apresentado pela parte, por se tratar de matéria de ordem pública inserta no âmbito do direito do consumidor, a abusividade poderia ser reconhecida de plano. Vedado seria ao magistrado se posicionar desta forma se inexistisse qualquer apontamento dos fatos neste sentido, pois, nesta hipótese, o julgador estaria afastando-se dos limites impostos pela matéria que o autor desejou trazer à juízo.<sup>514</sup>

Portanto, o reconhecimento de matérias de ordem pública, no âmbito material, que autoriza o magistrado a fazê-lo de ofício, se perfaz diante da limitação da *causa decidendi*, ou seja, dentro do conteúdo apresentado pelas partes no feito, pois cabe a estes últimos desenhar a matéria que

---

TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 01/12/2016) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 21 fev. 2017)

<sup>513</sup> O STJ, por sua vez, apresenta posicionamento contrário quando se fala em relação contratual envolvendo entidades financeiras. Neste caso, aponta o sodalício que não será possível o reconhecimento *ex officio* de cláusula abusiva, sendo, inclusive, este o entendimento consolidado através do enunciado sumular de nº 381. Afirma o Tribunal Superior que haveria ofensa ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* a revisão *ex officio* de cláusula contratual bancária já que ela não foi objeto do recurso. Efetivamente, diante do que se defende no presente trabalho, este posicionamento do STJ mostra destoante com a tutela do vulnerável, posto que diante de identificação de elemento que traga o desequilíbrio para a relação travada (no caso em questão a abusividade da cláusula, art. 51 do CDC) deverá haver a atuação direta do magistrado, sem que, com isso, se possa falar em ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório, pois a atuação de ofício do julgador em nada se confunde com as garantias constitucionais à parte contrária. Basta que ante do seu reconhecimento, o magistrado abra vista para a parte prejudicada para que se manifeste quanto ao item pontuado pelo Estado-juiz como passível de ser reconhecido sem provocação.

<sup>514</sup> Conforme preleciona Joaquim Felipe Sapadoni, quando se reconhece uma matéria de ofício que não esteja vinculada ao objeto indicado pelas partes como campo de atuação processual – ainda que indiretamente – “não se estará diante de fundamento de julgamento, mas sim de julgamento abrangente de objeto mais amplo do que aquele delimitado pela atividade das partes. Estar-se-á não apenas julgado a lide fixada inicialmente, mas atribuindo-se a uma das partes bem jurídico diverso daquele delimitado pelo autor em sua petição inicial. (SAPADONI, Joaquim Felipe. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo e sua declaração judícia: alguns aspectos recursais*. In: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos*, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 599)

deseja a análise junto ao Poder Judiciário<sup>515</sup>. Ao enfrentar o tema, o Min. Herman Benjamin suscitou, quando do julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1601655/RS que a aplicação do princípio *iura novi curia* não resulta na qualificação da decisão como sendo *extra petita*, posto que, apesar de utilizar fundamentos que não se encontram necessariamente nas peças formuladas pelas partes, tem o magistrado a possibilidade de reconhecer de ofício direito ali presente, visando garantir a prestação judicial efetiva.<sup>516</sup>

O art. 141<sup>517</sup> do Código de Processo Civil, impõe por sobre os ombros do julgador o princípio dispositivo que significa a limitação da atuação do magistrado na sua função judicante. Numa perspectiva exoprocessual, seria a inércia que recai ao magistrado diante da impossibilidade de atuação sem a provocação. Por sua vez, numa perspectiva endoprocessual, não se pode afirmar sobrevalência da inércia processual puramente, mas sim a manutenção da vinculação do juiz com a matéria trazida aos autos. Ou seja, o que se proíbe, na realidade, é que o magistrado se afaste do quanto apresentado pelas partes e as surpreenda com a imposição de postura inesperada, ferindo o princípio constitucional do contraditório. Reconhecer a viabilidade de conferir ao magistrado a possibilidade de atingir as partes com decisão inesperada seria o

---

<sup>515</sup> Este entendimento resta consolidado junto ao STJ, conforme se observa do precedente em destaque: **AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL (CPC/1973). AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXCEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE. MULTA DIÁRIA. EXCESSO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. JULGAMENTO FORA DOS LIMITES DA LIDE. INOCORRÊNCIA. CORRETA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IURA NOVIT CURIA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM O PEDIDO FORMULADO PELO DEMANDADO. REVISÃO DO VALOR DAS ASTREINTES. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DO VALOR ARBITRADO PARA A MULTA DIÁRIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ EXECUTIVIDADE E OCORRÊNCIA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL. SÚMULA 284/STF. AGRAVO DESPROVIDO.** (AgRg no AREsp 842.789/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 19/12/2016) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 30 jun. 2016)

<sup>516</sup> Quando da relatoria do AgInt no Resp. 1601655/RS, o Min. Herman Benjamin deixou expresso que “São inconfundíveis porque possuem natureza jurídica completamente distinta o objeto da lide e os fundamentos jurídicos para a respectiva composição. A decisão somente se caracteriza como *extra petita* quando o órgão judicial decide tema estranho e dissociado do pedido deduzido na demanda. Diversa é a situação em que, para entregar a prestação jurisdicional nos estreitos limites da pretensão deduzida em juízo, a autoridade julgadora, mediante aplicação do princípio *iura novit curia*, se utiliza de fundamentos não necessariamente invocados pelas partes.” (AgInt no REsp 1601655/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 17/10/2016) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 30 jun. 2016)

<sup>517</sup> **Art. 141, Código de Processo Civil.** O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

mesmo que cancelar o sistema processual inquisitorial, posto que desprovida da argumentação bilateral por parte dos litigantes, o que resultaria na prática de atos arbitrários.<sup>518</sup>

Efetivamente, no estágio atual de desenvolvimento do princípio do acesso à justiça, apesar de não ser permitida a inserção no âmbito da questão fática e de sua apuração, não cabe ao órgão julgador permanecer totalmente estático diante do processamento da demanda que lhe é apresentada. A busca pela efetividade da prestação jurisdicional envolve uma atuação mais dinâmica por parte do magistrado, inclusive com a viabilidade da aplicação de teorias como a *contra non valentem* a fim de defender direitos daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade.

Conforme leciona Araken de Assis “o órgão judicial vincula-se materialmente à ordem constitucional. Incumbe a essa pessoa respeitar o pluralismo da sociedade contemporânea”<sup>519</sup>. Isso implica dizer que o julgador não poderá apenas efetivar a mera subsunção da norma, na atividade tradicional de adequação do caso prático à norma abstrata. Para muito além disso, diante do denominado “pluralismo da sociedade” cabe-lhe analisar a situação fática de forma mais pormenorizada do que outrora.

Um passo importante foi dado quando se desvinculou da isonomia formal para mergulhar no âmbito da sua faceta material. Modificou-se profundamente o sistema de direito material pois, houve o reconhecimento de direitos específicos para agrupamentos sociais antes esquecidos pela maioria da coletividade, em face de suas peculiaridades não alcançadas pela norma. Não se trata, efetivamente de um interesse particular propriamente dito, mas, sim de um corpo social que, apesar de minoritário, não deixa de ser alcançado pelo ideal coletivo, na medida em que a própria Carta Magna impõe a formatação de um trato igualitário material para a manutenção da harmonia e paz social.

No que se refere, mais diretamente, do âmbito da vulnerabilidade, não poderá o julgador quedar-se silente ao desequilíbrio a ela inerente. Isso porque, analisando a Constituição de 1988, é possível encontrar no seu corpo nela a imposição do trato diferenciado – e preferencial –

---

<sup>518</sup> Inclusive, para se evitar uma desarrazoada liberdade por parte do juiz, o sistema estabelece, com base no princípio da congruência, contornos estampados em balizas de que caso ultrapassadas resultariam em decisão qualificada como *ultra e extra petita*. Ou seja, há resistência do ordenamento como um todo no reconhecimento de sentenças que ultrapassem os limites impostos pela parte tanto no seu ponto quantitativo, como qualitativo (*ultra e extra petita*, respectivamente)

<sup>519</sup> ASSIS, Araken. *Processo Civil Brasileiro: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. v. 1 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 278



daqueles ali qualificados como “parte mais frágil da relação”. É assim, por exemplo, com o consumidor, com o idoso, com a criança e o adolescente. Para todos estes, o legislador constitucional impôs a obrigação do sistema em articular mecanismos que assegurem a efetivação dos direitos reconhecidos, pois, somente desta forma alcançar-se-á o equilíbrio efetivo diante da desigualdade factual existente.

Como dito anteriormente, diante do desequilíbrio existente na sociedade, cumpre ao Estado adotar mecanismos para manter a equidade material destas relações. No caso, para além da elaboração de políticas públicas e de formatação de legislação cuja hermenêutica resulte do assentamento de postura mais benéfica para uma das partes, caberá, também ao magistrado a adoção de medidas que sigam este mesmo caminho, ainda que, para tanto, necessário se faça a sua atuação de ofício<sup>520</sup>.

Portanto, não se verifica qualquer óbice à atuação mais ativa por parte do magistrado no curso da demanda. Efetivamente, ao adotar dinamicidade como proposta, busca-se cancelar que o mais importante do que o resultado em confluência com a norma, será a busca do resultado cujo conceito de justiça seja alcançado, ainda que, para tanto, a lei deva ser questionada em face de princípios constitucionais<sup>521</sup>. O magistrado omissivo quanto a tutela dos direitos fundamentais é um juiz que se posta de forma inconstitucional, pois descumpre com um de seus deveres, a proteção de tal lastro de direitos, ainda que, para tanto, deva questionar a incidência da norma infraconstitucional.

---

<sup>520</sup> Destaca-se, meramente a título exemplificativo, o seguinte julgado do STJ: **PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM INDENIZAÇÃO. FABRICANTE. ADQUIRENTE. FRETEIRO. HIPOSSUFICIÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. VULNERABILIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO.** - Consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire produto como destinatário final econômico, usufruindo do produto ou do serviço em benefício próprio. - Excepcionalmente, o profissional freteiro, adquirente de caminhão zero quilômetro, que assevera conter defeito, também poderá ser considerado consumidor, quando a vulnerabilidade estiver caracterizada por alguma hipossuficiência quer fática, técnica ou econômica. - Nesta hipótese esta justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a concessão do benefício processual da inversão do ônus da prova. Recurso especial provido. (REsp 1080719/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 17/08/2009) (STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>; acesso em: 30 nov. 2016)

<sup>521</sup> Mais uma vez, faz-se referência aos ensinamentos de Araken de Assis que ressalta que “o processo civil contemporâneo não pode tolerar em matéria de procedimento o juiz espectador (modelo liberal), o juiz ditador (modelo totalitário) e, inclusive, os excessos do juiz diretor (modelo autoritário). A autoridade do órgão julgante nessa extensão inaudita reclama rígidos controles, impedindo-lhe o arbítrio e a prepotência. O juiz garantista respeitará o devido processo, integrado pelas regras abstratas do procedimento, além do contraditório e da motivação obrigatória. A cooperação paritária entre os sujeitos do processo é o único modo constitucionalmente admissível para legitimar as resoluções que sua autoridade permite tomar em desfavor de uma das partes” (ASSIS, Araken. *Processo Civil Brasileiro: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. v. 1 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 291)

De fato, quem busca o Poder Judiciário almejando seu pronunciamento, espera, pelo menos, um julgamento que se amolde ao conceito abstrato de justiça para o conflito posto à mesa e não apenas a apresentação de uma solução meramente processual, afinal diante dos fundamentos da República Federativa do Brasil, reconhecidos no art. 2º, da Carta Magna vigente, há a efetivação da construção de uma sociedade justa, cuja atividade jurisdicional seja guiada com o fito de estabelecer soluções justas para as lides.

#### 6.10 O TEMOR DO ATIVISMO JUDICIAL E O DESESTÍMULO À TEORIA DO *CONTRA NON VALENTEM*

Uma longa estrada se apresenta aos olhos do motorista atento que trafega por ela em seu veículo desbravando novos horizontes que se desenham logo adiante. Em sua frente, além do longo para-brisa que lhe apresenta a novidade do meio que lhe cerca, o cauteloso condutor tem, também, o retrovisor que espelha o que passou, tudo aquilo que já foi enfrentado e deixado para trás. O que passou resta conhecido, pois visto e vivido, o que está à frente, uma incógnita, já que ainda não experimentado. Pode-se voltar e vivenciar novamente, ou buscar novos ares e seguir em frente.

Ao olhar pelo retrovisor, o motorista perceberá que o papel do Poder Judiciário que se apresenta ao longo do caminho que se percorre não é o mesmo visualizado em épocas preteridas. As razões para o caminho podem perpetuar-se ao longo do trajeto - como ocorre com a permanente defesa da igualdade e do acesso à justiça, como forma de manutenção da paz social – mas a forma de alcançá-lo acompanha a mudança do horizonte.

Neste turbilhão de mudanças, uma singela flor ainda permanece intacta. Por mais que se queria alterar com os padrões clássicos de pensar o direito com introdução de elementos “néo” ou “pós”<sup>522</sup>, o fato é que não se pode esquecer que o direito tem como base a manutenção da

---

<sup>522</sup> Segundo Luís Roberto Barroso: “Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o interprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e néo, pósmodernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus. (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>; Acesso em: 20 nov. 2016.)

segurança jurídica. Isso significa dizer que ainda que se desfaçam as amarras que vinculam o ordenamento pátrio ao sistema do *civil law*, não é possível fechar os olhos para certa previsibilidade necessária nas decisões judiciais e que, atualmente, passam a ser garantidas pela leitura e aplicação dos princípios que irradiam todo o sistema sob o manto daquele localizado ao topo da hierarquia das normas, qual seja: a dignidade da pessoa humana.

O destinatário da norma sempre será de forma mediata a pessoa que apresenta o problema ao Estado-Juiz. É ele que busca a tutela jurisdicional em primeiro plano, porém, por detrás desse interesse mediato, há toda a sociedade que busca a eliminação mais célere e ideal desta zona de conflito, para que a paz social volte a reinar. A segurança jurídica sempre almejada é elemento fundamental para realização deste parâmetro, pois assegura que haja o afastamento de comportamentos que vertam para o autoritarismo ou voluntarismo.

Um juiz menos restrito à norma, não significa dizer que será um magistrado menos independente. Ao contrário: poderá ser um julgador mais atento aos anseios sociais e, por conta disso, mais tenaz na busca pela efetivação do preceito complexo de justiça, não a partir da norma positivada e limitada, mas, sim, através dos princípios, sempre se mantendo num patamar evolutivo de conquistas individuais e sociais espelhadas no respeito aos direitos fundamentais.

Esse julgador mais dinâmico e atento ao mundo que o cerca, em detrimento àquele que se resumia a repetir aquilo exposto na lei, representa uma das fissuras provocadas no antigo e, supostamente, harmônico sistema de normas<sup>523</sup>. A partir de decisões prolatadas pelas Cortes

---

<sup>523</sup> Mais uma vez, deve-se destacar os ensinamentos de John Hnery Merryman e Rogélio Perez-Perdomo, pois, segundo os quais: “o estabelecimento de constituições rígidas e a instituição do controle judicial de constitucionalidade das leis em algumas jurisdições da *civil law*, têm, em alguma medida, modificado a imagem tradicional do juiz nestes países. Em algumas destas jurisdições (por exemplo Austrália, Itália, Alemanha, Colômbia, Guatemala e Espanha), cortes constitucionais específicas foram estabelecidas. Estes não são operados por membros regulares do judiciário, foram criados em resposta à tradição da *civil law* segundo a qual os juízes (isto é, os juízes ordinários – os modernos sucessores da *iudex* romanos e dos juízes civis da *jus commune*) não pode ser concedido tamanho poder. Com o estabelecimento destas cortes especiais integradas por juízes indicados de forma atípica, a tradição é, ao menos na forma observada. De fato, somente e uns poucos puristas ligados à tradição da *civil law* sugerem consistir num erro denominar tais tribunais como “cortes” e seus membros como “Juízes”. Como os juízes não podem produzir o direito – a explicação prossegue – e como o poder de declarar leis inválidas é uma forma de processo legislativo, estas autoridades não podem ser consideradas como juízes e suas instituições não podem ser tidas por órgãos judiciais. Mesmo onde, como em algumas nações latino-americanas, o poder do controle judicial de constitucionalidade recai sobre a mais alta corte ordinária, a imagem tradicional do juiz da *civil law* acaba por conter muito do seu poder. A magistratura é uma carreira burocrática; o juiz é um funcionário, um servidor civil; a função judicial é estreita mecânica e desprovida de criatividade.

Está claro, no entanto, que a imagem tradicional do juiz da *civil law* está minguando. Há uma tendência em direção a um aumento de poder e de raio de ação. Em algumas jurisdições que seguem a tradição da *civil law*, um juiz de primeiro grau pode rejeitar a aplicação de uma lei se considerar que a norma é contrária à constituição. Em outras, o juiz pode suspender o processo e remeter a questão a um tribunal constitucional. As ações dos poderes executivo, legislativo e judiciários nacionais podem ser revistas por juízes de novas cortes supranacionais, como a Corte de

Supremas ou Constitucionais de diversos países, percebeu-se que questões que anteriormente aguardavam a edição de normas através do processo legislativo, passaram a ser decididas primordialmente por meio da jurisdição.<sup>524</sup>

Segundo o pensamento de Luís Roberto Barroso, quando se fala em judicialização, significa a imposição de questões de grande repercussão social e política que passam a ser decididas pelo judiciário, ao invés de aguardar o seu trato em legislação construída através do Poder Legislativo ou, excepcionalmente, pelo Poder Executivo. “Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.”<sup>525</sup>

Para o autor, a judicialização, diante do que se entende pelo sistema jurídico brasileiro, decorre diretamente do modelo constitucional utilizado pelo país, afastando-se da questão política necessariamente vinculada ao Ativismo Judicial. Havendo uma norma constitucional que abrange determinada situação factual, a decisão emanada do magistrado é feita diante de uma obrigação que lhe é imposta pelo sistema, sem que haja outra alternativa. Ou seja, havendo permissivo constitucional para que o julgador decida a pretensão que lhe é posta, seja no âmbito subjetivo ou objetivo, o Estado-Juiz terá por obrigação conhecê-lo e, conseqüentemente, decidir a matéria.

---

Justiça da União Européia, a Corte Européia de Direitos Humanos, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Algumas cortes constitucionais, como a alemã, a espanhola, a colombiana e a costa-riquenha gozam de poder e prestígio nacionais comparáveis à Suprema Corte dos Estados Unidos. Na Espanha, Itália e na Colômbia, entre outros países, acadêmicos e a mídia debatem o protagonismo judicial.” (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogélio. *A tradição da Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009, p.67-68)

<sup>524</sup> Luís Roberto Barroso lembra que a partir da Segunda Grande Guerra Mundial as Cortes Supremas se destacaram como protagonistas na solução de casos onde havia grande questões de alcance político em temas considerados como socialmente complexos. Neste sentido: “De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: < [http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>; acesso em: 12 nov. 2016)

<sup>525</sup> *Ibidem*.

Pontos de resistência são apresentados ao reconhecimento da validade do ativismo judicial no direito pátrio. O primeiro deles vem a partir de um elemento objetivo: membros do Poder Judiciário não se qualificam como agentes públicos eleitos pelo povo e, com isso, apesar de buscar a defesa dos interesses sociais, não poderiam reconhecer quais seriam estes interesses diante da inexistência de norma prévia estabelecidora. Apenas com a formação do corpo normativo decorrente de um processo legislativo, onde os representantes do povo manifestam sua vontade em nome daquele, é que haveria o atendimento ao quanto esperado pela sociedade. Caberia aos julgadores, apenas, uma espécie de “ajuste” comportamental, pois sua atuação ocorreria, unicamente, quando houvesse infração à lei.

Ocorre que, os julgadores, ao aplicarem as regras constantes tanto em âmbito constitucional quanto numa perspectiva infra, estão atendendo ao desejo do povo. Isso porque, ao invés de afirmar que adentram no âmbito da produção normativa, eles estão a concretizar o alcance de normas de conceitos indeterminados, ou expressões abertas. A partir do rompimento do ideal de perfeição agregado à Codificação, percebeu-se que a manutenção de normas de conceito determinado e rígido acabariam por se romper com facilidade diante da evolução social constante e cada vez mais célere. Diante deste fato, não há mais como sustentar a atividade puramente mecânica por parte dos julgadores, até mesmo porque, a sua manutenção nesta toada resultaria na inaplicabilidade das atuais normas ante fluidez conceitual atualmente adotada, o que impõe a necessidade de procedimento criativo por parte do julgador.

Não é possível, por exemplo, encontrar tipificação conceitual para expressões como “boa-fé”, “Privacidade”, ou mesmo “dignidade da pessoa humana”. Caberá ao magistrado, de acordo com o caso prático, identificar elementos que conduzam à sua percepção, sem que, com isso, engesse as possibilidades de sua incidência. A adaptabilidade é a característica mais evidente desta, o que significa dizer que a atuação judicial, sem sombra de dúvidas, ganha contornos muito mais criativos do que aquela outrora praticada.

A foco central sempre será a tutela dos direitos fundamentais que, por sua vez, estão estampados na Constituição Federal. Portanto, de uma forma ou de outra, caberá ao judiciário a defesa do interesse expresso na carta magna, ainda que, em seu âmbito infraconstitucional haja normas promulgadas pela maioria dos parlamentares em sentido diverso. Exemplificando-se, não poderia o Poder Legislativo aprovar e o Executivo sancionar lei que imponha às mulheres a obrigação de entregar suas remunerações salariais aos homens – maridos, irmãos, pais ou filhos, na ausência um do outro. Apesar de ter sido votado e aprovado por representantes do povo, tal

lei fere frontalmente o princípio da isonomia, direito qualificado como fundamental pelo legislador constitucional e assim estampado no Diploma máximo.

Caberá aos julgadores, e, na ponta final, ao Supremo Tribunal Federal o papel de assegurar as regras da democracia vigente no país, aliando-se a manutenção da integridade dos direitos fundamentais, desvinculado de interesses políticos e religiosos e amarrado à princípios protetores da pessoa diante da sustentação de sua condição de garantidora do princípio solar da dignidade da pessoa humana.

Ativismo judicial não significa dizer que o Poder Judiciário será visto com um conteúdo politizado na sua perspectiva liberal e autônoma de vontade. Não poderá o magistrado adotar em seus julgados comportamentos que partam exclusivamente de sua perspectiva opinativa, sem que isso seja justificado a partir de elementos principiológicos insertos no ordenamento. Seria inocente demais entender que o magistrado figura como elemento neutro diante da própria sociedade em que vive. Isso não seria possível no mundo real, mas apenas na fantasia de uma doutrina imersa num plano existencial inalcançável.

#### 6.11 A TEORIA DO *CONTRA NON VALENTEM* COMO MECANISMOS DE TUTELA GARANTIDORA DO AMPLO ACESSO À JUSTIÇA DO VULNERÁVEL

No direito brasileiro, a maioria da doutrina segue a linha de entendimento segundo a qual não é possível se falar em causas influenciadoras do prazo prescricional desprovidas de previsão legal antecedente. Essa tendência afasta, de pronto a adoção da teoria do *contra non valentem non agere praescripto*, sendo considerada, portanto, como não vigente no direito brasileiro. Somente com previsão legal é que seria possível se falar em interferência no curso da prescrição.

Com a introdução no ordenamento do quanto previsto na Lei 13.146/2015, o sistema de incapacidades experimentou grandes alterações, o que refletiu diretamente em uma hipótese de impedimento/suspensão da prescrição. Não se trata, como mencionado, de interferência no texto, mas, sim de amplitude de sua atuação. A manutenção do entendimento clássico limitador vinculado ao inafastável cumprimento legal, resultará na demonstração de que o legislador não se preocupa com o indivíduo como um todo, mas, sim, que sua previsão normativa está restritamente vinculada a uma perspectiva de mera política legislativa, quando, na realidade,

deveria debruçar-se, inquestionavelmente, sobre situações em que haja a demonstração da impossibilidade de acionar, por fato não vinculado à vontade do sujeito.

A linha de entendimento a ser seguida a partir de então deve tangenciar no sentido do reconhecimento da aplicabilidade da teoria do *contra non valentem* no direito brasileiro, ainda que desprovido de normas explícitas neste sentido. De fato, a sociedade imprime situações em que a restrição à hipótese abstrata na lei conduzirá a um caminho de descumprimento dos princípios mais basilares do direito brasileiro, posto que deixará o vulnerável em situação de desvantagem perante o seu semelhante, não lhe assegurando o acesso amplo à justiça, na medida em que sua pretensão será desconsiderada por conda de impossibilidade de exercício dentro do prazo prescricional por causa não imputável à sua vontade.

Com as alterações apresentadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência surge um horizonte de fracasso quanto à forma de abordagem da influência no curso do prazo prescricional, e isso pode ser explicado a partir de elementos como a questão da ausência de espaço para uma análise mais pessoal das causas impeditivas, o que afeta diretamente na aplicação desta teoria.

### **6.11.1 A inserção da teoria do *contra non valentem* e a sua adequação para a questão do impedimento/suspensão da prescrição**

Sustentar o impedimento/suspensão da prescrição a partir do princípio romano do *contra non valentem agere non currit* será seguir o caminho mais certo para o trato do problema em destaque, na medida em que conferirá ao magistrado a abordagem pontual das hipóteses de suspensão da prescrição. Somente desta forma, se garantirá àquele que não conseguir exprimir sua vontade, o tratamento divergente e necessário para o exercício do seu direito, ante a sua condição de vulnerabilidade.

De fato, o tema em análise se refere à uma regra, até o momento, externa ao Código, o que impõe certa flexibilidade argumentativa quanto à estrutura do instituto da interrupção/suspensão da prescrição. Sem dúvidas, um sistema não pode durar sem flexibilidade. A manutenção de uma perspectiva rígida e sem qualquer viabilidade de adaptação sem que haja prévia alteração legislativa resultará na desproteção do interesses de determinadas classes minoritárias. Com isso, busca-se corrigir as falhas legislativas que resultariam na ofensa ao princípio da equidade, resultado das modificações sociais e da sustentação de um sistema

normativo codificado restrito.

O magistrado, liberto da rotulação da “boca da lei” passa a ter maior liberdade para criação e interpretação do complexo normativo como um todo. Em assim sendo, não se trata de algo inconcebível ao direito pátrio, posto que em épocas clássicas – como já mostrado – o direito brasileiro experimentou sua aplicação em hipóteses pontuais, tendo o STF abordado a temática em sua jurisprudência, pelo menos, em dois momentos. Da mesma forma, autores como Serpa Lopes sustentaram a sua viabilidade, o que implica dizer que o afastamento mais rigoroso e a adesão às hipóteses estritamente legais vinculavam-se a interesses eminentemente patrimoniais, o que, nos dias atuais deve ser observado com grande reserva, posto que a tutela da pessoa humana se mostra como o cerne de toda estrutura jurídica.

Aliás, prova da preocupação com o indivíduo e não apenas com a política legislativa está na interpretação que garante a incidência da teoria a *actio nata* nos casos de início da prescrição para hipóteses de indenizatória. Isso significa dizer que apenas quando identificada a ocorrência efetiva do dano é que será possível se falar em fluência do prazo prescricional. A discussão nos tribunais então passa a ser do momento de reconhecimento do dano, o que assegura ao ofendido a justeza do marco de prescrição sobre sua pretensão. Nesta esteira, não há razão, ao que transparece, para continuar a sustentar o afastamento do *contra non valentem agere non currit praescriptio* sobre o prazo de prescrição, sob o singelo argumento de assim estar-se-ia maculando a segurança jurídica.

Inúmeros são os exemplos normativos no sentido de que não é apenas cumprindo os ditames do texto legal que se encontrará a segurança jurídica. Ao magistrado é aceitável o afastamento do quanto determinado no texto de lei, com o fito de atender a princípios existentes no sistema. Trata-se, sem dúvida, não de uma discricionariedade ilimitada, mas de um afastamento lógico e sustentável conferido pelo próprio regime jurídico, na medida em que as amarras do julgador estarão dentro dos limites principiológicos e do interesse maior que é a tutela do ser humano, espelhado no princípio da dignidade da pessoa humana.

As causas constantes no texto legal referem-se a causas específicas, mas que não podem esgotar o sistema como um todo, exatamente, diante da impossibilidade de previsão genérica por parte do legislador. Elas devem somar-se às situações em que o magistrado será defrontado com situações não previstas em texto de lei, mas que são hábeis a causar a impossibilidade de exercício da pretensão por parte do titular do direito, ocorrências estas tidas como de força



maior. Não se quer, com isso, excluir situações, mas somar hipóteses à previsão legal, questões estas que, como mencionado, ficarão à critério da análise específica do julgador em face do caso prático. Em assim sendo, ao titular do direito que se encontra diante de uma impossibilidade material para exercício do seu direito de ação, deve ser aplicada a teoria do *contra non valentem agere non currit praescriptio*, resultando na suspensão ou na impossibilidade do início do fluxo prescricional.

De fato, diante da estrutura codificada, a teoria do *contra non valentem* tem conseqüências notáveis. Isso porque, segundo a perspectiva social e jurídica atualmente existente, ela não pode ser encarada como uma exceção, mas, sim, como um princípio, como algo que deve ser utilizado pelo sistema em busca do atendimento do fim principal.

Caberá ao titular do direito o ônus probatório quanto às causas que justifiquem a restrição ao curso do prazo prescricional, porém, admite-se que quando o conhecimento da causa impeditiva for de tal forma incontestada que se torne condição inquestionável, poderá o magistrado reconhecê-lo *ex officio*, ou seja, independentemente de provocação de qualquer das partes. Garante-se, com isso, o reconhecimento do desequilíbrio estrutural desta relação, face a vulnerabilidade de uma das partes.

Atualmente, a percepção da sociedade plural é uma realidade. Com isso o legislador passou a se preocupar não apenas com a direito das maiorias, mas, também, abriu os olhos para os aspectos voltados para as necessidades pontuais daqueles grupos especiais e antes esquecidos pelo manto da igualdade material. Porém, de nada adianta o reconhecimento dos direitos das minorias se o próprio sistema não adota mecanismos hábeis para a sua efetivação, permitindo, por exemplo, a existência de incongruências sistêmicas na sua execução.

Tão importante quanto o reconhecimento dos direitos em favor dos vulneráveis é a possibilidade de assegurar a eficácia dos mesmos. Caso contrário, todo o avanço legislativo de nada mais seria do que meras declarações políticas, pois isentas de eficácia jurídica. De fato, inúmeras são as atuações legislativa em prol da proteção das pessoas e dos grupos de vulneráveis que existem no âmbito internacional. Tratam-se de declarações que necessitam de efetividade prática dentro dos países signatários para que alcancem o resultado esperado, o que impõe a formação de legislação nacional e, conseqüentemente, a mudança de posicionamento por parte daqueles que atuam diretamente na manutenção do ideal de justiça.

O estabelecimento do ponto de equilíbrio necessário para o deslinde de uma interação social dentro do que se espera vem, exatamente, da postura do Estado-Juiz no reconhecimento de limites, inclusive para o exercício dos direitos assegurados legalmente. Diante disso, apenas a título de exemplo, verifica-se que há a liberdade de expressão garantida pela legislação, porém, a esta devem ser impostas restrições, por exemplo, para se evitar a propagação do ódio a determinados grupos de pessoas.

### **6.11.2 A motivação das decisões e a viabilidade de adoção de mecanismos não previstos expressamente na lei**

Quando se impõe o dever de motivar suas decisões, criam-se limites à liberdade do magistrado. Não poderá ele, portanto, utilizar-se de posturas omissas, ou com fundamentações divergentes das matrizes apresentadas pela rede normativa pátria. Por sua vez, diante da amplitude hermenêutica que caracteriza os princípios, sua atividade criativa encontra-se muito mais liberta do que quando lhe era imposta a atividade mecanizada da subsunção normativa. Exige-se, sim, o emprego de uma argumentação persuasiva e voltada para a racionalidade, legitimando a postura hierárquica imposta do Estado-Juiz.<sup>526</sup>

Como um bravo defensor da Constituição, cabe ao Poder Judiciário fazer valer a tutela dos direitos fundamentais e a manutenção dos valores democráticos, nem que, para isso, imponha suas decisões perante os outros poderes que compõem o Estado. Nestes casos, não se trata de uma postura antidemocrática, mas, sim, do atendimento a preceitos básicos que se encontram estampados no texto constitucional e que podem ser ofendidos por legislações que, por trás de um véu de democracia, na realidade, apresentam condutas destoantes daquela que a sociedade anseia. Isso não significa, por sua vez, reconhecer ao Poder Judiciário a condição de “superpoder”, mas, sim, identificar que sua atuação se encontra estampada na defesa da estabilidade do sistema normativo, respeitando, sempre a cultura dos precedentes, posto que, somente assim, será mantida a integridade do funcionamento e eficiência do complexo

---

<sup>526</sup> Para Luiz Roberto Barroso: “A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>; acesso em: 12 nov. 2016)

normativo, além de se manter em destaque a segurança jurídica e o trato isonômico entre os sujeitos que a compõem<sup>527</sup>.

Seja por conta da omissão efetiva no trato, ou mesmo pela elaboração de normativas que, de qualquer forma, vão de encontro à condução filosófica trazida pelo diploma máximo, o fato é que através deste comportamento mais incisivo por parte do magistrado é que haverá uma via aberta para o atendimento dos preceitos mais importantes do sistema, garantindo, assim, o equilíbrio necessário entre o que se espera do Estado e o que ele pode oferecer à sociedade.

Seu foco central, portanto, verte-se para a efetivação dos direitos. Pode ser pela omissão normativa ou na busca pelo equilíbrio e o conseqüente tratamento isonômico das situações fáticas, não poderá mais o magistrado se permitir permanecer completamente afastado da realidade no que se refere à tutela dos direitos. Ele deverá servir como um canal de comunicação entre a garantia da segurança jurídica, aliado ao atendimento dos anseios sociais, e o corpo normativo vigente à época. Não poderá o julgador fechar os olhos diante de posturas qualificadas como inadequadas ao que se espera da tutela da dignidade da pessoa humana, pois sua reação deverá ser sempre em prol da garantia de incolumidade do princípio máximo, evitando-se distorções que poderiam surgir no meio, como já experimentada em épocas pretéritas.<sup>528</sup>

Deve-se lembrar que ao acionar o Poder Judiciário, o jurisdicionado nutre a esperança de, pelo menos, ter concretizado o seu senso de justiça. Não que isso resulte, necessariamente, no atendimento ao seu pleito – este, não se pode negar, é o pensamento primário de todos aqueles que apresentam uma petição inicial – mas que dali saia uma decisão que tenha analisado todos os argumentos apresentados e, com isso, viabilizado ao magistrado a adoção de uma postura

---

<sup>527</sup> Segundo Antoine Garapon: “O aumento do poder da justiça não deve ser entendido como uma transferência de soberania do povo para o juiz, porém como uma transformação do sentimento de justiça. Só podemos sair dessa “oposição dramatúrgica” entre soberania popular e os juizes, de que fala Jacques Lenoble, se concluirmos que a transformação do papel do juiz corresponde à transformação da própria democracia”. [...] “A justiça torna-se um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei.” (GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia*. Trad. Maria Luiza Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 46/49)

<sup>528</sup> Acerca desta afirmativa Cândido Rangel Dinamarco se posiciona de forma favorável afirmando que esta linha de intelecção não resulta no reconhecimento da condição de legislador ao julgador, pois está é direcionada ao Poder Legislativo na separação dos poderes que asseguram a construção da democracia na sociedade, pois “tanto como legislador ele é agente estatal e tem missão de decidir segundo as escolhas da sociedade. Não é legislador, porém, nem duplicado de legislador teria sentido que fosse ante o sistema político-constitucional da separação dos “Poderes do Estado” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 198-199)

conectada ao que a sociedade, de forma geral, esperaria.<sup>529</sup> Sendo as normas a projeção da postura adequada esperada pela coletividade, não há como negar que “quanto mais o resultado da atividade jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social.”<sup>530</sup>

O processo tem sua função social quando se torna efetivo, o que resultará num rol de hipóteses bem largos. Isso porque, pode-se dizer que o processo é efetivo quando atende aos anseios daquele que pleiteia ou que se defende. Também poderá se dizer que o processo é efetivo quando alcança o seu final com a execução correta da decisão prolatada pelo magistrado. Porém, dentre as mais diversas identificações da efetividade processual, afirma-se que ele será assim visto se houver a pacificação e a garantia do atendimento aos preceitos mais fundamentais que a sociedade espera<sup>531</sup>. Nesta linha de entendimento, afirma José Roberto dos Santos Bedaque que “se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, com a consequente pacificação, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois somente se tal ocorrer, a jurisdição terá cumprido sua função social”<sup>532</sup>

De fato, diante de uma sociedade cada vez mais complexa, a manutenção do sistema coeso e estático da codificação, vai perdendo sua importância e, por consequência o espaço de atuação no ordenamento pátrio. Surge, então, lugar para a construção de um sistema mais adaptável, formado a partir de cláusulas abertas, conceitos vagos e princípios. Com isso, ao invés de se postar como a boca da lei, o magistrado será o maestro que conduzirá a orquestra da norma diante do enredo principiológico apresentado<sup>533</sup>. Para além da função de repetir o que o

---

<sup>529</sup> Segundo José Carlos Barbosa Moreira, em sua obra *Neoprivatismo no processo civil*, “o processo avizinha-se do *optimum* na proporção em que tende a fazer coincidir a situação concreta com a situação abstrata prevista na regra jurídica de direito material e afasta-se progressiva e perigosamente desse ideal na medida em que o resultado na verdade obtido difere daquele que se obteria caso os preceitos legais fossem observados de modo espontâneo e perfeito pelos membros da comunidade.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. In: Temas de direito processual. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.21)

<sup>530</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 7 ed. Rev. Atual e Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 15

<sup>531</sup> Afirma George Marmelstein que “Não faz o menor sentido, diante de uma situação social totalmente nova e imprevisível, realizar um sofisticado exercício de fingimento lógico-intelectual para tentar extrair do ordenamento jurídico uma suposta (e sabidamente inexistente) resposta normativa. O melhor é assumir o ineditismo daquele problema e desenvolver argumentos sólidos que possam resolvê-lo, ainda que, para isso, seja necessário buscar fundamentos fora do direito (MARMELSTEIN, George. *O Ativismo dos Juízes na Perspectiva da Filosofia Moral*. In: OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos (coord) *Ativismo Judicial*. São Paulo. Curitiba: Juruá, 2010, p. 22)

<sup>532</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 7 ed. Rev. Atual e Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 16

<sup>533</sup> Segundo George Marmelstein: “Em alguns casos, a tradicional aplicação mecânica da lei tem sido substituída pela adoção de uma razão prática menos formal e mais preocupada com as consequências empíricas da decisão

legislador abstrato trouxe previamente através da lei, cabe ao magistrado encaixa-la num mecanismo de hermenêutica muito mais complexo, pois sempre buscará o atendimento da defesa dos anseios constitucionais e da dignidade da pessoa humana.

O ativismo judicial, então, surge como a possibilidade de efetivação de direitos, sem que isso resulte, necessariamente, na indução de um abuso de poder por parte do julgador.<sup>534</sup> Trata-se de reconhecimento judicial que tem como objetivo a sua materialização em face da ausência ou incompatibilidade das normas existentes com os princípios contidos no ordenamento. Por isso que não se observa como uma exacerbação da atividade do magistrado, pois este, como guardião da Constituição Federal e, por consequência do princípio da dignidade da pessoa humana, deve sempre velar pela manutenção de logicidade na gestão das normas incidentes sobre a sociedade como um todo.

Trata-se de um remédio que deve ser usado diante de uma estrutura jurídica enfraquecida na busca da solução do problema apresentado, mas, que, não poderá ser utilizado de forma desmedida, evitando-se que se transforme em veneno, e, ao invés de trazer a cura, conduza todo o sistema ao colapso geral. “A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes”<sup>535</sup>

O passo necessário para o reconhecimento da viabilidade da atuação mais direta por parte do magistrado está na busca pela justiça social. Este é o ponto chave para a efetivação dos direitos fundamentais constantes na Carga Magna. A concretização dos princípios constantes na Constituição e pelas Convenções Internacionais cujo Brasil é signatário é o grande desafio do Governo, do Poder Judiciário e da Sociedade. Todos devem ser instigados a participar na elaboração de práticas e políticas pública para a promoção do bem comum e do bem-estar de

---

judicial. A lei, que noutros tempos supostamente fornecia respostas dogmáticas para todos os problemas jurídicos, tornou-se ela própria o objeto central da discussão judicial, já que os julgadores, no contexto atual, estão autorizados a analisar a sua proporcionalidade e a sua compatibilidade com os valores constitucionais (MARMELSTEIN, George. *O Ativismo dos Juízes na Perspectiva da Filosofia Moral*. In: OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos (coord) *Ativismo Judicial*. São Paulo. Curitiba: Juruá, 2010, p. 22)

<sup>534</sup> Para François Rigaux: “Uma coisa é interpretar um texto com referência aos preceitos de uma hermenêutica, à subjetividade do intérprete, a critérios estéticos, ao gosto, à sensibilidade de uma determinada época, seja ela do autor da obra ou a do leitor; outra coisa aplicar o direito a uma situação existencial.” (RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5)

<sup>535</sup> RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5

todos, na busca pela efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e, por consequência da justiça social.

No que se refere à teoria do *contra non valentem* não há dúvidas que se deve permitir qualificar a situação de força maior que impede a ação do credor como causa de suspensão ou impedimento do curso do prazo prescricional, independentemente de previsão legal. Basta um pouco mais de atrevimento jurisprudencial para impor entre nós a regra do *contra non valentem agere* como uma situação comum e necessária. Afinal, o impossível não pode obrigar a ninguém; e a ninguém pode exigir-se uma conduta que era impossível ter.

A prescrição não pode, de fato, logicamente, correr contra aquele que está impossibilitado de atuar. Esta ideia está expressa no preceito do *contra non valentem agere non currit praescriptio*.

## CONCLUSÃO

1. Durante toda a escrita do trabalho da tese, buscou-se apresentar solução ao problema central suscitado quando do início da sua elaboração. O conflito existente a partir da promulgação da Lei 13.146/2015 e o acesso à justiça daqueles que se encontram abrangidos pela previsão normativa do inciso III do art. 4º do Código Civil foi o ponto estruturante para a construção da tese que ora se finda. Ocorre que, para se erguer a integralidade da presente tese fez-se necessário o estabelecimento de parâmetros teóricos estruturantes.
2. A abordagem temática deu seu passo inicial a partir do delineamento da de pontos referentes ao acesso à Justiça. Nesta seara foi analisada a perspectiva da fundamental da diferenciação entre o acesso à justiça no seu parâmetro de ingresso no Poder Judiciário – ou o exercício do direito de petição -, em face do acesso à justiça decorrente da efetivação de uma decisão justa, que atenda aos anseios da coletividade. Para esta última perspectiva, utilizou-se a expressão “amplo acesso à justiça”, no intuito de diferenciá-la da primeira hipótese.
3. Para se conseguir alcançar este desiderato, analisou-se o Projeto de Florence de autoria de Mauro Cappelletti e Briant Garth, trabalho este qualificado, mundialmente, como de fundamental importância para o estudo referente ao acesso à justiça. Nele, os autores pontuaram a existência de entraves ao cumprimento ideal da temática ali existente. Trataram, basicamente, de três perfis de problemas: o primeiro referente ao acesso como ingresso propriamente dito; o segundo destinado ao atendimento aos interesses da coletividade, modificando-se, assim, a perspectiva do processo civil clássico que era voltado apenas ao indivíduo; e, por fim, o terceiro parâmetro que focaliza nos instrumentos para a efetividade da decisão judicial.
4. A substrato dos estudos desenvolvidos pelos autores mencionados resultou na apresentação de pontos de solução, que restaram denominados de ondas reformistas. Diante disso, realizando um corte mais profundo, a fim de alcançar o cerne da questão proposta, focou-se na terceira onda que se referia aos problemas envolvendo a efetivação da decisão judicial.
5. A preocupação do acesso à justiça encaminha para a garantia de um atendimento judicial de acordo com os limites e características de cada um dos indivíduos. Demonstrou-se que a questão da igualdade formal apresentada pela Revolução Francesa não passou de uma quimera construída a partir de interesses de um determinado agrupamento social dominante – no caso a

burguesia. Igualar todos a um parâmetro singular somente atenderia aos anseios dessa classe social, jogando ao patamar de insuficiência assistencial um grande número de pessoas que, na realidade, não poderiam ser igualadas às demais, por deterem características específicas e necessidades próprias.

6. Ao assegurar o patamar de direito fundamental ao acesso à justiça, o legislador Constituinte passou a exigir um cuidado maior no trato da matéria, o que levou a estrutura da igualdade meramente formal a ser questionada. Isso não quer dizer que seria este o elemento fundamental do início da resistência ao parâmetro existente, mas foi um ponto de insurgência, demonstrando o equívoco na sua construção. A manutenção do acesso à justiça em todas as suas perspectivas serve como trampolim para o alcance de outros direitos, na medida em que um poder judiciário forte e eficaz resulta, diretamente, na manutenção da paz social e no equilíbrio das relações daí decorrentes.

7. Por falar em igualdade meramente formal, apesar da evolução trazida pela Constituição Federal de 1988 e da própria promulgação do Código Civil de 2002, institutos clássicos permaneceram hígidos, adotando os mesmos parâmetros existentes no sistema normativo revogado. Dentre os mais diversos, destacou-se a teoria das incapacidades. A partir da linha de raciocínio apresentada, percebeu-se que genericamente, a teoria das incapacidades foi construída diante de elementos excludentes, na medida em que aqueles que não se encaixavam nos parâmetros ideais imaginados pelo sistema eram qualificados como incapazes e, portanto, limitados em sua autonomia.

8. Estatuía-se um parâmetro mais fácil para a construção do sistema como um todo: desenhava-se um ser ideal – denominado de homem médio – e todos aqueles que ali não se encaixavam, estariam afastados da autonomia para interações sociais conferida pela capacidade de exercício. Preservava-se a capacidade de direito, pois se estava diante de um sistema patrimonialista, mas este mesmo regime imprimia a necessidade de atendimento a um desenho legalmente pré-determinado, o que autorizava a exclusão dos “diferentes”.

9. Estampada as hipóteses previstas no art. 3º e 4º do Código Civil de 2002, ainda no capítulo segundo foram apresentadas as alterações expostas pela Lei 13.146/2015. Denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência – ou, simplesmente, EPD – essa norma foi decorrência direta da condição do Brasil de signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo constituído em Nova York nos idos da



primeira década do ano 2000.

10. Exatamente por ser signatário da convenção retromencionada, o sistema jurídico brasileiro, promulgou o Estatuto da Pessoa com Deficiência que representou o espelhamento das diretrizes da Convenção, a partir de uma perspectiva infraconstitucional. Com isso, exigiu-se do sistema alterações, dentre as quais, destacou-se aquela impressa no regime das incapacidades, na medida em que as hipóteses de incapacidade absoluta foram suprimidas para apenas uma situação – a questão etária – enquanto que para a incapacidade relativa houve alteração nas hipóteses ali previstas, na medida em que todas as situações que se referiam a deficientes físicos ou mentais foram excluídas.

11. A consequência direta destas alterações foi a demonstração de certa fragilidade na estrutura fundante da teoria das incapacidades. Concluiu-se que, na realidade, o Estatuto da Pessoa com Deficiência desenhou com cores ainda mais fortes e teoria da vulnerabilidade no sistema jurídico brasileiro em detrimento à tese excludente das incapacidades. Ser diferente não significaria ser excluído do trato social, mas a demonstração da necessidade de um possível trato diferenciado, sempre na busca pela manutenção do equilíbrio material das relações sociais.

12. Pela teoria da vulnerabilidade, o ordenamento jurídico deve se adaptar às dificuldades e restrições que cada grupo de indivíduos possui. Isso porque a identificação desta limitação resultará num reconhecimento mais próximo da realidade social, o que implica a exposição de comportamentos específicos a fim de assegurar a isonomia material no trato da questão. Ao invés de excluir, o ordenamento deve trabalhar para incluir todos, mesmo aqueles que então estejam abrangidos pelo seu parâmetro de pessoa ideal.

13. A incapacidade e a vulnerabilidade não são antíteses. Na realidade, tratam-se de institutos que se apresentam de acordo com o grau evolutivo da sociedade em que existem e que possuem a capacidade de convivência harmônica. No primeiro caso, como mencionado, configura-se como um regime excludente, enquanto que no segundo, em razão do reconhecimento da tutela à pessoa humana, desenvolve-se um sistema inclusivo. Isso não quer dizer que a teoria da incapacidade perde sua importância total dentro do ordenamento, mas, sim, que a teoria da vulnerabilidade deve alçar patamar de maior destaque.

14. Apesar da inexistência expressa de previsão legal – como ocorre, por exemplo, com o sistema do Consumidor – não afasta a incidência da teoria da vulnerabilidade. Trata-se de um

tratamento legal que deve ser aplicado sempre em que houver a identificação de desigualdade fática na relação social. A atividade do idoso é uma boa demonstração dessa questão. Em sua legislação específica não há qualificação como vulnerável, mas é evidente que em diversas hipóteses as pessoas qualificadas como idosas necessitam de um tratamento diferenciado. Prova disso está na singela questão do estacionamento preferencial em vagas próximas às entradas dos estabelecimentos.

15. Chegou-se, então, à conclusão segundo a qual a teoria da vulnerabilidade não se trata de uma condição permanente e contínua, como ocorre com a incapacidade, ou seja, o indivíduo alcançado por uma das previsões do art. 3º e 4º será qualificado como incapaz, permanentemente, até que alcance a idade limite, ou haja outra decisão judicial que reconstitua a capacidade afetada pela decisão precedente de curatela. A teoria estudada debruça-se sobre uma condição de desequilíbrio específica, pois por detrás de sua existência há o reconhecimento da autonomia privada do indivíduo por ela abrangido.

16. Com isso, busca-se garantir não apenas o acesso à justiça em seu sentido primaz de ingresso, mas, sim, a sustentação do acesso à justiça em seu prisma mais amplo, haja vista que o sistema jurídico adotará os mecanismos necessários para a garantia de uma tutela jurídica eficiente, independentemente das limitações dos indivíduos. Portanto, mesmo não havendo previsão legal, em atenção do princípio do acesso à justiça, a vulnerabilidade deverá ser implementada pelo julgador no deslinde das ações a ele apresentadas.

17. O capítulo subsequente foi dedicado ao trato da prescrição. Caminhando o sentido do problema proposto, foi analisada a questão referente à prescrição e o acesso à justiça. No comparativo entre esses dois elementos, restou clara que a prescrição é instituto fundamental para a manutenção da segurança jurídica, pois retira a possibilidade de imposição judicial para o cumprimento da obrigação inadimplente, transformando-a em obrigação natural.

18. A prescrição apresenta forte interesse público na medida em que é elemento fundamental para a pacificação social, ainda que o direito permaneça ofendido. Trata-se de uma regra que estabilização jurídica e não, necessariamente, de tutela do direito atacado. Neste sentido, a fim de garantir um maior equilíbrio nas relações sociais, o legislado estabeleceu parâmetros que influenciam diretamente no âmbito do curso do prazo prescricional.

19. Explanada estas questões, chega-se ao ponto central da presente tese, pois, mediante as alterações introduzidas pela Lei 13.146/2015, a amplitude do quanto previsto no inciso I do art. 198 sofreu grande restrição, pois, como mencionado, as hipóteses previstas para os absolutamente incapazes foram por demais reduzidas. Sendo assim, aqueles que não conseguirem exprimir sua vontade não poderão ser beneficiados pela previsão do art. 198, I, pois, contra si correrá a prescrição, independentemente desta restrição à manifestação da vontade ser voluntária ou não. Trata-se, sem dúvida de incongruência legal que alcança diretamente o acesso à justiça destas pessoas que serão prejudicadas pela consolidação do prazo prescricional, mesmo que não consigam se manifestar em sentido contrário. Ou seja, há uma presunção de inércia e a aplicação da punição cabível, mesmo esta não sendo a realidade fática existente.

20. Não será possível permitir a manutenção desta incongruência legal, sob pena do amplo acesso à justiça ser ofendido frontalmente pela modificação pontual da legislação que acabou por refletir diretamente em outros institutos, como o da prescrição. Diante disso, sugeriu-se a implementação no direito brasileiro da teoria clássica romana do *contra non valentem agere non corrui praescripto*, ou seja, em tradução livre: contra aquele que não pode agir, não corre prescrição. Esta é uma teoria utilizada em larga escala na Roma Antiga e que permitia ao pretor suspender o prazo exauriente da pretensão em razão de impossibilidade de atuação do titular do direito ofendido. Foi bastante utilizada por longo período, sendo ocultada a partir da Revolução Francesa que lutava contra a discricionariedade por parte do magistrado, sob o manto da ofensa à segurança jurídica.

21. Modernamente, percebeu-se que a manutenção das hipóteses de suspensão do prazo prescricional como sendo apenas aquelas previstas na norma não seria suficiente para a tutela de todas as situações legalmente apresentadas. Diante disso, as nações estrangeiras começaram a abrir seu sistema jurídico para a possibilidade de incidência da teoria do *contra non valentem*, como ocorreu com a própria França, a partir da reforma pontual do seu Código Civil, no Direito Italiano, Argentino e Português. No que se refere ao direito brasileiro, há, no curso da história da jurisprudência do STF, indicativos de utilização desta teoria em duas singulares hipóteses nos idos da década de cinquenta, o que demonstra que o sistema pátrio já flertou com a sua aplicabilidade em momentos pretéritos.

22. Concluiu-se, então que não se refere a um comportamento *contra legem* propriamente dito, mas, sim, do estabelecimento de uma estrutura decisória que visa assegurar uma meta muito

maior, ou seja: o atendimento aos princípios máximo do sistema de valorização do ser humano. Muda-se o foco da tutela do patrimônio para a tutela do indivíduo e a tutela do *contra non valentem* servirá como mecanismo de tutela para tanto. Com a sua instituição ao magistrado poderá se preocupar muito mais com o indivíduo, pois buscará analisar a hipótese fática específica no trato da questão.

23. Efetivamente, conforme demonstrado, trata-se de um instituto já maduro merecedor de tutela jurídica efetiva no direito pátrio. Efetivamente, o julgador não pode mais se encontrar restrito às hipóteses legais, exatamente, pela insuficiência de tais situações diante da complexidade da interação social existente. O direito brasileiro aponta no sentido da aceitabilidade da aplicação da teoria do *contra non valentem*. Existem institutos similares já em franca aplicabilidade, como ocorre, por exemplo, com a *actio nata*. Assim como ocorre com a teoria que ora se defende, há a valorização da boa-fé do sujeito, na medida em que há uma limitação ao início do curso do prazo prescricional indenizatória apenas com o conhecimento do dano por parte do ofendido.

24. Por sua vez, defende-se que a aplicação da teoria do *contra non valentem* não pode ser feita de forma indiscriminada. Deve-se atentar, como dito, para a boa-fé do indivíduo, abrangendo, sobremaneira, hipóteses configurativas de caso fortuito ou força maior. Não poderá o sujeito se pôr na situação de incapacidade de manifestação de vontade para se beneficiar do instituto em tela, sob pena de ofensa ao *venire contra factum proprium*.

25. Efetivamente, a teoria do *contra non valentem* serve de grande reforço para a garantia do amplo acesso à justiça por parte daqueles que se encontram abrangidos pela hipótese do inciso III do art. 4º do Código Civil de 2002, sem que isso implique em quebra da imparcialidade por parte do julgador. Não se pode exigir do magistrado a neutralidade, por ser membro da sociedade que o rodeia, mas deve-se imprimir o necessário atendimento à prolação de uma decisão justa. Isso significa dizer que o julgador poderá observar a realidade que o cerca e utilizar-se de mecanismos para regularizar as diferenças existentes, sendo que, dentre eles há a teoria do *contra non valentem*.

26. O sistema brasileiro passa por mutação, na medida em que se afasta do *civil law* para aproximar-se de características do *common law*. Com isso, o julgador passará a ganhar liberdade maior na prolação da sua decisão, sem que, isso resulte na desatenção aos princípios legais. Ou seja, muito mais importante do que a preocupação com a limitação dos poderes do

magistrado é a atenção à decisão adequada aos parâmetros principiológicos impostos pelo sistema.

27. O ativismo judicial que se defende não se refere a uma liberdade ampla por parte do magistrado, mas, sim, na possibilidade de utilização de institutos como o *contra non valentem* para se fazer valer de uma tutela do indivíduo mais incisiva e mais evidente, na medida em que terá o magistrado a liberdade de analisar, de acordo com o caso prático a necessidade de impressão de hipóteses de influência no prazo prescricional a fim de defender os interesses daqueles qualificados como vulneráveis, que no presente caso, estão vinculados ao inciso III do art. 4º do Código Civil.

28. A incongruência legal existe, e o segundo o que se defendeu no curso dessa tese, a aplicabilidade da teoria do *contra non valentem* tem espaço e viabilidade no ordenamento jurídico para o deslinde de tal entrave, devendo, apenas, os aplicadores do direito, versarem por uma atividade judicial mais liberta das restritas amarras legais, pois insuficientes para o trato de todas as hipóteses sociais. A busca pelo amplo acesso à justiça ultrapassa, em muito o cumprimento do dispositivo legal em sua perspectiva positiva pura, mas alcança a efetivação dos princípios existentes no ordenamento, dentre os quais, a dignidade da pessoa humana. Com isso, impõe-se o reconhecimento da condição de vulnerável para os sujeitos expressos no inciso III do art. 4º do Código Civil com a subsequente viabilização da teoria do *contra non valentem* para a influência direta no prazo prescricional, ou seja, na viabilidade do exercício da pretensão.

## REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. *Os pensadores*. 5 ed. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

AGUILA, Ramón Dominguez. *Las prescripción extintiva*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

AGUIAR, Mônica. *Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.) *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 86-101.

ALBUQUERQUE, Luciano Campo. *A capacidade da pessoa física no direito civil*. Revista de Direito Privado. Vol. 18/2004, p. 84-104, abr-jun/2004

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de SILVA, Zilda Hutchinson Schild. São Paulo: Landy Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009.

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito processual civil brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. *Os poderes introdutórios do juiz no processo civil e a instrumentalidade do processo*. In.: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, a. 38 n. 150 abr./jun. 2001.

ALVARO, Carlos Alberto de Oliveira. *O Formalismo-Valorativo em Confronto com o Formalismo Excessivo*. Disponível em <http://alvarodeoliveira.com.br/site/?p=192>. Acesso em: 10 nov. 2016.

ALVIM, J. E Carreira. *Justiça: acesso e descesso*. Jus Navigandi, Teresina, ano.7, n.65, mai. 2003. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>; Acesso em: 15 out. 2015.

ALVIM, José Manuel Arruda. *Manual de Direito processual civil*. 14 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

AMENDOEIRA JR. Sidnei. *Fungibilidade de meios*. In: CAMONA, Carlos Alberto (coord). *Coleção Atlas de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

AMORIM FILHO. Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/prescricao-agnelo1.pdf>>; Acesso em: 12 set. 2015.

ARANTES, Priscilla Lacerda Junqueira de. *O princípio da igualdade substancial na teoria contratual contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 4. ed. Brasília: CORDE, 2011. Disponível em: <[http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia\\_0.pdf](http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf)>; acesso em: 31 set. 2015.

ARÉVALO, Enrique Jorge. *La protección jurídica a las personas em situación de vulnerabilidade y el respeto a la autonomía de la voluntad*. In: Revista Jus. n. 37, Jan. 2016. México: Instituto de Ciências Jurídicas de Puebla, 2016, p. 61-88.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a tutela do consumidor: novos direitos?* Revista de Direito do Consumidor. Vol. 105/2016, p. 103-121, mai-jun/2016

ARTHEMIS. Art-Law Centre University os Geneva. *Case Chagall Gouache – Solomon R. Guggenheim Foundation and Lubell*. Disponível em: < <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/case-chagall-gouache-2013-solomon-r-guggenheim-foundation-and-lubell/case-note-2013-chagall-gouache-2013-guggenheim-and-lubell>>; acesso em: 14 nov. 2016

ASSIS, Araken. *Processo Civil Brasileiro: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. v. 1 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Olney Queiroz e PUSSOLI, Lafaiete. *Pessoa Deficiente – Direitos e Garantias (constitucionais, civis, trabalhistas, eleitorais, tributários e previdenciários)*. 1 ed. São Paulo: Edipro, 1992.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAIRD, Abadio; BAIRD, Leticia Campos. *A justiça Restaurativa e Direito Penal Juvenil: uma perspectiva*. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da; CONTAR, Carlos Eduardo; PUCCINELL, André. *Estudos Contemporâneos de Direito Público*. São Paulo: Pillares, 2010.

BANCO MUNDIAL. *Documento Técnico número 319. O setor judiciário na América Latina e no Caribe. Elementos para reforma*. Disponível em: < <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>>; Acesso em: 01 maio 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A constitucionalização do processo no direito brasileiro*. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (coord.). *Estudos de direito processual constitucional – homenagem brasileira a Hector Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos*. In: OLIVERA, Guilherme de; PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *Cuidado & vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 106-118.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: < [http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>; acesso em: 12 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Disponível em: <  
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>; Acesso em: 20 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

\_\_\_\_\_. *Prescrição administrativa: autonomia do direito administrativo e inaplicabilidade da regra geral do Código Civil*. Revista Trimestral de Direito Público. V. 27. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e ; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: (questões polêmicas)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 13-52.

\_\_\_\_\_. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 7 ed. Rev. Atual e Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

\_\_\_\_\_. *Garantia da Amplitude de Produção Probatória*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

BELOFF, Mary; CLÉRICO, Laura. *Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la corte interamericana*. In: *Revista de estudios Constitucionales*. N. 2. Nov. 2016. Chile: Universidad de Talca, p. 139-177.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: LZN Editora, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2 ed. São Paulo: Servanda, 2015.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2001. p. 111-122.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora UNB, 1997.

\_\_\_\_\_. *Igualdade e liberdade*. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 1995.

BOUZON, Emanuel. *O Código de Hamurabi*. 10 ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2003.



BRAZZALE, Flávia Balduino; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Uma reviravolta no direito protetivo: a nova curatela e a pessoa com deficiência. *Revista Jurídica da FA7*. Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito da FA7. Disponível em: <<http://www.uni7setembro.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/62/51>>; Acesso em: 10 jan. 2017.

CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e Decadência*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. 1. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Almedina Brasil. 2016.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. *Acesso à Justiça e cidadania*. Chapecó: Argos. 2003.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à justiça: guisados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. 4ª. ed. trad. Hebe Caletti arencó. Sorocaba: Editora Minelli, 2006.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. Livro I. Campinas: Bookseller, 2000

\_\_\_\_\_. *Sistema de Direito Processual Civil*. vol. 1. São Paulo: Classic Book, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do direito*. Trad. A. Rodrigues Queiró e Arthur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural Edições, 2006.

CARVALHO, Afrânio de. *Instituições de Direito Privado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980

CARVALHO, Ernani. *Dimensão política do acesso à justiça: aspectos da revisão judicial*. In: GOMES Neto, José Mario Wanderley. (Org). *As dimensões do acesso à justiça*. Salvador: Juspodivm, 2008.

CARVALHO, Francisco José de. *Teoria da Função Social do Direito*. Curitiba: Juruá, 2011

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957

CATTONI, Marcelo. *Poder constituinte e patriotismo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CIANCI, Mirna. *Da prescrição contra o incapaz de que trata o artigo 3º, inciso I, do Código Civil*. In: Prescrição no Código Civil. Org. Mirna Cianci. São Paulo: Saraiva, 2006.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

CONSUMER PROTECTION. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>>; acesso em: 18 jan. 2017.

CORREIA, Atalá. *Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas*. Revista Consultor Jurídico. 3.ago.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>>; Acesso em 01 set. 2016.

COSTA, Ana Paula Motta. *Adolescência brasileira e o contexto de vulnerabilidade à violação de direitos fundamentais*. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/292/242>>; acesso em: 12 jan. 2017.

COURT LISTENER. *Hammer vs. Hammer* Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/1894305/hammer-v-hammer/>>; acesso em: 14 nov. 2016

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008

DANIEL, Julian. *La prescrizione e le sue cause di interruzione*. Disponível em: <<http://www.brandstaetter.it/pdf/aktuelles/art023.pdf>>; acesso em: 12 dez. 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>; acessdo em: 22 abr. 2016

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2014.

DESASSO, Alcir. *Juizado Especial Cível: um estudo de caso*. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. 278 p. (Pesquisas, n. 23).

DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 1. 12 ed. Salvador: Jus Podvim, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Escopos políticos do processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. vol. II. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria geral do Direito Civil*. Vol 1. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIREITOS CULTURAIS. Santo Ângelo, v. 5, n.8, p. 131-166, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/361/218>>. Acesso em: 10 fev 2016.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkain, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2 ed. atual. São Paulo: Renovar, 2006.

FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Actio nata: Fundamento para a reabertura do prazo para pleitear a restituição total de indébito tributário. *Revista tributária e de finanças públicas*. São Paulo, n. 71, p. 108, nov./dez. 2006.

FAIAS, Carlos Augusto dos Santos. *Prescrição no direito administrativo*. *Revista de Informação Legislativa*: Brasília, n. 128, out/dez, 1995.

FARIA, José Eduardo (org.) *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. V.1. rev. atual. amp. 15 ed. Salvador, 2017.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Rogério Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2016

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. *Capacidade civil fixação de novos paradigmas para a construção de um regime jurídico voltado à tutela da dignidade humana*. In: EHRHARDT JR. Marcos (Coord.). *Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012

\_\_\_\_\_. Capítulo II. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira (Org.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.67

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. - São Paulo: Atlas, 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009.

FIGUEIREDO, Antonio Borges de.; MARTINS, Alan. *Prescrição e Decadência no Direito Civil*. 3. Ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. *O direito de ser adolescente: Oportunidade para reduzir vulnerabilidades e superar desigualdades*. Brasília, DF: UNICEF, 2011. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/br\\_sabrep11.pdf](http://www.unicef.org/brazil/pt/br_sabrep11.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Pablo. *Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral*. Vol 1. 18 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia*. Trad. Maria Luiza Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARTH, Bryant G ; CAPELLETTI, Mauro. *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*. Disponível em : <<http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142/>>; acesso em : 21 fev. 2016.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. *Alternatividade jurídica: proposta de aliança entre o conhecimento científico e a práxis jurisdicional*. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley; PEREIRA, Mirian de Sá (org.). *Sociologia do direito e do direito alternativo: ensaios pós-graduados em homenagem a Cláudio Souto*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Parte Geral. Vol. 1. 13 ed. Saraiva: São Paulo, 2015.

\_\_\_\_\_. *Prescrição: questões relevantes e polêmicas*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas no novo código civil*. Vol I. São Paulo: Método, 2003.

GONÇALVES, Diogo Costa. *Personalidade vs. Capacidade jurídica. Um regresso ao monismo conceptual?* Disponível em: <<https://www.oa.pt/upl/%7Ba1bc248a-bd79-453c-8f3c-4520273bf412%7D.pdf>>; Acesso em: 10 jan. 2017.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. Vol I. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de Direito. 1951.

GONÇALVES, William Couto. *Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GONZAGA, Eugênia Augusta. *Direitos das pessoas com deficiência. Garantia de igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA Ed., 2012

GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil: introdução ao direito processual civil*. vol I. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CRUZ, Valéria Álvares. *Ética, Direito e Ciência: no paradigma da complexidade*. Disponível em: <<http://exactaep.com/index.php/eccos/article/view/188/203>>; Acesso em: 03 jun. 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 10. ed. Rio de Janeiro, RJ: DP & A., 2005.

HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 4.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. *La suspensión de la prescripción en el Código Civil Español. Estudio crítico de la legalidade vigente*. Madrid: Dykinson, 2002, p. 143

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de: MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

HUME, David. *Tratado Sobre a Natureza Humana. As circunstâncias de justiça*. In: MAFFETONE E VECA (Orgs.). *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

IBGE Instituto Brasileiro de Geografia Estatística. *Censo Demográfico 2010: Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência*. Disponível em : <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas\\_religiao\\_deficiencia/default\\_caracteristicas\\_religiao\\_deficiencia.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_religiao_deficiencia/default_caracteristicas_religiao_deficiencia.shtm)>; acesso em: 21 jan. 2017.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo*. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n. 18, 1996/2.

JUSTIA US Law. *Hammer vs Hamer*. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/oklahoma/supreme-court/1992/15341.html>>; acesso em: 14 nov. 2016

\_\_\_\_\_. *Johnson v Johnson*. Disponível em:

<<http://law.justia.com/cases/oklahoma/supreme-court/1992/15341.html>>; acesso em: 14 nov. 2016

\_\_\_\_\_. *O'keeffe vs Snyder*. Disponível em: < <http://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1980/83-n-j-478-0.html>>; acesso em: 14 nov. 2016

KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. Trad. João Batista Machado. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. *O que é Justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KOTTOW, Michael. H. *Comentários sobre bioética, vulnerabilidade e proteção*. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Org). *Bioética: poder e injustiça*. 2 ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.

LAGO JÚNIOR, Antônio; BARBOSA, Amanda Souza. *Primeiras análises sobre o sistema de (in)capacidades, interdição e curatela pós estatuto da pessoa com deficiência e Código de Processo Civil de 2015*. Revista Direito Civil Contemporâneo. RDCC (Journal of Contemporary Private Law). v. 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 49/89

LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*, 3 ed. atualizada por José de Aguiar dias. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LEE, Monique: *A choice of law dilemma: the conflict and reconciliation of laws governing cross-border transfers of stolen*. Disponível em: <<http://www.cplpej.org/wp-content/uploads/2015/08/Lee-Monique.pdf>>; acesso em: em: 15 nov. 2016

LEGALE. *Tyson vs Tyson*. Disponível em: < [http://www.leagle.com/decision/1986179107Wn2d72\\_1175/TYSON%20v.%20TYSON](http://www.leagle.com/decision/1986179107Wn2d72_1175/TYSON%20v.%20TYSON)>; acesso em: 14 nov. 2016

LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira. *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antônio Carlos (org.) *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão clássica das novas Conflituosidades Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LENZI, Maíra Bonna. Os Dados sobre deficiência nos Censos Demográficos Brasileiro. Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/xviii/anais/files/ST35\[845\]ABEP2012.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/xviii/anais/files/ST35[845]ABEP2012.pdf)>; acesso em: 12 jan. 2017.

LIMA, Thadeu Augimeri de Góes. *Tutela Constitucional do Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora. 2013.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. Vol. I, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

\_\_\_\_\_. *Dignidade e solidariedade civil-constitucional*. Revista de Direito Privado, vol. 42/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais. abr-jun/2010, p. 30-70,

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Função atual da pessoa jurídica*. In: Revista de Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Empresarial. n° 46. São Paulo: RT, 1988,.

LOPES, João Batista. *Os poderes do juiz com o aprimoramento da prestação jurisdicional*. In: *Revista de Processo*. vol. 35 São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 24-67.

LUNA, Florencia. *Vulnerabilidad: la metáfora de las capas*. Disponível em: <[http://www.saludcapital.gov.co/Capacitaciones%20Comit%20de%20tica%20para%20la%20Investigacin/6%20Sesi%C3%B3n%2016%20julio%202014/Luna\\_F%5B1%5D.\\_Vulnerabilidad\\_la\\_metafora\\_de\\_las\\_capas.pdf](http://www.saludcapital.gov.co/Capacitaciones%20Comit%20de%20tica%20para%20la%20Investigacin/6%20Sesi%C3%B3n%2016%20julio%202014/Luna_F%5B1%5D._Vulnerabilidad_la_metafora_de_las_capas.pdf)> Acesso em: 20 nov. 2016.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumens Iuris, 2010.

MAGNA CARTA. Disponível em: <[http://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/citizen\\_subject/transcripts/magna\\_carta.htm](http://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/citizen_subject/transcripts/magna_carta.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARCATO, Antônio Carlos. *Algumas considerações sobre a crise da justiça*. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). 40 anos da teoria geral do processo no Brasil. São Paulo: Malheiros: 2013

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo*. 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011

MARMELSTEIN, George. *O Ativismo dos Juízes na Perspectiva da Filosofia Moral*. In: OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos (coord) *Ativismo Judicial*. São Paulo. Curitiba: Juruá, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 6 ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

\_\_\_\_\_; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2 ed, rev., ampl, atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. *O instituto da prescrição no direito administrativo*. Disponível em: <[revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/download/742/800](http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/download/742/800)>; Acesso em: 23 jan. 2017.

MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In: OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado & vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009

MARTINS-COSTA, Judith. *Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética*. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia Ludwig (orgs.). *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009

\_\_\_\_\_; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MASCARENHAS, Fabiana Alves; YACOUB, Giselle Picorelli. *Acesso à justiça e efetividade na tutela dos direitos: Um olhar para além das reformas*. Encontro Nacional do CONPEDI. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora. *Envelhecimento e deficiência*. Disponível em: <[http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq\\_09\\_Cap\\_03.pdf](http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq_09_Cap_03.pdf)>; Acesso em 12 jan. 2017.

MEDICINANET. Disponível em: <[http://www.medicinanet.com.br/cid10/1511/f10\\_transtornos\\_mentais\\_e\\_comportamentais\\_de\\_vidos\\_ao\\_uso\\_de\\_alcool.htm](http://www.medicinanet.com.br/cid10/1511/f10_transtornos_mentais_e_comportamentais_de_vidos_ao_uso_de_alcool.htm)>; Acesso em: 13 out. 2016

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. apud BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3.ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2008

\_\_\_\_\_. *Achegas para uma teoria das incapacidades em direito*. In: Revista de Direito Privado, vol 3/200, p. 9-34.

\_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: Plano da Validade* 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Clarissa Braga. *Segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2010. Disponível em: <[http://imagens.idp.edu.br/component/docman/doc\\_download/173-](http://imagens.idp.edu.br/component/docman/doc_download/173-)>; acesso em: 25 maio 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva: São Paulo, 2007.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. *A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a convenção*



da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o código civil brasileiro. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; JUNIOR, Marcos Ehrhardt (Org.). *Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014

\_\_\_\_\_. *O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: Civilistica.com: revista eletrônica de direito civil, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogélio. *A tradição da Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*, tomo VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito de Família*. V. 3. Campinas: Bookseller, 2001.

MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1995.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. vol I, Atual. rev. amp. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil. Parte Geral*. 5 ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1966.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. Revista Estado, Direito e Sociedade. vol. I, 1991, PUC/RJ. Disponível em: <<http://www.grupoddp.com.br/resources/A%20Caminho%20do%20Direito%20Civil-Constitucional%20-%20Maria%20Celina%20Bodin%20de%20Moraes.pdf>>; Acesso em: 02 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. *Constituição e direito civil: tendências*. Vol. 779/2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, set/2000, p. 47-63.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade (no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais, interpretação sistemática do direito)*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2009.

MOREIRA, José Carlos Alves. *A parte geral do projeto de Código Civil Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbora. *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *O neoprivatismo no processo civil*. In: Temas de direito processual. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *Sobre a “participação do juiz” no processo civil*. In GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTR, 1996.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. vol. 1. 9 ed. rev. amp. atual. São Paulo, GEN, 2010.

NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. *Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil*. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. *Prescrição e Decadência no Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). *A parte Geral do Novo Código Civil*. 2 ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Juiz e o princípio do contraditório*. Revista de Processo nº 73. São Paulo: RT, jan. 1994.

\_\_\_\_\_. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em: < [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf)>; acesso em: 05 jan. 2017.

OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado & vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.

ONU (1982). Programa de ação mundial para as pessoas com deficiência. Assembléia Geral das Nações Unidas, Dezembro, 1982. Disponível em: <http://www.cedipod.org.br/w6pam.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

ONU (1989). Convenção sobre os Direitos da Criança. ONU (1993). Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities. Disponível em: <http://www.un.org/disabilities/documents/gadocs/standardrules.doc>. Acesso em: 30 jun. 2016.

ONU (1994). Regras Padrões sobre Equalização de Oportunidades para Pessoas com Deficiência. In: Declaração de Salamanca, 10 de julho de 1994. ONU (1998). Principles and recommendations for population and housing censuses. Disponível em: [http://unstats.un.org/unsd/demographic/sources/census/docs/P&R\\_%20Rev2.pdf](http://unstats.un.org/unsd/demographic/sources/census/docs/P&R_%20Rev2.pdf). Acesso 15 mai. 2016.

PACHECO, Maria Thereza de Medeiros. *Nina Rodrigues e o Direito Civil Brasileiro*. Disponível em: < <http://www.gmbahia.ufba.br/index.php/gmbahia/article/viewFile/297/287>>; Acesso em: 10 jan. 2016.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. <Disponível em: [jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2052](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2052)>; Acesso em: 23 jul. 2015.

PARCHEN, Laura Fernandes. *Impacto do princípio da cooperação no juiz*. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. *A legítima defesa no Direito Internacional contemporâneo*. Disponível em: <[http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2010/RID\\_2010\\_01.pdf](http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2010/RID_2010_01.pdf)>; acesso em: 22 dez. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. vol 1. rev. atual. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>>; Acesso em 01 mar. 2017

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direito humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

PORTOLÉS, Carmen Magallón. *Más allá de la vulnerabilidad de las mujeres*; ARLETTAZ, Fernando; SANABRIA, María Teresa Palacios. *Reflexiones en torno a derechos humanos y grupos vulnerables* Colombia: Editorial Universidad de Rosario, 2015, p. 189-214.

PRIORE, Mary Del (org.) *História das Crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1999.

PROVEDORIA DOS DIREITOS HUMANOS. *Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>>; Acesso em: 12 dez. 2016.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAWLS, John. *Teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Incapacidades e Interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. *As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 6/2016 São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar/2006, p. 37-54.

RESOLUTION 39/248. *Consumer Protection*. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>>; Acesso em: 18 jan. 2017.

RHODE, Deborah L. *Acces do Justice*. New York. Oxford University Press. 2004.

RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 15 ed Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: parte geral, volume 1*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Os princípios constitucionais e o novo Código Civil*. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista22/revista22\\_73.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_73.pdf)>; Acesso em: 02 jun. 2016.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994

\_\_\_\_\_; SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; SOUZA, Maria Carolina Rosa. *A possibilidade de concessão do ofício da tutela antecipada fundada no direito fundamental de acesso à justiça*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.223, ano 38, set. 2013, p.173-193.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*, v. 1, 6 ed. São Paulo: Grupo Gen, 2016.

RODRIGUES, Rafael Garcia. *A pessoa e o ser humano no novo Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 01-35

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Parte Geral*. vol I. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSENVALD, Nelson. *Contagem regressiva para o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/12/22/Contagem-Regressiva-para-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%Aancia>>; Acesso em: 15 fev. 2017.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: L&PM, 2007.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1. 2 ed. Campinas: BookSeller, 2005.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; JUNIOR, Marcos Ehrhardt (Org.). *Direito civil constitucional: a resignificação da*

função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012

SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 12 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013

SANTOS, Boaventura de Souza; SANTOS, Élida; HENRIQUES, Marina. *Proposta de projectos para o observatório da Justiça brasileira*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009

\_\_\_\_\_. (Org.). *Democratizar a Democracia. Os caminhos da democracia participativa*. Vol. 1. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 2002.

\_\_\_\_\_. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. Revista de Processo. V. 10, n. 37, jan./mar. 1985.

\_\_\_\_\_. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

\_\_\_\_\_. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 11.ed. São Paulo: Cortez, 2006.

\_\_\_\_\_. *The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada*. *Law and Society Review*, v.12, n.1, outono 1977, p.5-126. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/i354484>>. Acesso em: 8 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1994 .

\_\_\_\_\_. *Justiça: A década da visibilidade*. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ces.uc.pt/index.php?col=opinioao&id=2007#.WP3fhNLyuUk>>; Acesso em: 12 maio 2015.

\_\_\_\_\_. *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada*. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura\\_pasargada\\_passar.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_pasargada_passar.pdf)>; acesso em: 07 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. *O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados*. *Direito e Avesso*. Boletim da nova escola jurídica brasileira, Brasília, ano II, n. 3, 1983 .

\_\_\_\_\_. *Tribunais e Democracia*. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ces.uc.pt/index.php?col=opinioao&id=8195#.WP3dz9LyuUk>>; Acesso em: 12 maio 2015.

SAPADONI, Joaquim Felipe. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo e sua declaração judicial: alguns aspectos recursais*. In: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos*, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHULZE, Marianne. *Tomada de Decisões: somente para quem está no poder?* In: Revista Deficiência Intelectual, n. 8, jan./jun., 2015

SECRETARIA DE DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-com-deficiencia/dados-estatisticos/relatorio-de-monitoramento-da-convencao>>; Acesso em 14 jan. 2017.

SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupo vulneráveis. Uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SEM, Amartya. *A ideia de Justiça*. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Donienelli Mendes. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Adriana dos Santos. *Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário*. Barueri, SP: Manole, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

\_\_\_\_\_. *Poder Constituinte e poder popular: estudos sobre a constituição*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Maurício da. *Alteridade e cidadania*. Disponível em: <<http://www.evirt.com.br/conlunistas/mauricio08.htm>>; Acesso em: 10 out. 2015.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. *Alteridade: a identificação da diferença*. In: Revista

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. *Entre hefesto e procusto a condição das pessoas com deficiência*. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/162>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa Perplexidade (Parte I)*. Revista Consultor Jurídico. 6 Ago. 2015. Disponível:

<<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>; Acesso em 20 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2)*. Revista Consultor Jurídico. São Paulo: 7 de agosto de 2015. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas#\\_ftn3](http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas#_ftn3). Acesso em 20 nov. 2016

\_\_\_\_\_. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo (Org.). *Introdução crítica ao direito*. 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. *Violência Escolar*. São Paulo: Pillares, 2012.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à Justiça*. Dois de Julho: Salvador, 2011.

SOUZA, Wilson Alves. *Acesso à Justiça e a Responsabilidade Civil do Estado por sua Denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. Coimbra, 2006.

STF. Supremo Tribunal Federal. *As constituições do Brasil*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97174>>; Acesso em: 12 maio 2015

STF. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>

STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>

STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível: <<http://www.stj.jus.br>>

STOLZE, Pablo. *Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41381>>. Acesso em: 6 ago. 2016.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m)crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014.

SYMEONIDES, Symeon C. *A choice-of-law rule for conflicts involving stolen cultural property*. In: LEXISNEXIS. Disponível em: < <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=38+Vand.+J.+Transnat%27I+L.+1177&srctype=smi&srcid=3B15&key=99b70e9cd0dc67b98c522b4b9eef3856>>; acesso em: em: 15 nov. 2016

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade No Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Parecer*. Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil, edição número 70, de janeiro e de fevereiro de 2016.

\_\_\_\_\_; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor. Direito material e Processual*. Volume único. 4. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2015.

TASK, Mr. Andrew J. *arguments defendants tend to hear from plaintiffs*. Disponível em: <*arguments defendants tend to hear from plaintiffs*>; acesso em: 05 jan. 2017.

TASSE, Adel Al. *A crise no Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional*. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. atual. Amp. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Integridade psíquica e capacidade de exercício*. Revista trimestral de direito civil, Rio de Janeiro, v. 33, p. 3-36, jan./mar. 2008.

TEIXEIRA, João Paulo Fernandes Allain. *Acesso à justiça, proporcionalidade e “pilula vermelha”*: entre racionalidade e hermenêutica. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (coord.). *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador: Jus Podvm, 2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O juiz em face do Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Do sujeito de Direito à Pessoa Humana*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo civil brasileiro contemporâneo iluminado pelos princípios constitucionais*. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org). *O processo em perspectiva*. Jornadas brasileiras de direito processual civil – homenagem à José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2013, p.173-200.

TJ/BA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia: Disponível em: <<http://www.tjba.jus.br>>.

TJ/MG. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>.

TJ/PE. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Disponível: <<http://www.tjpe.jus.br>>.

TJ/SP. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>.

TOMAZETTE, Marlon. ARAÚJO, Rogério Andrade Cavalcanti. *Crítica à nova sistemática da incapacidade de fato segundo a Lei 13.146/15*. Publicado em 09/2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42271/critica-a-nova-sistemica-da-incapacidade-de-fato-segundo-a-lei-13-146-15>>; Acesso em: 27 mar. 2017.

TST. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>.



UNIVERSITA DEGLI STUDI DI MALNO. *Sentenza n. 23 anno 2013. Il problema dell'incapace "eternamente giudicabile": un severo monito della Corte costituzionale al legislatore*. Disponível em: < <http://www.penalecontemporaneo.it/d/2091-il-problema-dell-incapace-eternamente-giudicabile-un-severo-monito-della-corte-costituzionale-al-le>>; Acesso em: 21 dez 2016)

VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico Nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Parte Geral. 15 ed. São Paulo: 2015.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeitocidadã*. In: WOLKER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Os "novos" direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Sobre coerção, autoridade e efetividade do processo*. In: TESHEINER, José Maria da Rosa (Coord.); MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. *Instrumentos de Coerção e Outros Temas de Direito Processual Civil – Estudos em Homenagem aos 25 anos de Docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WATANABE, kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1988. p. 128-135.

\_\_\_\_\_. *Da Cognição no processo civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Participação e processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO Cândido Range; WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e sociedade moderna*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. In: TEIXEIRA, Sílvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

WINNICOTT, Donald. W. *A família e o desenvolvimento individual*. São Paulo: Martins Fontes, 2013

ZAR, Aldo Marcelo. *Suspensión de la prescripción: Casos no previstos legalmente y supuestos controvertidos. Las interpretaciones del espíritu de la ley*. In: VALLESPINOS, Carlos G. *Cuaderno de Obligaciones. Prescripción extintiva*. n. 6. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2014, p. 253-289