

**ISSN 2175-2176**



**IAB** *INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS*

# Revista Digital

**Ano III - Número 12  
Outubro a Dezembro de 2011**

## Conselho Editorial

---

### Coordenador-Geral

Dr. José Campello de Oliveira Júnior

### Conselho Editorial

Antonio Luiz Calmon Teixeira da Silva – BA

Alexandre Brandão Martins Ferreira – RJ

Claudia Lima Marques – RS

Cláudio Araújo Pinho – MG

Éster Kosovski – RJ

José Antônio Figueiredo de Almeida Silva – MA

Luis Dilermando de Castelo Cruz – RJ

Roberto Antônio Busato – PR

Sérgio Ribeiro Muylaert – DF

Vitor Sardas – RJ

**INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS.**

**REVISTA DIGITAL**

**Rio de Janeiro: IAB, 2011.**

**Ano III – Número 12. Outubro a Dezembro de 2011**

**Periodicidade:** Trimestral

**Acesso:** <http://www.iabnacional.org.br>

**ISSN 2175-2176**

FICHA CATALOGRÁFICA

## Índice

---

### DOCTRINA

- 4**     **Silva, Érica Guerra da**  
**A Ordem Econômica Brasileira à Luz do Princípio do Tratamento Diferenciado e Favorecido para as Micros e Pequenas Empresas.**
- 18**    **Cortez, Rita**  
**O Falso Dilema sobre a Aplicação da Lei do Aviso Prévio Proporcional**
- 31**    **Tebet, Diogo**  
**Crimes Informáticos: Análise dos Aspectos Penais do Pl N° 84/1999 (Plc N° 89/2003)**
- 47**    **Grechi, Frederico Price**  
**“Uma Visão Contemporânea do Código de Processo Civil e do Impacto do Código Civil de 2002: O Postulado da Coerência como Critério Hermenêutico para o Controle da Juridicidade em Abstrato da Relativização do Princípio da Congruência entre o Pedido e a Sentença – Adequação da Tutela Jurisdicional à Tutela de Direitos entre Particulares”.**
- 67**    **Glanz, Semy**  
**Brésil - Donations et successions**

## Doutrina

---

# A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA À LUZ DO PRINCÍPIO DO TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO PARA AS MICROS E PEQUENAS EMPRESAS.

Érica Guerra da Silva\*

**Sumário:** Introdução - Distinção entre princípios e regras - Princípios Constitucionais Materiais - A Ordem Econômica à luz dos fundamentos da República Federativa do Brasil - Princípios Gerais da Atividade Econômica e o Princípio da Livre Iniciativa - Princípio do Tratamento Favorecido as empresas brasileiras micro e de pequeno porte - Conclusão.

Bibliografia.

### Introdução

O presente trabalho concentra-se na análise dos princípios na Constituição de 1988, destacando-se o estudo da distinção entre princípios e regras e as formas de soluções de conflitos entre eles. Examinam-se os princípios constitucionais materiais, que expressão valores ou indicam fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, irradiam-se pelo sistema.

Na classificação dos princípios constitucionais materiais estabelecidos pela doutrina, o estudo recairá sobre os princípios setoriais da Ordem Econômica tratados nos Títulos VII e VIII da Constituição de 1988.

Descreve-se atuação do Estado na ordem econômica, em que será abordado o papel do Estado no domínio econômico, conceituando como e quando este poderá atuar no lugar da livre iniciativa. A livre iniciativa constitui um dos princípios fundamentais da Carta Magna. O Estado somente poderá atuar no lugar dessa quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definido em lei.

O grande avanço ocorrido com a Constituição de 1988, que traz em seu texto a idéia do pós-positivismo, cujos princípios têm supremacia. Tais princípios visam fundamentalmente valorizar a pessoa humana e a prevalência de valores éticos, segundo perspectiva social e coletiva.

Dentre os princípios trazidos na Carta de 1988, o princípio do tratamento diferenciado e favorecido para as micros e pequenas empresas tem contribuído, principalmente, para efetividade dos fundamentos constitucionais.

## 1. Distinção entre princípios e regras

A presença de princípios e regras é basilar a efetividade da Constituição<sup>1</sup>.

Atualmente, afirma-se que norma é um gênero<sup>2</sup> do qual são espécies tanto as regras quanto os princípios.

Para conceituar princípio não vamos nos valer da idéia de princípio enquanto começo, sentido etimológico da palavra, mas como valores que servirão de critério para compreensão das normas. Já as regras são comandos normativos sedimentados à vista dos fatos da vida.

Genaro Carrió ensina que o conceito de princípio se vincula a pelo menos sete focos de significação.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Conforme SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 49-52: "As Constituições nascem com a pretensão de permanência. Exatamente por essa razão, elas devem ser dotadas de válvulas que permitam a atualização dos seus ditames em face das alterações que ocorrem na sociedade com o passar dos tempos. (...) A adoção de um sistema constitucional que se alicerçasse exclusivamente sobre princípios careceria ao ordenamento uma dose inaceitável de incerteza e insegurança, já que a aplicação dos princípios opera-se de modo mais fluido e menos previsível do que a das regras. Entretanto, a instituição de um modelo que se fundasse unicamente sobre regras, não daria conta da crescente complexidade das situações que a Constituição propõe-se a tutelar, pois engessaria o intérprete e o legislador infraconstitucional, subtraindo-lhes a maleabilidade necessária a acomodação dos conflitos que naturalmente se estabelecem, em casos concretos, entre diversos interesses constitucionais correntes."

<sup>2</sup> Conforme BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 78: "As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essências destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um andamento, uma prescrição, uma ordem, como força jurídica e não apenas moral."

J.J. Gomes Canotilho discorre sobre diversas fórmulas que têm sido elaboradas como critério de distinção.<sup>2</sup>

Havendo conflito entre regras<sup>3</sup> a solução advém da aplicação de critérios abstratos – hierárquico, cronológico e de especialidade –, o que levará a exclusão da aplicação de uma regra por incidência da outra.

A colisão entre princípios será solucionada pela aplicação da ponderação de interesses. O intérprete ao aplicar essa técnica de solução de colisões deve levar em consideração valores substantivos que orientam a ordem jurídica, por exemplo, a segurança, dignidade da pessoa humana dentre outros. Ademais, deve ainda verificar se efetivamente os princípios incidentes sobre o caso concreto se confrontam na resolução ou se é possível conciliá-los.

Daniel Sarmiento explica a técnica da ponderação de interesses.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Conforme CARRIÓ, Genaro R. Op. Cit, p. 33-34: "I) as idéias de 'parte ou ingrediente de algo', 'propriedade fundamental', 'núcleo básico', 'característica central'; II) as idéias de 'regra', 'guia', 'orientações gerais'; III) as idéias de 'fonte geradora', 'causa', ou 'origem'; IV) as idéias de 'finalidade', 'objetivo', 'propósito' ou 'meta'; V) a idéia de 'premissa', 'inalterável ponto de partida para o razoável', 'axioma', 'verdade teórica postulada como evidente', 'essência', 'propriedade definitiva'; VI) as idéias de 'regra prática de conteúdo evidente', 'verdade ética inquestionável'; VII) as idéias de 'máxima', aforismo', 'provérbio', 'peça (moeda) de sabedoria prática que nos vem do passado e que traz consigo o valor da experiência acumulada no prestígio a tradição."

<sup>2</sup> Conforme CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit., pp. 1170/1171: "Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é tarefa particularmente complexa. Varias são os critérios sugeridos: a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida. b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação directa. c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito). d) proximidade da idéia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de Justiça (Dworkin) ou na idéia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente funcional. e) Natureza normogenética: os princípios são fundamentais de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso uma função normogenética fundamentante."

<sup>3</sup> Conforme GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., pp.89-90: "As regras devem ser aplicadas por completo ou não, não comportando exceções, enquanto os princípios não se excluem, comportando exceções no âmbito de sua aplicação."

Cumpra observar, porém, que inúmeras regras constitucionais representam a concretização normativa de princípios, dos quais são materialmente dependentes.

### 1.1 Princípios Constitucionais Materiais

Os princípios constitucionais podem ser divididos em princípios instrumentais de interpretação constitucional e princípios materiais.

São classificados como materiais os princípios que expressão valores ou indicam fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, irradiam-se pelo sistema, porém, nem todos princípios possuem o mesmo raio de ação.

A classificação dos princípios materiais que se segue leva em consideração a amplitude dos efeitos dos princípios e o seu grau de influência.

Classificam-se os princípios materiais: a) Princípios fundamentais; b) Princípios gerais e c) Princípios setoriais.

Os princípios setoriais que estruturam a ordem econômica definem a produção, circulação e consumo das riquezas no sistema brasileiro.

---

<sup>1</sup> Conforme SARMENTO, Op. Cit., p. 99-105: "A primeira missão do intérprete, quando se deparar com uma possível colisão entre interesses constitucionais, é tentar traçar os limites imanentes dos princípios que os consagram, para verificar se, de fato, ocorre o embate. Se da interpretação dos princípios envolvidos no caso resultar a constatação de uma efetiva colisão, deve-se passar à segunda fase do processo, que envolve a ponderação propriamente dita entre os interesses em disputa. Nesse caso, ele deve, à luz das circunstâncias concretas, impor "compressões" recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro. Assim, em primeiro lugar, o intérprete terá de comparar o *peso genérico* que a ordem constitucional confere, em tese, a cada um dos interesses envolvidos. As restrições aos interesses em disputa devem ser arbitradas mediante o emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em outras palavras, o julgador deve buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo, que atenda aos seguintes imperativos: (a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; (b) tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico."

São princípios que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição.

Com a Constituição Mexicana de 1917, seguida da Constituição de Weimar, de 1919, a expressão “ordem econômica” adquiriu dimensão jurídica.

A Constituição Federal de 1934 apresentou, pela primeira vez, um título mencionando a Ordem Econômica e Social, que foi mantido pela Constituição promulgada em 1988, que trata dos princípios da atividade econômica, da prestação de serviços públicos, do monopólio, da política de transportes, da compatibilização entre as políticas urbana, agrária e do sistema financeiro e tributário nacional (Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, e no Título VIII).

O Estado ao passar descrever na Constituição o sistema normativo-programático de sua atuação na ordem econômica faz surgir o conceito de constituição econômica. No constitucionalismo liberal as normas constitucionais visavam apenas à harmonização de conflitos e legitimação de poder. No constitucionalismo contemporâneo a Constituição funciona como instrumento de implementação de políticas públicas, visando à transformação e aprimoramento da ordem econômica.

O objetivo da ordem econômica formal (dever ser) é adaptar a ordem econômica material (ser) aos seus ditames. Sendo certo que a ordem econômica compõe-se não apenas de normas constitucionais, mas também de normas infra-constitucionais.

## **2. A Ordem Econômica à luz dos fundamentos da República Federativa do Brasil.**

A Constituição de 1988 é considerada uma constituição dirigista, pois descreve um conjunto de diretrizes, programas e fins que devem ser realizados pelo Estado e pela sociedade.

O art. 170 inaugura o Título VII da Ordem Econômica e Financeira, sendo o capítulo I responsável por descrever os princípios gerais da atividade econômica.



A Ordem Econômica não se limita aos dispositivos constante no Título VII da Constituição<sup>1</sup>.

A legitimação, os limites e a finalidade do exercício da atividade econômica pelo Estado estão expressos nos art. 173 e 174.

O Estado deve desempenhar o papel de estimular o desenvolvimento da sociedade como um todo, observando, sempre, o princípio da livre iniciativa, cabendo-lhe zelar para que tal fato ocorra, ainda que ele próprio tenha que atuar como empreendedor, quando a iniciativa privada não puder ou não tiver condições de desempenhá-lo, conforme prevê a lei (art. 173).

Muito embora a exploração direta da atividade econômica pelo Estado esteja prevista no art. 173, *caput*, nunca houve uma definição do que viria a ser “interesse público” e “segurança nacional” como fato gerador da intervenção direta do Estado nesta, havendo, portanto, uma dubiedade interpretativa, pois a Constituição, em seu art. 1º IV, tem a livre iniciativa como um princípio fundamental.

A Emenda Constitucional nº 19/98, art. 22 modificou o art. 173, § 1º e passou a exigir lei complementar definindo as funções que podem ser exploradas por empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, visando estabelecer regras para esse casuísmo.

Somente, no caso da iniciativa privada não demonstrar interesse em tal atividade é que o Estado estará legitimado a explorá-la, baseado no poder-dever de agir em prol da sociedade, em face do princípio da subsidiariedade.

O Estado deverá declinar do exercício de atividades que o particular tiver capacidade de exercer por sua própria vontade, utilizando-se de recursos próprios, o que implicaria numa limitação à intervenção do Estado na atividade econômica.

A intervenção do Estado na ordem econômica sujeita-se ao princípio da legalidade (CFRB, art. 37). Assim, o planejamento, baseado em dispositivos legais, é o instrumento no qual devem

---

<sup>1</sup> Conforme GRAU, Eros. Op. Cit., p. 197: “Ao bojo da Ordem Econômica, tal como a considero, além dos que já no seu Título VII se encontram, são transportados, *fundamentalmente*, os preceitos inseridos nos seus arts. 1º, 3º, 7º a 11, 201, 202, 218 e 219.”

estar estabelecidos os limites e objetivos da atuação estatal, que tem por finalidade dar organicidade à intervenção, uma atividade vinculada.

Consequência natural do planejamento econômico dentro de um regime que privilegia a livre iniciativa é o fomento.<sup>1</sup>

As principais intervenções de fomento são classificadas por Augusto Athayde.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Conforme SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. Cit., p. 39: "O fomento público não é imposto à sociedade, sendo facultativa a relação jurídico-administrativa, sendo o administrado livre para aderir aos objetivos de interesse público fixados em lei, em troca dos incentivos nela previstos."

<sup>2</sup> De acordo com ATHAYDE, Augusto de. Estudos de Direito Econômico e de Direito Bancário. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1983. p. 81/88 *apud* SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. 3ª ed. Rio de Janeiro. Lumem Juris: 2003. p. 41-56: "a) Benefícios e incentivos tributário: são as isenções e reduções de tributos, que, em harmonia com as normas gerais, deveriam ser integralmente cobradas. O acesso privilegiado ao mercado de capitais, através dos quais a Administração Pública favorece a orientação do investimento privado em empresas de certos setores ou regiões mediante a tomada de posições e acionárias (capital de risco). b) Garantias: quando a empresa privada, necessitando recorrer ao mercado de capitais para obter condições de desempenhar atividades de interesse público, apresenta o compromisso de a Administração se responsabilizar pela dívida em caso de inadimplemento, como, por exemplo, na fiança, no aval e na garantia de emissão de debêntures. c) Subsídio: é um donativo, sem obrigação de reembolso (daí se distinguindo do empréstimo), destinado a tornar possível a manutenção de preços políticos, permitindo a determinadas empresas a venda de seus produtos abaixo do custo. Subsídios há, ainda, que se destinam a incentivar a realização de certas campanhas de melhoramentos, designadamente na agricultura ou no que respeita ao industrial. d) Empréstimos em condições favoráveis – destinados a atividades que mereçam apoio oficial. Podem ser classificados em três grandes categorias: a) feitos diretamente pelo Tesouro nacional ou pelos Tesouros Estaduais; b) créditos facultados por fundos especiais, alguns dos quais não são mais do que meras contas que determinados órgãos da Administração ficam com a faculdade de movimentar. Outros são já constituídos por organizações de serviços mais ou menos complexos, dotadas de autonomia administrativa, mas carecendo de personalidade jurídica. Outros, ainda erigidos em pessoas jurídicas, cabem na categoria das autarquias. É o caso, no Brasil, de fundos regionais de desenvolvimento, tais como o Finor, ou fundos setoriais, como o Fundo Nacional de Marinha Mercante; c) empréstimos concedidos por empresas públicas ou sociedades de economia mista de natureza bancária, como, por exemplo, Banco de Desenvolvimento, Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil etc. e) Assistência técnica: Orientação dada por entidade da administração pública às atividades de produção e comercialização das empresas privadas; são, por exemplo, estudos, pesquisas (Embrapa), bancos de dados (INPI) e informações (IBGE). Ainda, através de órgãos de informação e formação, por exemplo, SENAI, SENAC, SEBRAE etc. f) Privilégios especiais: a disciplina de mercados, em que concorrem empresas de potencial econômico muito desigual, através do estabelecimento de contingenciamentos, constitui também, quanto às mais fracas, uma medida de auxílio. g) Desenvolvimento do Mercado de Títulos: reside em colocar ao dispor das empresas meios de atrair capitais, assim resolvendo o problema do seu financiamento sem recorrer a empréstimos, sem onerar o seu passivo. h) Protecionismo à produção nacional: a motivação tem a ver com a proteção à indústria nascente, que em regime de competição, não teria condições (nem estímulos) para se impor no mercado – o que, em última instância, refletiria na redução das opções oferecidas ao consumidor; a necessidade de proteção se reforça quando a atividade for considerada estratégica para a defesa nacional ou imprescindível ao desenvolvimento do país, em especial no que concerne ao desenvolvimento tecnológico. O fundamental, frise-se, é que tais políticas sejam

O fomento pelo poder público deve sempre ser voltado para objetivos maiores, em que a renúncia à receita proporcionará benefícios como novos empregos e mais atividades econômicas.

## 2.1 Princípios Gerais da Atividade Econômica e o Princípio da Livre Iniciativa.

Os princípios gerais da atividade econômica representam decisões políticas fundamentais do constituinte originário que visam subordinar a atuação estatal na economia e delimitar a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Os princípios da Ordem Econômica podem ser divididos em Princípios de funcionamento - referem-se à dinâmica das relações produtivas, às quais todos os agentes estão vinculados, inclusive o Estado quando assumir a posição de fornecedor (art. 170, incisos I a VI da CRFB) e Princípios-fim - traçam os objetivos que a Ordem Econômica deverá atingir. Diz respeito ao Estado como indutor da atividade econômica e deverá definir a política econômica estatal (art. 170, incisos VII a IX c/c art. 3º todos da CRFB).

A livre iniciativa foi positivada na Constituição de 1969, como princípio da ordem econômica: *“Art. 170. Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.”* O constituinte privilegiou as empresas privadas com a prerrogativa de desenvolver atividades econômicas, admitindo-se ao Estado a função de apenas desempenhar o papel de facilitador para que tais operações fossem coroadas de pleno êxito. O Estado não pode exercer de atividades concorrenciais com a iniciativa privada. Pode, contudo, desempenhar atividade supletiva a esta, fato que denota a presença do ideário caracterizador do liberalismo econômico ou da economia social de mercado.

---

amparadas num contexto geral de desenvolvimento do país, sob pena de contrariar preceitos de direito internacional de liberação do comércio entre países – onde são vedadas discriminações em nome da abertura das economias para privilegiar a produção de escala. i) Pólos industriais e comerciais e sociedades de capital de risco: os pólos econômicos são regiões que recebem do governo incentivos fiscais e investimentos em infra-estrutura, almejando a concentração de empresas em uma determinada região; é o caso dos pólos petroquímicos e dos pólos industriais. Já as sociedades de capital de risco são criadas para participar, temporariamente e sem controle, do capital social de empresas com potencial de expansão e viabilidade, de modo a dinamizar o mercado de capitais e fomentar o investimento privado. j) Controle dos mecanismos de fomento feito sob o triplice aspecto da legalidade, legitimidade e da economicidade (art. 70 da CRFB).”

O que era um princípio da ordem econômica, Constituição de 1969, passou a se constituir num fundamento do Estado Democrático de Direito (inciso IV, do Art. 1º, da Constituição Federal de 1988).

O princípio da livre iniciativa é um das orientações fundamentais da filosofia liberal econômica. É defendido como forma de impedir todo e qualquer vínculo com entes que possam impor submissão ao mercado, garantido direito de atuar livremente no segmento econômico preferido e, ao proprietário, a prerrogativa de dispor livremente de sua propriedade e de seus bens, conforme normas que melhor lhe agradar.

Como aspectos da livre iniciativa destacam-se: a liberdade de empresa (livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos expressos em lei - art. 170, § único da CRFB); a livre concorrência (direito de o empreendedor estabelecer seus preços de acordo com o funcionamento do mercado, em ambiente competitivo - art. 170, IV da CRFB) e a liberdade de contratar (decorrência do princípio da legalidade, pelo qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei - art. 5º, II da CRFB).

Do princípio constitucional da livre iniciativa é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º IV da CRFB).

Qualquer restrição à livre iniciativa, por representar uma exceção ao princípio, tem que está prevista na Carta Constitucional.

## **2.2 Princípio do Tratamento Favorecido as empresas brasileiras micro e de pequeno porte.**

Os artigos 146, III e 170, IX da Constituição de 1988 ao descreverem um tratamento diferenciado e favorecido para as micros e pequenas empresas reconhecem a expansão das pequenas e médias empresas como especialmente promotoras de bem-estar social, pois, segundo pesquisa do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística):<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/microempresa/consulta\\_em\\_25/03/2007](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/microempresa/consulta_em_25/03/2007): 1.98% das empresas do País são micros e pequenas empresas; 2. representam 93% dos estabelecimentos empregadores, assegurando

A autorização constitucional para o tratamento diferenciado e favorecido para as micros e pequenas empresas é efetivado pelas normas infraconstitucionais.

Visando facilitar ainda mais o dia-a-dia das empresas de pequeno porte e das microempresas, que receberam um tratamento diferenciado quando da sanção, em 1996, da Lei nº 9.137, de 5 de dezembro de 1996, que criou o SIMPLES Federal (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte) e da Lei nº 9.841 de 1999, que instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte que.

As Leis nºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999, foram revogadas pela Lei Complementar 123 de 14 de dezembro de 2006 que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991; da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001 e da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990.

O novo Estatuto das Micros e Pequenas Empresas, Lei Complementar 123/2006, trouxe novos estímulos governamentais:

- a) No processo licitatório de aquisição de bens ou serviços de natureza divisível permite que seja estabelecida cota de 25% do objeto para a contratação de ME e EPP (art. 48, III);
- b) Incentiva o associativismo através da criação de Consórcio Simples, nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo Federal, para realização de negócios no mercado nacional e internacional. O consórcio deverá ser formado apenas por ME e EPP optantes do Simples Nacional (art. 56);
- c) Linha de Crédito específica para as ME e EPP, objetivando reduzir os custos da transação e facilitando o acesso às informações cadastrais relativas ao crédito (arts. 57, 58, 59 e 61);
- d) A lei estimula à inovação determinando que, no mínimo, 20% dos recursos de tecnologia da União, estados e Distrito Federal e agências de fomento deverão ser destinados às ME e EPP, inclusive com previsão em seus orçamentos anuais (arts. 65, 66 e 67).

A Lei Complementar 123/2006 representa uma modificação importante no ordenamento jurídico brasileiro para a formalização das atividades empresariais que funcionam na

---

60% dos empregos gerados no Brasil; 3. participam com 43% da renda total dos setores industrial, comercial e de serviços.

clandestinidade. Quanto às micros e pequenas empresas já em atuação o objetivo foi dar condições para que possam competir no mercado, desta forma contribuirão com a diminuição dos problemas sociais gerando novos postos de trabalho e arrecadando tributos.

A Lei Complementar 128 de 2008, regula o artigo 966 do Código Civil, definindo Microempreendedor Individual (MEI).

Na Lei Complementar 128/2008, têm-se novos estímulos governamentais:

- a) No que tange a tributação, o Microempreendedor Individual (MEI) poderá optar pelo Sistema de Recolhimento em Valores Fixos Mensais dos Tributos abrangidos pelo Simples Nacional (SIMEI), independentemente da receita bruta por ele auferida no mês. O recolhimento será através do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (DAS), valor fixo mensal.
- b) O MEI não estará sujeito à incidência do IRPJ, do IPI, da CSLL, da COFINS, do PIS, e do INSS patronal. Portanto, não estará sujeito ao recolhimento das alíquotas previstas nas tabelas do Simples Nacional.
- c) O reajuste da Contribuição INSS será reajustado, na forma prevista em lei ordinária, na mesma data de reajustamento dos benefícios de que trata a Lei nº 8.213/1991, de forma a manter equivalência com a contribuição de que trata o § 2º do art. 21 da Lei nº 8.212/1991.
- d) Poderá se enquadrar como MEI o empresário individual que possua um único empregado que receba exclusivamente 1 (um) salário mínimo ou o piso salarial da categoria profissional. A Lei Complementar 128/2008 ao tratar do MEI não o desobrigou do recolhimento do FGTS do empregado, o qual deve ser calculado a base de 8% sobre o seu salário.
- e) Será obrigatória a emissão de documento fiscal nas vendas e nas prestações de serviços realizadas pelo empreendedor individual para destinatário cadastrado no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ, ficando dispensado desta emissão para o consumidor final.
- f) Nos termos da Resolução CGSN 81/2011, com nova redação dada pela Resolução CGSN 84/2011, na hipótese de o MEI ser optante pelo SIMEI no ano-calendário anterior, deverá apresentar, até o último dia de maio de cada ano, à RFB, a Declaração Anual do Simples Nacional para o Microempreendedor Individual (DASN-SIMEI).
- g) O empresário individual não está obrigado a escrituração dos livros fiscais e contábeis.

Não poderá optar pela sistemática de recolhimento pelo MEI:

I - cuja atividade seja tributada pelos Anexos IV ou V da Lei Complementar 123/2006, salvo autorização relativa a exercício de atividade isolada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor;

II - que possua mais de um estabelecimento;

III - que participe de outra empresa como titular, sócio ou administrador; ou

IV - que contrate empregado, exceto em relação ao empresário individual que possua um único empregado que receba exclusivamente 1 (um) salário mínimo ou o piso salarial da categoria profissional.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011, objeto da conversão da Medida Provisória nº 529/2011, o MEI passou a dispor de tramite especial e simplificado processo de abertura, registro, alteração, baixa e qualquer exigência para o início de seu funcionamento deverão ter trâmite especial e simplificado, conforme previsto pelo Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSIM (art. 2º, III da LC 123/2006) e na Resolução 16 de 17 de dezembro de 2009.

A inscrição é inteiramente eletrônica, sem pagamento de taxa, emolumentos ou custas.

A Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011, no artigo 1º, altera os arts. 21 e 24 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, promovendo a redução da carga tributária alterando a alíquota de contribuição para a previdência social de 11% para 5%. Assim, caso o MEI pretenda usar seus recolhimentos para fins de aposentadoria por tempo de contribuição, aplicar-se-á a diferença entre o percentual pago e o percentual de 20% sobre o valor do salário mínimo, acrescido de juros. Devida a mudança de do percentual da contribuição para 5%, a complementação das contribuições recolhidas até abril de 2011 permanecerá de 9%, passando a 15% para os meses posteriores. A lei ainda garante à empregada do microempreendedor individual de que trata o art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, será pago diretamente pela Previdência Social.

O desenquadramento do SIMEI será realizado de ofício ou mediante comunicação do MEI. O desenquadramento do SIMEI não implica necessariamente exclusão do Simples Nacional. O contribuinte desenquadrado do SIMEI passará a recolher os tributos devidos pela regra geral do Simples Nacional a partir da data de início dos efeitos do desenquadramento (art. 3º da Resolução CGSN 58/2009).

Há previsão de modificação nos valores de enquadramento dos microempresários para janeiro de 2012. No caso das *microempresas*, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, será de *receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais)*; as *empresas de pequeno porte*, o empresário,

a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, passará para *receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais e o Microempreendedor Individual - MEI* que aufera receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 60.000,00 (sessenta reais).

## Conclusão

Hodiernamente, a atividade econômica organizada, incluindo o MEI, legalmente conceituado como microempresário, tem adquirido presença relevante na economia do país, posto que tem sido objeto de campanha governamental para formalização que estima tratar-se de cerca de 10 milhões.

A atividade econômica desenvolvida pelo microempresário, que já chegou a ser considerada irrelevante para economia nacional, principalmente com a criação do Microempreendedor (MEI), destaca-se como subterfúgio para solucionar a desigualdade social.

A análise do princípio do tratamento diferenciado aos micronegócios, que tem se destacado por políticas públicas de formalização, é fundamental para que se possa compreender as alterações que acontecem no desenvolvimento da atividade empresária, por exemplo, crise econômico-financeiro, que são verificáveis pelos números de decretação de falência e pedido de recuperação judicial.

Ademais, deve-se analisar a repercussão perante o Poder Judiciário das demandas relacionadas aos microempresários, para se ponderar a especialização da prestação jurisdicional.



## BIBLIOGRAFIA

ATHAYDE, Augusto de. Estudos de Direito Econômico e de Direito Bancário. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1983. p. 81/88 *apud* SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. 3ª ed. Rio de Janeiro. Lumem Juris: 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro. Renovar: 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRIÓ, Genaro R. *Principios Jurídicos y positivismo jurídico*. Tradução de Miriam Nóbrega de Moura. Monografias jurídicas (131). Buenos Aires – Argentina. Abeledo Perrot, 1969.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem Econômica na Constituição de 1988. Interpretação e crítica*. 4ª Ed. rev.atual. São Paulo, Ed.: Malheiros, 1998.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris: 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. 3ª ed. Rio de Janeiro. Lumem Juris: 2003.

## PÁGINAS DA INTERNET CONSULTADAS

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/microempresa/consulta> em 25/03/2007.

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

---

**Mestre em Direito. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro Permanente da Comissão de Direito Empresarial. Membro do Comitê Brasileiro na Câmara de Comércio Internacional (Comissão de Arbitragem). Professora Assistente da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Professora Convidada da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ). Autora de Livros e artigos jurídicos.**

## Doutrina

### O FALSO DILEMA SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI DO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL

Rita Cortez\*

A Assembléia Constituinte, através da Comissão da Ordem Social, abrigou na redação final do inciso XXI, do art. 7º, da Constituição Federal de 1988, o tradicional instituto trabalhista do aviso prévio, conferindo-lhe o status de direito social fundamental dos trabalhadores.

A novel Constituição, inspirada nos conceitos de cidadania e na valorização social do trabalho, além de criar um prazo mínimo de 30 dias de aviso prévio para todos os trabalhadores urbanos e rurais, instituiu a proporcionalidade de sua duração ao tempo efetivo de serviço do empregado numa mesma empresa, com critérios a serem definidos, todavia, através de lei ordinária complementar.

Diante da lacuna constitucional, em 13 de outubro último foi publicada a Lei 12.506 de 11/10/11. Originária do Projeto de Lei 3.941/89 de iniciativa do Senado Federal (PLS 89/1989), o projeto é de autoria do Senador constituinte Carlos Chiarelli (PFL/RS). Trata-se, pois, de projeto de lei com tramitação iniciada no Congresso Nacional em 1989.

Com mais de vinte anos dormitando em comissões e gabinetes da Câmara dos Deputados, os congressistas só foram despertados, quando o Supremo Tribunal Federal, abandonando a linha de tão somente declarar a notificação de mora legislativa nos mandados de injunção até então ajuizados, como no caso do MI 278/MG de 2001, resolveu, em ativismo judicial, criar uma fórmula, para fixar a proporcionalidade do aviso prévio ao tempo de serviço do empregado nos julgamentos em curso.

A postura assumida pela Corte Superior de estabelecer uma regra dando concretude à ampliação do prazo da notificação da dispensa do empregado tinha motivo justo. Nos vinte é três anos que nos distanciam de sua publicação, não foram poucas as críticas sobre a conjugação da inércia do legislador com a limitação interpretativa jurisprudencial, impondo barreiras intransponíveis à efetivação da norma que fora acolhida na Constituição Federal, como instrumento de combate aos malefícios causados pela alta rotatividade da mão de obra no país.

A sonolência dos legisladores é fato evidente. No poder judiciário, inobstante haver algumas decisões, no sentido de que a proporcionalidade do aviso prévio era auto-aplicável, o Tribunal Superior do Trabalho, em 1987, na contramão dos julgamentos nas instâncias inferiores, firmou entendimento, através da OJ 84 da Seção de Dissídios Individuais-1, colocando-a dependente de legislação regulamentadora.

Precisou o STF cogitar a normatização, tal como fez com o direito de greve dos servidores públicos, para que, finalmente, o PL fosse posto em votação na Câmara, transformando-se, com a sanção presidencial, em 11 de outubro, na Lei 12.506.

O instituto do aviso prévio está previsto na CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) desde a década de 50, art.487, que exige a notificação prévia da rescisão do contratual por empregados e empregadores, prescrevendo um prazo de oito dias, no caso de pagamento diário ou semanal do salário (inciso I do art. 487), e de trinta dias, na hipótese de recebimento de salário mensal ou quinzenal, ou, ainda, em qualquer caso, para empregados com tempo de serviço superior a 12 (doze) meses na mesma Empresa (inciso II do art. 487).

Albergado pela Constituição Federal, no Capítulo II, dos Direitos Sociais, do Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão trabalhador (art. 7º), o aviso prévio passou a ser assegurado aos trabalhadores urbanos e rurais pelo prazo mínimo de trinta dias e proporcional ao tempo de serviço, como fator de dignificação do trabalho.

O próprio autor do Projeto de Lei pelo Senado, o senador Carlos Chiarelli, participante ativo do processo constituinte, ao analisar o aviso prévio constitucional ("Trabalho na Constituição", Volume I, LTR, 1989), nos revela que a intenção da norma do inciso XXI não foi alterar o sexagenário instituto do aviso prévio da CLT, mas fulminar o prazo fixado segundo a modalidade de pagamento do salário (8 ou 30 dias), estabelecendo uma duração, no caso de dispensa do empregado, proporcional ao seu tempo efetivo de casa, mantendo, porém, os 30 dias já previstos no compêndio trabalhista como prazo mínimo.

Valorizar a permanência do trabalhador no emprego e servir como elemento inibidor da rotatividade no trabalho era a meta do legislador constituinte. Vale a pena conferir a abordagem feita pelo professor Chiarelli:

**"A norma consolidada permanece aplicável, com base no princípio da recepção até o ponto em que não ocorram confrontos entre o que ela dispõe e aquilo que veio a ser estabelecido pela Constituição. Esta fulminou o inciso I e II, do art. 487 da CLT que fixava em oito dias o aviso prévio dos semanalistas ou diaristas, posto que a partir de 5 de outubro de 1988, o prazo mínimo de aviso prévio, independente da forma e do prazo do pagamento do empregado, bem como o seu tempo de casa, é de trinta dias.**

/.../ O dispositivo constitucional, neste aspecto é auto-aplicável. Sendo insuscetível de dúvida interpretativa, e também porque se vê inspirado pelo "in dubio pro operário" já que aumento o tempo da notificação antecipada de rescisão. Sua aplicação é pronta e independente de qualquer complemento normativo posterior. /.../ Um aspecto, porém, mercê um comentário especial. A adoção pelo constituinte da idéia da proporcionalidade, que será estipulada, de acordo com o espírito e a letra da lei Maior, em razão do tempo de serviço do trabalhador notificado pela empresa. Destarte, quanto mais antigo for o empregado, será maior o aviso prévio que fará jus, em razão da despedida patronal, rescindindo contrato por prazo indeterminado.

/.../ Considera-se mais difícil para o trabalhador mais idoso e mais enraizado numa firma conseguir um novo emprego à altura do seu passado, experiência, e ambientação pessoal e cultural/.../. Por isso a tese da proporcionalidade progressiva na fixação do aviso prévio, tem bom senso e pragmatismo mercadológico. Respeita e valoriza a relação mais duradoura que, seguramente, terá sido mais produtiva, mais rentável para as partes e mais conveniente para a própria sociedade. É um prêmio à capacidade de conviver harmônico, também nas relações econômicas, sociais e profissionais. " (obra citada, páginas 181/186).

Impossível, pois, dissociar qualquer leitura que se faça da diminuta Lei 12.506/11, do art.7º, inciso XXI da CF e sua inserção como direito social fundamental dos trabalhadores.

### **Sobre a proporcionalidade disciplinada na lei 12.506/11:**

A inovação introduzida pelo inciso XXI, do art. 7º, da Constituição Federal, se resume, portanto, ao direito à proporcionalidade ao tempo de serviço do trabalhador, no que tange a fixação do prazo correspondente ao aviso prévio previsto na CLT. O encargo de sua estipulação foi atribuído ao legislador ordinário.

*Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição de trabalho:*

*XXI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.*

A Lei 12.506/11 foi sancionada exatamente para cumprir a missão de estabelecer o critério da proporcionalidade já que não foi previsto pela Constituição Federal. Contudo, como o prazo mínimo de 30 dias de aviso no inciso XXI, do art. 7º, era, indiscutivelmente, auto-aplicável, os incisos: I e II, do art. 487, da CLT, definindo prazos para a notificação da rescisão dos contratos de empregados, ficaram automaticamente derogados pela própria CF.

Voltado, o art. 7º, XXI, unicamente à proporcionalidade, mantiveram-se íntegras a bilateralidade e as condições para a concessão do aviso prévio, previstas no mesmo artigo 487, caput: "não havendo prazo estipulado (contratos de emprego firmados por prazo indeterminado), a parte (empregado e empregador) que sem justo motivo quiser rescindir o contrato, deverá avisar a outra da sua resolução".

O prazo da notificação de 8 ou 30 dias (incisos I,II do art. 487), também, não sofreu alteração, quando a iniciativa da ruptura contratual for do empregado (pedido de demissão),

sendo 8 dias, no pagamento de salário diário ou semanal e 30 dias, quando quinzenal ou mensal, ou, ainda, no caso de empregado demissionário com mais de 12 meses de serviço.

Entendemos que o prazo mínimo de 30 dias, sem restrições, e a proporcionalidade ao tempo de serviço são direitos assegurados, **única e exclusivamente**, aos trabalhadores e não aos empregadores. Seja qual for o princípio de exegese eleito pelo intérprete, isto é, seja pela literalidade ou sistematização das normas (caput do art. 7º e inserção no capítulo dos direitos sociais), seja teleológica (destinação social: evitar a alta rotatividade e valorizar a permanência no trabalho de empregados mais antigos), a conclusão, no nosso entendimento, não poderia ser outra.

Não podemos olvidar que o prazo mínimo e a proporcionalidade do aviso prévio como direitos sociais, além de outras garantias que proporcionem aos trabalhadores melhores condições de vida e trabalho, foi trazido ao rol do art. 7º, para valorizar a permanência dos empregados na mesma empresa e possibilitar um tempo maior, aos mais antigos, para buscarem a sua reinserção no mercado do trabalho após a cessação do contrato.

A Lei 12.506 não se propôs a alterar o art. 487 e artigos seguintes da CLT. Independentemente da preclara preleção do autor do projeto e senador constituinte, Carlos Chiarelli, é o que se pode extrair da própria redação do art. 1º e parágrafo único, não havendo qualquer declaração de revogação daqueles dispositivos consolidados:

Art. 1º- O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.

Parágrafo único. Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

Art. 2º- Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A lei ordinária **é simples, enxuta e adequada** no cumprimento do papel que lhe foi atribuído pela Constituição Federal, qual seja: dar efetividade ao inciso XXI, do art. 7º, estabelecendo um critério para se fixar a duração do aviso proporcional ao tempo de serviço dos trabalhadores, urbanos e rurais, abrangidos pelas disposições contidas no Capítulo VI ("Do aviso prévio"), do Título IV ("Do Contrato Individual do Trabalho") da CLT. Ou seja, trabalhadores com contrato de empregado por tempo indeterminado, mas rompido, injustificadamente, pelos empregadores.

A Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) no seu art.2º e parágrafos, sobre revogação e derrogação de normas, não deixa, na nossa maneira de ver, margem a dúvidas:

Art. 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º - A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Defendemos, pois, a tese da derrogação (art.2º, §1º da LICC) dos incisos, I e II, do art. 487, da CLT, relativamente aos empregados que tiveram seus contratos rescindidos por seus respectivos empregadores, em face da incompatibilidade com o inciso XXI, do art. 7º, ficando mantidas, pela Lei 12.506/11, todas as demais disposições do Capítulo VI da CLT (art.2º, §2º da LICC), inclusive nas hipóteses da dação do pré-aviso pelo empregado.

A lei, por sinal, manifesta, com rigor literal, a quem se destina a concessão do aviso prévio na proporção de 30 (trinta) dias: **AOS EMPREGADOS** que contem com até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa (art. 1º da lei 12.506).

Desta forma, permanecem vigentes todas as demais normas da CLT que disciplinam o aviso prévio previstas nos **parágrafos do art. 487**, a saber: recebimento dos salários correspondente ao período na ausência de notificação do empregador ou quando indenizado, integrando-se o período no tempo de serviço (**§1º**); desconto do período na ausência de notificação pelo empregado ao empregador ou quando há pedido dispensa do cumprimento - pedido de demissão (**§2º**); cálculo pelo valor médio das tarefas dos últimos 12 meses, quando se tratar de tarefeiro (**§3º**); concessão do aviso na hipótese de rescisão indireta – rescisão motivada pelo empregado (**§4º**); integração de horas extras habituais no aviso prévio indenizado (**§5º**); cálculo do valor aviso reajustado na forma do acordo ou convenção coletiva, com data-base inserida no curso do aviso prévio, ainda que a correção salarial seja fixada em data posterior (**§6º**).

De igual forma, o **art. 488** (redução da jornada no período de aviso dado pelo empregador e cumprido pelo empregado); o **art.489** (efetivação da rescisão somente após o decurso do período do aviso, admitindo-se a retratação); o **art. 490** (dissolução imediata do contrato,

caso haja, durante o aviso prévio, a prática de atos dispostos no art. 483, pelo empregador); e o art. 491 (perda do direito de observância do prazo na sua totalidade, caso o empregado pratique prévio falta grave no curso do aviso prévio).

Súmulas e Orientações Normativas versando sobre a equiparação do aviso prévio cumprido em casa ao aviso indenizado; recolhimento de FGTS no período do aviso; integração de gorjetas; rescisões antecipadas dos contratos de experiência; proibição de renúncia do direito à notificação de dispensa; dentre outros posicionamentos jurisprudenciais sobre o tema permanecem válidas, salvo a Orientação Jurisprudencial nº84 da SDI-1 do TST que remetia a exigibilidade do direito ao aviso proporcional à legislação ordinária.

Julgamos que há um falso dilema, respeitadas opiniões abalizadas em contrário, no sentido de que a proporcionalidade deva ser aplicada, também, na situação da notificação prévia da rescisão contratual pelo empregado (pedido de dispensa do emprego), pautando tal entendimento, simplesmente, no princípio da reciprocidade (bilateralidade do aviso).

A Lei 12.506/11 não revogou o art. 487 (caput), nem derogou o princípio da reciprocidade. Da mesma forma que o empregador deve avisar o empregado da rescisão imotivada do contrato com antecedência mínima, o empregado também deverá notificar o empregador, quando houver intenção de rompê-lo sem justo motivo.

Entretanto, reafirmamos que o prazo mínimo de 30 dias e a ampliação, pela proporcionalidade ao tempo de casa, decorrentes do art. 7º, XXI, da CF, e da recentíssima lei que a definiu, por todos os motivos já dispensados, é modificação dirigida aos trabalhadores urbanos e rurais, cuja relação de trabalho esteja inserida nas normas dispostas na Consolidação das Leis do Trabalho e nas condições estabelecidas no artigo 487 e seguintes daquele diploma.

Se não pela literalidade do caput do art. 7º e do art. 1º da Lei nova, acresçam-se, ainda, o artigo 4º: ***“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”***

e o artigo 5º: ***“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”***, ambos da Lei de Introdução ao Código Civil.

A inalterabilidade do princípio da reciprocidade não permite concluir que a ampliação do prazo do aviso prévio, pela proporcionalidade, é uma garantia social ou um direito fundamental assegurado aos empregadores, principalmente se considerarmos o desequilíbrio econômico e de poder na relação jurídica capital/trabalho e a ausência de qualquer norma que garanta aos trabalhadores estabilidade pelo tempo de permanência no emprego ou que lhes assegure, ao menos, proteção contra dispensas arbitrárias.

Não foi esta, terminantemente, a finalidade social da norma constitucional do aviso prévio proporcional e teses, em contrário, não estariam adequadas aos princípios básicos e elementares do direito do trabalho.

Além do princípio tutelar do “in dubio pro empregado”, a idéia de implantação do aviso prévio proporcional não foi inventada pelos constituintes. Existem normas de diferentes países inspiradoras do princípio agasalhado pela CF do crescimento do tempo do aviso, para trabalhadores, exclusivamente, na proporção da antiguidade de sua vinculação à empresa.

Não se tem notícias, por fim, de ajuizamentos de mandados de injunção ou de ações trabalhistas nas quais fosse pretendida a regulamentação da proporcionalidade naquelas notificações dirigidas aos empregadores, levando-nos a deduzir que a abrangência limitada aos empregados já era uma questão incorporada ao pensamento jurídico assumido pelo próprio patronato.

### **Da contagem do tempo de serviço segundo a proporcionalidade da lei 12.506/11:**

Outro falso dilema que vem sendo colocado neste cenário de manifestações carregadas de dúvidas sobre a aplicação da Lei 12.506, diz respeito à contagem do tempo de serviço.

A Constituição Federal garantiu o prazo mínimo de 30 dias de aviso prévio para os trabalhadores ao tempo de serviço, sem qualquer restrição, sendo auto-aplicável neste aspecto. Não houve sequer polêmica jurisprudencial, quanto aos efeitos jurídicos diretos e imediatos da norma gerados desde 5/10/88, no particular.

Antes da regulamentação legal, os incisos: I e II, do art. 487, já haviam perdido eficácia, posto que para fazer jus aos 30 dias já previstos na CLT, a condição ficava adstrita à acanhada “proporcionalidade” do tempo de serviço superior a 12 meses, nas hipóteses de pagamento semanal ou diário.

Daí que diferentemente da CLT, trabalhadores com menos de 12 meses de casa, independentemente da modalidade de pagamento de salário, passaram a contar com o direito incontestado da notificação prévia de 30 dias.

O art. 1º da Lei 12.506, de forma lógica e coerente com a Constituição Federal, diante da ausência de qualquer limitação ou condicionamento do direito aos 30 dias (e ao intérprete é vedado restringir, quando a lei não restringe), inicia a contagem do tempo de serviço, levando em conta que os empregados com até 1 (um) ano de serviço, isto é, que tenham trabalhado por menos de 12 meses, já teriam o direito, de qualquer sorte, aos 30 dias mínimos assegurados pelo inciso XXI, do art. 7º, da Constituição.

A ampliação em sessenta dias, no máximo, perfazendo o total de 90 dias de aviso prévio, consagrada no parágrafo único, do art. 1º, deve ser aplicado para cada ano efetivo de trabalho do empregado, sendo devido aos que trabalharam durante um ano na mesma empresa, 33



dias de aviso, e assim, sucessivamente, crescendo-se 3 dias para cada ano de serviço completo.

Importante considerar, no entanto, situações que envolvam dispensas obstativas à aquisição do direito, bem como as disposições normativas mais favoráveis.

Fato é que, por omissão, o poder legislativo acabou delegando às negociações coletivas de trabalho a regulamentação da matéria. Várias categorias profissionais, mais organizadas e atuantes, conseguiram conquistar em convenções e acordos coletivos de trabalho, a normatização do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço adotando critérios específicos.

Impinge observarmos, aqui, a incidência do princípio da norma mais favorável, sendo que o respeito às normas convencionais coletivas é, também, um direito fundamental dos trabalhadores, conforme se infere do “caput” do art. 7º, conjugado com o seu inciso XXVI.

### **Sobre a aplicação do art. 488: aviso prévio trabalhado e jornada.**

Pelo mesmo princípio da incompatibilidade, perseguida a finalidade social do inciso XXI, do art. 7º, o número de faltas, na hipótese de não haver a redução da jornada em duas horas diárias durante o período do aviso prévio trabalhado, na previsão do art. 488 da CLT, terá que se adequar à ampliação do prazo em até sessenta dias.

Respaldamo-nos, mais uma vez, nos §§1º e 2º, do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, sendo certo que a lei 12.506/11 simplesmente estabeleceu disposições especiais novas, a par das condições já existentes na CLT.

A lei 12.506/11 não revogou, nem modificou a jornada de trabalho a ser cumprida pelo empregado no curso do período de aviso prévio decorrente da rescisão contratual pelo empregador.

Manter a redução da carga horária em duas horas diárias durante o aviso, ou se utilizar da faculdade de faltar pelo número de dias correspondentes, quando não houver a redução da jornada, sem prejuízo do salário, ademais de compatível com o dispositivo constitucional, é não permitir a desconfiguração do direito.

As decisões dos Tribunais do Trabalho, por sinal, têm sido unânimes em obstar quaisquer desvirtuamentos da norma do art. 488, até porque destinada a permitir que o empregado, durante o período do aviso prévio, tenha realmente a possibilidade de buscar uma nova colocação no mercado.

Se em 30 dias de aviso prévio a redução da jornada obrigatória, perfaz o total de 48 horas, numa carga horária de 8 horas, caso não seja usufruída, o trabalhador poderá faltar 7 dias sem detrimento da remuneração correspondente. Na hipótese de 60 dias de aviso, no total, a

solução é matemática, podendo o trabalhador se valer de 14 dias de faltas, caso não queira reduzir sua carga horária diária em duas horas durante este período.

### **Sobre a questão da retroatividade:**

A regra de interpretação privilegiada será sempre a teleológica, sendo o Direito uma ciência normativa.

“O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias, para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para qual foi regida” (Hermenêutica e Aplicação do direito – Carlos Maximiliano – 19ª Ed.,Forense, páginas 124/125).

Segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, a lei, em tese, não pode atingir as situações juridicamente constituídas, devendo ser respeitado o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (art.5º da CF). O princípio da irretroatividade das leis no tempo (vigência retroativa) vincula-se à estabilidade e a segurança nas relações jurídicas.

Há que se diferenciar, entretanto, vigência, efeitos (aplicação) e alcance das normas, sendo que, em regra, as leis do trabalho têm pronta eficácia jurídica, aplicando-se de imediato aos contratos em curso, por serem, em geral, normas de ordem pública.

Cesarino Junior (Direito social, 1º Volume, página 66) sustenta que em certos casos as leis sociais devem ter efeito retroativo. Daí que a norma trabalhista, segundo Catharino (compêndio de Direito do trabalho, volume 1, página 93 /94) “pode ser estendida até os limites da sua própria finalidade, fundamentalmente social. E por ser especial, comporta exegese específica: “restringa-se o desfavorável e amplie-se o favorável; na dúvida, decida-se em favor do trabalhador, empregando-se a equidade”.

Sem maior esforço de interpretação, consideramos que respeitado o prazo prescricional de dois anos, empregados dispensados antes da publicação da Lei 12.506/11 têm direito a reclamar a diferença do valor indenizado do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, na forma preconizada na lei de outubro de 2011.

Os trabalhadores, desde 5/10/1988, tinham o direito à garantia do aviso prévio proporcional ao seu tempo de serviço nas rescisões contratuais injustas, observada a duração mínima de 30 dias. Ocorre que a efetivação deste direito, assegurado constitucionalmente desde aquela data, somente se tornou possível com a publicação da lei ordinária (lei 12.506) que tem aplicação imediata, consecutivamente, alcançando todas as situações jurídicas formadas antes e depois da sua edição e publicação (13/10/11).

É a conclusão que se extrai pela incidência do **parágrafo 1º, do inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal**, sobre a aplicação imediata dos direitos e das garantias fundamentais.

O que está se pondo em discussão, aqui, é o alcance da norma jurídica complementar que definiu o critério da proporcionalidade, nos termos do disposto na Constituição Federal, dando concretude e efetividade ao direito (social e fundamental) já conferido aos trabalhadores, em 5 de outubro de 1988.

A doutrina, ao tratar da eficácia dos direitos e garantias fundamentais nas relações de trabalho, tem se posicionado pela aplicação direta ou imediata, com larga aceitação pela maioria.

Júlio Ricardo de Paula Amaral ("Os Direitos Fundamentais e a Constitucionalização do Direito do Trabalho" - Revista da ANAMATRA), sobre a dignidade dos indivíduos como bens intangíveis, impondo limitações à autonomia de vontade dos agentes sociais, é taxativo:

"Percebe-se, portanto, que somente por meio da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas será possível a efetiva proteção aos direitos e liberdades públicas dos trabalhadores, em face do dinamismo destas vinculações. Essa conclusão pode ser atribuída à intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores, e, ainda, diante da flagrante desigualdade que ocorre entre os envolvidos – empregados e empregadores – nas relações de trabalho. /.../O Estado, tem o dever constitucional de não apenas proteger, mas, também, promover o pleno e efetivo gozo dos direitos fundamentais".

Se a irretroatividade é um fator de segurança jurídica nas relações privadas, a constitucionalização do direito do trabalho teve por intuito conferir maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, dando segurança ao cidadão de que as situações mais vantajosas asseguradas, ainda que de forma abstrata, na Constituição Federal, depende da intervenção estatal, incluindo o poder judiciário, para que haja a plena concretização desses direitos.

O direito ao aviso prévio proporcional era exigível pelos trabalhadores, por se tratar de direito fundamental constitucionalmente previsto, mas só pode ser efetivado a partir da edição da Lei 12.506/11, com a definição dos critérios desta proporcionalidade pelo poder legislativo.

Ressalte-se que o direito poderia ter sido realizado antes da Lei, por intervenção do Poder judiciário, através de sua mais alta Corte, caso o julgamento do Mandado de Injunção proposto por trabalhadores da Cia Vale do Rio Doce não tivesse sido suspenso e o critério judicial eleito iria servir como parâmetro para outras situações judiciais idênticas postas em julgamento.

O próprio Presidente do Supremo Tribunal Federal em entrevista concedida à imprensa afirmou que a decisão do STF, caso viesse a definir uma regra para a proporcionalidade do aviso, só poderia ser aplicada aos casos em discussão, alertando **que outros trabalhadores interessados em obter o mesmo direito teriam que ingressar com ações na Justiça.**

Desta maneira, pensamos que o alcance da Lei 12.506/11 se estende aos contratos rescindidos e as diferenças que deixaram de ser pagas aos trabalhadores poderão se exigidas judicialmente, respeitado o prazo prescricional de dois anos contados da extinção do vínculo laboral.

#### **Da projeção dos efeitos da proporcionalidade do aviso prévio:**

No aviso prévio indenizado (não trabalhado) os efeitos da ampliação de sua duração se projetam para a apuração do cálculo de outros direitos decorrentes da rescisão injusta ou indireta do contrato de emprego, como por exemplo, o décimo terceiro, férias, indenização de 40% do FGTS, recolhimento dos depósitos no período, etc.

A projeção decorre da incorporação do período de pré-aviso ao tempo de serviço do empregado (§1º do art. 487 da CLT), repercutindo, inclusive, no cálculo para concessão do benefício da aposentadoria pela Previdência Social.

O próprio Tribunal Superior do Trabalho, nas hipóteses de proporcionalidade do aviso prévio previstas em normas coletivas de trabalho, já havia pacificado este tipo de entendimento na OJ 367:

**"OJ 367 – SDI-1. AVISO PRÉVIO DE 60 DIAS. ELASTECIMENTO POR NORMA COLETIVA. PROJEÇÃO. REFLEXOS NAS PARCELAS TRABALHISTAS. (DEJT divulgado em 03, 04 e 05.12.2008) O prazo de aviso prévio de 60 dias, concedido por meio de norma coletiva que silencia sobre alcance de seus efeitos**

**jurídicos, computa-se integralmente como tempo de serviço, nos termos do § 1º do art. 487 da CLT, repercutindo nas verbas rescisórias.**

## **Conclusão:**

Cada vez que uma lei nova surge no cenário jurídico do país, proporcionando benefícios à classe trabalhadora, a primeira reação por parte do empresariado é sempre negativa.

No caso da aplicação da Lei 12.510/11 a situação não seria diferente. Campanhas orquestradas sobre a ausência de clareza da Lei 12.510/11, a ponto de se defender, paradoxalmente, a necessidade de regulamentação de uma norma regulamentadora, começam a aparecer rapidamente.

Em entrevista ao Jornal do Comércio manifestamos que os altos custos advindos da Lei 12.510/11, como foram alardeados pelo empresariado nacional, não correspondem ao quadro real de elevada rotatividade no emprego, provocado, principalmente, pela ausência de regulação de outro direito fundamental do art. 7º da CF, o da garantia de proteção contra a dispensa arbitrária, como um valor social do trabalho.

A Firjan, em matéria divulgada na imprensa, antes da publicação da lei do aviso prévio proporcional, já advertia que as Empresas teriam um prejuízo de bilhões. Na concepção da Federação das Indústrias o projeto de lei, caso fosse aprovado pela Câmara dos Deputados, estimularia a informalidade, como consequência natural do enfraquecimento da própria política de geração de novos postos de trabalho.

Contudo, não é difícil constatar que poucos trabalhadores se beneficiarão com a ampliação da duração do aviso prévio no seu prazo máximo de 90 dias. Segundo a própria Firjan, no âmbito das indústrias por ela representadas, 21% dos trabalhadores tinham, em setembro, menos de dois anos de casa. O número é significativo e a fatia do bolo deve aumentar, certamente, para os que contam com cinco anos de serviço, no máximo.

Alguns empregadores não vislumbraram, ainda, que apesar de ser um benefício social, o aviso prévio proporcional tem um certo conteúdo mercadológico: o da premiação nas relações do trabalho, prevalecendo a lógica de que quanto mais tempo o trabalhador permanece na empresa, quanto maior for o seu rendimento e produtividade, maiores serão, também, proporcionalmente, os benefícios trabalhistas, em contrapartida.

A opinião no sentido de que o quadro pintado pela FIRJAN está longe de ser real é comungada pelo desembargador Alexandre Agra Belmonte. Em matéria publicada no jornal "O Globo",

sobre a declaração de setores do empresariado no sentido de que “regulamentação da extensão do aviso prévio encarecerá as despedidas e, conseqüentemente, o custo empresarial, em detrimento do preço dos produtos e serviços, atingindo, por fim, os consumidores”, o magistrado opina pela imprecisão do manifesto.

No debate que se travou no STF, sobre a matéria, o ministro. Marco Aurélio Mello, por exemplo, propunha que quem trabalhasse em uma empresa por três anos recebesse aviso de 30 dias, sendo que partir do quarto ano, o trabalhador receberia dez dias a mais por ano. Ou seja, quem trabalhasse quatro anos, receberia aviso prévio de 40 dias. O ministro Ricardo Lewandowski defendeu o modelo argentino, concedendo 30 dias corridos para trabalhadores contratados a menos de um ano e 45 dias para os contratados há mais de um ano e menos de 10 anos, e 60 dias para contratados há mais de uma década. O ministro Luiz Fux sugeriu o modelo suíço, que prevê três meses de aviso prévio para dez anos de empresa ou mais. Por fim, o presidente do STF, ministro Cezar Peluso, propôs o pagamento de cinco dias de aviso prévio por ano trabalhado, além dos 30 dias estabelecidos na Constituição.

Podemos concluir que a definição legislativa acabou sendo tímida se comparada às posições debatidas na Corte Superior por seus Ministros no julgamento de um Mandado de Injunção que restou suspenso, mas que indicava a possibilidade de criação de uma regra de proporcionalidade mais benéfica que aquela aprovada pelo Congresso. A lei acabou se revelando ser mais vantajosa e o empresariado saiu no lucro.

Qualificar trabalhadores, mantendo-os nos postos de trabalho, como reconhecimento do princípio trabalhista elementar da continuidade da relação de emprego, e combater as causas que elevam ao índice de rotatividade da mão de obra do país, adotando-se regra impeditiva de rescisões contratuais imotivadas, significam progresso social e econômico. É o que se espera de uma nova visão do direito do trabalho numa democracia participativa; de um estado moderno que se assume como agente regulador das relações de trabalho; e de um empresariado consciente do seu papel social neste contexto.

As tormentosas dúvidas que começaram a aparecer, aqui e acolá, nos parecem irreais e descontextualizadas. Servirão, apenas, para engrossar o enorme volume de ações judiciais trabalhistas, reflexo de uma história de embates sociais marcados pela dominação e opressão, bem como de uma cultura que não conseguiu se libertar, até agora, das amarras do atraso, cismando manter o abissal desequilíbrio que persiste nas relações capital/trabalho no Brasil.

---

**\* Rita Cortez - Advogada da Cortez e Xavier Advogados Associados – AJS -Membro da Comissão permanente de direito do trabalho do IAB e ex presidente da ACAT**

## CRIMES INFORMÁTICOS: ANÁLISE DOS ASPECTOS PENAIS DO PL Nº 84/1999 (PLC Nº 89/2003)

Diogo Tebet\*

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 84/1999 de autoria do Deputado Luiz Piauhyllino, que contou com o Substitutivo PLC nº 89/2003, apresentado pelo Senado Federal, o qual objetiva alterar o Decreto-Lei nº 2.848/40, do Código Penal, incluindo figuras típicas e reformando outras relacionadas aos crimes cibernéticos, estabelecendo suas penalidades.

O referido texto substitutivo, alcunhado de “PL Azeredo”, optou por incluir os crimes eletrônicos e suas respectivas punições no Código Penal, Código Penal Militar e na legislação penal esparsa, deixando de lado a ideia inicial de se criar uma lei específica disciplinando a matéria.

O substitutivo contém tipificações penais nas quais buscam inserir no Código Penal condutas típicas relacionadas à realidade cibernética. São elas:

**Acesso não autorizado a rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado:** “Art. 285-A. Acessar, mediante violação de segurança, rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, protegidos por expressa restrição de acesso”. A pena proposta é de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

**Obtenção, transferência ou fornecimento não autorizado de dado ou informação:** “Art. 285-B. Obter ou transferir, sem autorização ou em desconformidade com autorização do legítimo titular da rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, protegidos por expressa restrição de acesso, dado ou informação neles disponível”. A pena proposta é de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

**Divulgação ou utilização indevida de informações e dados pessoais:** “Art. 154-A. Divulgar, utilizar, comercializar ou disponibilizar dados e informações pessoais contidas em sistema informatizado com finalidade distinta da que motivou seu registro, salvo nos casos previstos em lei ou mediante expressa anuência da pessoa a que se referem, ou de seu representante legal”. A pena proposta é de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa;

**Dano: Alteração no art. 163 do Código Penal** – “Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia ou dado eletrônico alheio”;

**Inserção ou difusão de código malicioso:** “Art. 163-A. Inserir ou difundir código malicioso em dispositivo de comunicação, rede de computadores, ou sistema informatizado”, estabelecendo pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

**Inserção ou difusão de código malicioso seguido de dano:** “§1º. Se do crime resulta destruição, inutilização, deterioração, alteração, dificuldade do funcionamento, ou funcionamento desautorizado pelo legítimo titular, de dispositivo de comunicação, de rede de computadores, ou de sistema informatizado”, pena de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.;

**Estelionato Eletrônico:** “Art. 171 (...), §2º Nas mesmas penas incorre quem: (...) VII – difunde, por qualquer meio, código malicioso com intuito de facilitar ou permitir acesso indevido à rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado. Se o agente se vale de nome falso ou da utilização de identidade de terceiros para a prática do crime, a pena é aumentada de sexta parte;

**Atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública: alteração no art. 265** - “Atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força, calor, informação ou telecomunicação, ou qualquer outro de utilidade pública”;

**Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático, dispositivo de comunicação, rede de computadores ou sistema informatizado: alteração no art. 266** - Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico, telefônico, telemático, informático, de dispositivo de comunicação, de rede de computadores, de sistema informatizado ou de telecomunicação, assim como impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento;

**Falsificação de dado eletrônico ou documento público:** Art. 297. Falsificar, no todo ou em parte, dado eletrônico ou documento público, ou alterar documento público verdadeiro;

**Falsificação de dado eletrônico ou documento particular:** Art. 298. Falsificar, no todo ou em parte, dado eletrônico ou documento particular ou alterar documento particular verdadeiro.

Essas mesmas tipificações penais propostas para o Código Penal Civil são introduzidas no Código Penal Militar – Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – por intermédio dos artigos 10 ao 15 do substitutivo.



No artigo 16, há a conceituação dos termos utilizados nos tipo penais:

2. dispositivo de comunicação: qualquer meio capaz de processar, armazenar, capturar ou transmitir dados utilizando-se de tecnologias magnéticas, óticas ou qualquer outra tecnologia;
3. sistema informatizado: qualquer sistema capaz de processar, capturar, armazenar ou transmitir dados eletrônica ou digitalmente ou de forma equivalente;
4. rede de computadores: o conjunto de computadores, dispositivos de comunicação e sistemas informatizados, que obedecem a um conjunto de regras, parâmetros, códigos, formatos e outras informações agrupadas em protocolos, em nível topológico local, regional, nacional ou mundial através dos quais é possível trocar dados e informações;
5. código malicioso: o conjunto de instruções e tabelas de informações ou qualquer outro sistema desenvolvido para executar ações danosas ou obter dados ou informações de forma indevida;
6. dados informáticos: qualquer representação de fatos, de informações ou de conceitos sob forma suscetível de processamento numa rede de computadores ou dispositivo de comunicação ou sistema informatizado;
7. dados de tráfego: todos os dados informáticos relacionados com sua comunicação efetuada por meio de uma rede de computadores, sistema informatizado ou dispositivo de comunicação, gerados por eles como elemento de uma cadeia de comunicação, indicando origem da comunicação, o destino, o trajeto, a hora, a data, o tamanho, a duração ou o tipo do serviço subjacente.

O artigo 17 do substitutivo define como "*bens protegidos*" o dado, o dispositivo de comunicação, a rede de computadores, o sistema informatizado, e o 18 estabelece que os órgãos da polícia judiciária estruturarão setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

O artigo 22 trata de obrigações para os provedores do serviço de acesso à Internet no Brasil:

6. manter em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 3 (três) anos, com o objetivo de provimento de investigação pública formalizada, os dados de endereçamento eletrônico da origem, hora, data e a referência GMT da conexão efetuada por meio de rede de computadores e fornecê-los exclusivamente à autoridade investigatória mediante prévia requisição judicial (os dados, as condições de segurança de sua guarda e o processo de auditoria à qual serão submetidos serão definidos nos termos de regulamento);

7. preservar imediatamente, após requisição judicial, outras informações requisitadas em curso de investigação, respondendo civil e penalmente pela sua absoluta confidencialidade e inviolabilidade;
8. informar, de maneira sigilosa, à autoridade competente, denúncia que tenha recebido e que contenha indícios da prática de crime sujeito a acionamento penal público incondicionado, cuja perpetração haja ocorrido no âmbito da rede de computadores sob sua responsabilidade.

Em verdade, o Projeto de Lei tem causado muita polêmica no âmbito da sociedade civil, despertando posições críticas e antagônicas sobre a criminalização do meio cibernético, com o advento dos denominados *cybercrimes*.

Apesar de sua prolongada tramitação no Congresso Nacional, o projeto trata de temática recente e de pouca reflexão doutrinária nacional e internacional.

Inicialmente, cabe buscar uma definição do que sejam os crimes informáticos. A doutrina portuguesa define, em sentido amplo, os crimes informáticos como aqueles em que os sistemas de tratamento automático de dados e de informação são objeto ou instrumento do crime.<sup>1</sup>

Desta definição pode-se extrair uma divisão entre *crimes informáticos próprios* e *impróprios*. É de se ressaltar que o PLC trata da tipificação dos denominados *crimes informáticos próprios*, ou seja, figuras típicas que buscam tutelar o próprio sistema informático; ao contrário dos *crimes informáticos impróprios*, condutas criminalizadas que utilizam a rede informática como um meio eficaz para as práticas de outros delitos, potencializando a prática de alguns delitos.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> MACEDO, João Carlos Cruz Barbosa de. *Algumas considerações acerca dos crimes informáticos em Portugal*. In: ANDRADE, Manuel da Costa; CASTANHEIRA NEVES, Rita (ORG.). *Direito penal hoje: novos desafios e novas respostas*. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. p. 229.

<sup>2</sup> CASABONA, Carlos María Romeo. *Dos delitos de informática ao crime cibernético: uma aproximação conceitual e político criminal*. In: Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo: RT. ano 3. nº 4. Jan-jun de 2006. p. 85.

Da própria definição dos crimes informáticos próprios, revela-se a primeira dificuldade em legitimar, sob a perspectiva jurídico penal, a criminalização de tais condutas, pela **ausência do bem jurídico penal a ser tutelado pela norma**.

É sabida que a grande dificuldade na construção dos tipos relativos aos crimes informáticos repousa na intangibilidade de seu objeto. Alguns autores identificam que nos delitos praticados com o uso do sistema informático, ter-se-ia como bem jurídico a informação,<sup>1</sup> a inviolabilidade de dados informáticos,<sup>2</sup> ou até mesmo a capacidade funcional dos sistemas informáticos.<sup>3</sup> No próprio parecer ofertado no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara – confundindo crimes informáticos próprios e impróprios – há a noção de que os bens jurídicos tutelados pelos tipos penais são “os *originais*” e a “*segurança informática*” (cujos requisitos seriam a integridade, a disponibilidade e confidencialidade contemplados na Convenção de Budapeste).<sup>4</sup>

Nesse mesmo sentido, o artigo 17 do PLC enuncia: “*para efeitos penais consideram-se também como bens protegidos o dado, o dispositivo de comunicação, a rede de computadores, o sistema informatizado*”.

Tais definições revelam inexistir em verdade bem jurídico a merecer tutela pela norma penal.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> SILVA, Rita de Cássia Lopes da. *A informação como bem jurídico-penal e o sistema informático*. In: Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. nº 7. São Paulo: RT. ano 4. jul-dez. de 2007. p. 249.

<sup>2</sup> SILVA JÚNIOR, Délio Lins. *Crimes informáticos: sua vitimização e a questão do tipo objetivo*. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder (org.) *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: RT. 2006. p. 314.

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de. *Delitos informáticos: resposta penal?* In: CARVALHO, Salo (Org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004. p. 97. No mesmo sentido, definindo o sistema de processamento, armazenagem ou transmissão de dados como bem jurídico, LICKS, Otto Banho; ARAÚJO JR., João Marcelo de. *Aspectos penais dos crimes de informática no Brasil* Apud FERNANDES, Antonio Scarance. *Crimes praticados pelo computador. Dificuldade na apuração dos fatos*. In: Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel. Centro de Estudos Penais e Criminológicos. Ano II. nº 10. dez/1999. p. 28.

<sup>4</sup> Parecer CCJ, Deputado Federal Regis de Oliveira. 05.10.2010. p. 21. Disponível em [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br). Acesso em 01.08.2011.

<sup>5</sup> Vicente Greco Filho aduz nada existir de especial na possível proteção aos bancos de dados informatizados. Para ele, os bens atingidos ou pertencem à esfera da intimidade ou à esfera da prática comercial ou industrial e nesses campos sua proteção penal deve ser tratada, independentemente de a violação ocorrer por meio da informática. GRECO FILHO, Vicente. *Algumas observações sobre o direito penal e a internet*. In: Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), nº 95, Outubro Esp./2000.

A conceituação do que venha a ser chamado de bem jurídico deve ser encarado com imensa seriedade, pois é neste que reside todo o processo de legitimação da norma penal.<sup>1</sup> Figueiredo Dias define bem jurídico como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.<sup>2</sup>

Sob a perspectiva da teoria pessoal de bem jurídico de Hassemer, os bens jurídicos exprimem uma clara opção dentro da esfera de tensão entre indivíduo, sociedade e Estado, sendo pois traduzidos em interesses humanos que carecem de proteção penal:

“Isso quer dizer, antes de tudo, que a proteção de instituições só pode ir até onde ela for condição da possibilidade de proteção de pessoas humanas. Com isso, esse conceito de bem jurídico é, pelo menos, algo bem mais concreto do que fórmulas como “unidade funcional”, “estruturas intelectivas” ou “estados”.<sup>3</sup>

E mais: os bens jurídicos só se transformam em bens jurídicos dignos de tutela penal (bens jurídico penais), através da ordenação axiológica jurídico-constitucional.<sup>4</sup> Os bens jurídicos receptores da proteção penal devem possuir relevância constitucional, devendo serem considerados como concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais.<sup>5</sup>

No projeto de lei analisado, não se encontra um bem jurídico merecedor de tutela penal, nem mesmo sua matriz constitucional correspondente. O conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político criminais.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 181

<sup>2</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I*. 1ª ed. Bras. São Paulo: RT; Coimbra:Coimbra Editora. 2007.p. 114.

<sup>3</sup> HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. trad. por Fernanda Tórtima. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 21.

<sup>4</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...* p. 119.

<sup>5</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT. 1999. p. 67.

<sup>6</sup> PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3ª ed. São Paulo: RT. 2003. p. 62.

Em verdade, a proteção a um específico fluxo informacional ou sistema informatizado não pode ser considerada como um bem jurídico penal, devido à sua difusão e indeterminação.<sup>1</sup> O mesmo há que se dizer da segurança da informática; não tem a mesma o condão de por si só erigir o direito à confidencialidade dos dados como um bem jurídico criminal.<sup>2</sup>

A função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídico penais revela-se jurídico constitucionalmente credenciada em qualquer autêntico regime democrático pluralista, devendo ter como consequência inafastável a noção de que toda a base da norma incriminatória deve ser suscetível de se divisar um bem jurídico penal claramente definido, caso contrário, a mesma seria *nula*, por materialmente inconstitucional,<sup>3</sup> o que é o caso do Projeto de Lei em comento.

E mesmo que assim não o fosse, ou seja, mesmo na hipótese de se admitir, em alguma medida, estar respaldada constitucionalmente “a segurança informática” com bem jurídico,<sup>4</sup> nem tudo que a Constituição acolhe em seu bojo pode ser objeto de tutela pelo direito penal. A palavra-chave é *princípio da subsidiariedade* ou da *ultima ratio*.<sup>5</sup>

Este princípio fundante das Ciências Penais parte da premissa de que o Estado não deva recorrer ao direito penal e sua gravíssima sanção se existir a possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não penais. A subsidiariedade do direito penal deriva de sua consideração como “remédio sancionador extremo”, que deve ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente; sua intervenção se dá unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> MACEDO, João Carlos Cruz Barbosa de . *op. cit.* p. 259.

<sup>2</sup> FARIA COSTA, José; MONIZ, Helena. *Algumas reflexões sobre a criminalidade informática em Portugal*. In: Boletim da Faculdade de Direito. vol. LXXIII. Universidade de Coimbra. Coimbra. 1997. p. 308/309.

<sup>3</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. *op. cit.* p. 77.

<sup>4</sup> O art. 22, IV, da Constituição Federal, prevê que cabe à União legislar sobre informática.

<sup>5</sup> GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 83.

<sup>6</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2002. p. 84/87.

Em outras palavras, é indispensável que não haja outro meio no ordenamento jurídico capaz de prevenir ou reprimir determinada conduta.<sup>1</sup> Ou seja, deve o direito penal ser a *ultima ratio*.

Ocorre que nos dias de hoje, diante de um fundamentalismo punitivo exacerbado, o que se vê é justamente o inverso: o direito penal sendo a *prima ratio*, ou, como no caso do PLC, a *sola ratio*. Com os referidos tipos penais, busca o legislador, assumidamente, **criar um marco penal da internet, antes (e no lugar) de se criar um marco civil**.<sup>2</sup>

Segundo José Luis Díez Ripollés, a lei penal acumulou recentemente funções sociais significativamente distintas das que lhe eram peculiares, entre as quais podem-se citar “a assunção pelo Código Penal, na falta de melhores alternativas, do papel de código moral da sociedade, seu protagonismo na progressiva judicialização de quaisquer conflitos ou dilemas valorativos sociais, ou sua utilização com fins meramente simbólicos”.<sup>3</sup>

Nesse sentido, a maioria dos tipos penais previstos no Projeto de Lei, poderiam ser, sem sombra de dúvida, contemplados em normas extrapenais administrativas, tais como, por exemplo, os artigos 285-A,<sup>4</sup> 285-B,<sup>5</sup> 154-A.<sup>6</sup>

Percebe-se claramente a tentativa do legislador de regulamentar a atividade de acesso, obtenção ou divulgação de informações ou sistemas através da criminalização de tais condutas, o que viola flagrantemente o princípio da subsidiariedade penal. Isso sem falar que com tais tipos, estar-se-ia criminalizando atividades do cotidiano como desbloqueio de

---

<sup>1</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2003. p. 45.

<sup>2</sup> Sobre o Marco Civil da Internet, registre-se a iniciativa da Fundação Getúlio Vargas e do Ministério da Justiça que enviará ao Congresso Nacional um anteprojeto sobre o tema. In: LEMOS, Ronaldo. *Projeto gera criminalização em massa*. In: Folha de São Paulo, 6.11.2010.

<sup>3</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *Um modelo dinâmico de legislação penal*. In: Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo: RT. Ano 3. nº 4. Jan-jun de 2006. p. 7.

<sup>4</sup> Art. 285-A. Acessar, mediante violação de segurança, rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, protegidos por expressa restrição de acesso. Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

<sup>5</sup> Art. 285-B. Obter ou transferir, sem autorização ou em desconformidade com autorização do legítimo titular da rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, protegidos por expressa restrição de acesso, dado ou informação neles disponível”. Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

<sup>6</sup> Art. 154-A. Divulgar, utilizar, comercializar ou disponibilizar dados e informações pessoais contidas em sistema informatizado com finalidade distinta da que motivou seu registro, salvo nos casos previstos em lei ou mediante expressa anuência da pessoa a que se referem, ou de seu representante legal”. Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa

aparelho celular (considerado como "dispositivo de comunicação" de acordo com a definição do próprio projeto) ou um aparelho de DVD para assistir a um filme comprado no exterior.<sup>1</sup>

Outra característica do Projeto de Lei é o abuso das figuras típicas de perigo abstrato, técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo danoso.<sup>2</sup>

Tal expediente viola flagrantemente o princípio da lesividade penal, que se consubstancia no *nullum crimen sine injuria* o qual estabelece ser somente penalmente relevante a conduta que lesiona o bem jurídico protegido pela norma.

A expansão do direito penal atual prima pela utilização dos crimes de perigo abstrato como técnica de construção legislativa empregada não só para o "enfrentamento dos novos contextos de risco", como também pela dificuldade de elucidação ou de estabelecimento de nexos causais, o que acarreta problemas graves no campo da responsabilidade penal.<sup>3</sup>

Tal movimento de expansão do direito penal alargou as fronteiras da penalidade, transformando este ramo numa incrível fonte de expectativas para a solução dos grandes problemas políticos e sociais, abrangendo sem dúvida, os crimes cibernéticos.

O amplo espectro de criminalização de condutas contido no Projeto de Lei, representa uma clara opção do legislador de utilizar o direito penal, e sua carga simbólica, como meio de prevenção geral<sup>4</sup> embora, do ponto de vista instrumental, essas normas tenham pouca ou nenhuma eficácia.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Exemplo extraído de trabalho específico sobre o PL nº 84/99, feito pelo Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas, gentilmente cedido pelo coautor e membro da CPDP, Dr. Thiago Bottino.

<sup>2</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2ª ed. São Paulo: RT. 2010. p. 113.

<sup>3</sup> Idem, ibidem. p. 122.

<sup>4</sup> Sobre o caráter obsoleto da prevenção geral nos crimes informáticos, Flavia Rahal: "Muito se diz sobre a necessidade de edição de novas leis tipificando condutas praticadas por hackers, tais como as invasões de sites, a elaboração de vírus, os spams etc., como se a tipificação de novas condutas fosse impedir que atos ilícitos sejam praticados pela Internet, já que, do mesmo modo que o homicídio não deixou de existir após a edição de lei punindo a conduta "matar alguém", não será um tipo descrevendo qualquer conduta própria de um hacker que impedirá sua atuação." RAHAL, Flávia; GARCIA, Roberto Soares. *Crimes e internet - breves notas aos crimes praticados por meio da rede mundial e outras considerações*. Boletim IBCCRIM nº 110 – Janeiro/2002.

<sup>5</sup> É de se ressaltar a enorme "cifra negra" relativa a criminalidade informática.

Os efeitos simbólicos estariam conectados ao fim ou à função de transmitir à sociedade certas mensagens ou conteúdos valorativos, fazendo-se predominar as funções latentes do direito penal, como a necessidade de tranquilizar os cidadãos e de mostrar (ou aparentar) um Estado eficaz e interventor.

Nesse sentido, nota-se que a tendência atual em nosso País é a de se optar pelo aumento na criminalização de delitos informáticos, dentro da concepção do direito penal simbólico, deixando-se de lado a adoção de medidas de prevenção, ou a previsão legal de ilícitos administrativos ou extrapenais em geral.<sup>1</sup>

No entanto, a norma penal não visa proteger símbolos, não tem uma função pedagógica de imposição de valores sociais dominantes, mas tem por escopo o resguardo da dignidade humana e da autodeterminação. Não é concebível a tipificação de condutas que não sejam aptas, ao menos potencialmente, para lesionar ou colocar em perigo bens jurídicos.<sup>2</sup>

Neste aspecto, violadoras do princípio da lesividade os delitos previstos nos artigos 163-A,<sup>3</sup> 265<sup>4</sup> e 266<sup>5</sup> por constituírem crimes de perigo abstrato, não contemplando nenhuma lesão efetiva a qualquer bem jurídico penal.

Outro defeito detectado nas figuras típicas previstas no PLC é a indeterminação dos elementos dos tipos, o que violaria o princípio da máxima taxatividade penal, caracterizado como uma das faces do princípio da legalidade penal no que se refere à proibição de incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> BOITEUX, Luciana. *Crimes informáticos: reflexões sobre a política criminal inseridas no contexto internacional atual*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. nº 47. São Paulo: RT. Mar-abr/2004. p. 155.

<sup>2</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit. p. 192.

<sup>3</sup> "Art. 163-A. Inserir ou difundir código malicioso em dispositivo de comunicação, rede de computadores, ou sistema informatizado" Pena 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

<sup>4</sup> "Art. 265 – Atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força, calor, informação ou telecomunicação, ou qualquer outro de utilidade pública." Pena -reclusão, 1 a 5 anos.

<sup>5</sup> "Art. 266 - Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico, telefônico, telemático, informático, de dispositivo de comunicação, de rede de computadores, de sistema informatizado ou de telecomunicação, assim como impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento" Pena – detenção 1 a 3 anos

<sup>6</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução....* p. 77



Deve-se citar os artigos 285-A; 285-B; 163; 163-A, 171, §2º, VII; 297 e 298, como exemplos. Não se consegue inferir a definição com a precisão exigida para a criminalização de condutas, o que sejam expressões como “dado eletrônico alheio”, “dispositivo de comunicação”, “código malicioso”, não socorrendo da mesma forma as definições contidas no artigo 16, por referirem-se da mesma forma, a outros conceitos vagos e indeterminados.

A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos. Formular tipos penais “genéricos ou vazios”, valendo-se de “cláusulas gerais” ou “conceitos indeterminados” ou “ambíguos”, equivale teoricamente a nada formular.<sup>1</sup>

Ao prever-se tipos demasiadamente abertos e vagos, encontra-se violado o *princípio da máxima taxatividade legal*, ou de *estrita legalidade* (denominado por Luiz Luisi de *postulado da determinação taxativa*),<sup>2</sup> corolários do *princípio da legalidade*. Segundo Zaffaroni, não basta que a criminalização primária se formalize em uma lei, mas sim que ela seja feita de uma maneira taxativa e com maior precisão técnica possível, conforme princípio da máxima taxatividade legal.<sup>3</sup> Nas palavras de Ferrajoli, o princípio de estrita legalidade (ou da taxatividade) deve presidir a formulação técnica da lei penal, condicionando a validade das normas penais à denotação taxativa das figuras de delito que elas definem, enunciando que o tipo penal deve ser previsto expressamente pela lei mediante fórmulas precisas e unívocas.<sup>4</sup>

Nilo Batista adverte que não por acaso, em épocas e países diversos, legislações penais voltadas à repressão e controle de dissidentes políticos escolheram precisamente tipos penais abertos e vagos, citando como exemplo as famigeradas leis de segurança nacional que vigoraram no Brasil.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>2</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2003. p. 24.

<sup>3</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal. parte general*. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar. 2002. p. 116/117.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª Ed. São Paulo: RT. 2006. p. 347 e 653.

<sup>5</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução...* p. 78.

Há de se registrar também o fato de que alguns dos tipos penais violam o princípio da proporcionalidade. A nova redação conferida ao artigo 163, por exemplo, tipifica o crime de danificar os arquivos de computador (deletar o disco rígido de outrem), prevê pena de 1 a 6 meses. Por sua vez, o crime de enviar o vírus (mesmo que nenhum arquivo seja deletado) tem pena de 12 a 36 meses. Em outras palavras, a figura que contempla perigo abstrato será punida com pena de 12 a 6 vezes maior do que o dano efetivo, algo inaceitável sob o ponto de vista dogmático penal.<sup>1</sup>

Outro ponto motivador de grande polêmica é a previsão contida no artigo 22, que busca regular medidas a auxiliar a investigação criminal, tratando das obrigações para os provedores do serviço de acesso à Internet no Brasil, especialmente a de manter em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 3 (três) anos, dados de endereçamento eletrônico da origem, hora, data e a referência GMT da conexão efetuada por meio de rede de computadores e fornecê-los à autoridade investigatória mediante prévia requisição judicial.

Tal medida valeu ao PLC a alcunha de “AI-5 Digital” pelas campanhas de setores da sociedade civil,<sup>2</sup> por fomentar em tese um vigilantismo na Internet, trazendo grave risco de violação de privacidade dos usuários da rede, vez que transformaria os provedores de Internet na “polícia da rede, vigiando os internautas”.<sup>3</sup>

Inicialmente, é de se referir que essa previsão legal objetiva auxiliar na identificação do agente de crimes informáticos, que é o primeiro obstáculo para uma efetiva criminalização.

No que se refere ao lapso temporal no qual os dados deverão ser preservados, o prazo de 3 (três) anos afigura-se demasiadamente longo e desproporcional ao ser comparado ao prazo de 6 (seis) meses previsto na Convenção de Budapeste.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Observação contida nos comentários e sugestões do Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas (já citados). p. 15.

<sup>2</sup> Nomenclatura veiculada por campanha feita pelo IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, Disponível em <http://www.idec.org.br/campanhas/facadiferenca.aspx?idc=24>. Acesso em 03.08.2011.

<sup>3</sup> Em <http://www.idec.org.br/campanhas/facadiferenca.aspx?idc=24>. Acesso em 03.08.2011.

<sup>4</sup> Artigo 16 da Convenção Européia sobre Crimes Cibernéticos de 2001 (Convenção de Budapeste): Conservação expedita de dados informáticos armazenados. 1. Cada Parte adotará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para permitir às suas autoridades competentes exigir ou obter de uma outra forma a conservação expedita de dados informáticos específicos, incluindo dados relativos ao tráfego, armazenados por meio

Afora a questão ideológica de que tal medida possa configurar possível monitoramento e patrulhamento na rede de computadores, é senso comum que nos crimes praticados pela Internet, a atuação persecutória estatal depende muito da colaboração dos provedores.<sup>1</sup>

Além das dificuldades de investigação inerentes aos sistemas informáticos, a titularidade da ação injusta em muitos casos não é de fácil demonstração diante do princípio da responsabilidade subjetiva.<sup>2</sup>

Para a efetiva resposta penal, seria necessário descartar o princípio processual do *in dubio pro reo*, nos casos em que o agente não fosse pego em flagrante. Sabe-se qual o computador, onde ele se localiza, sem contudo, poder-se afirmar quem se encontrava utilizando o aparelho tecnológico. A falta de certeza na identificação do autor do crime acarretaria a fragilização do princípio da culpabilidade, configurando responsabilidade objetiva inadmitida em Direito Penal, ou seja, a do proprietário da máquina.<sup>3</sup>

Desta forma, o disposto no artigo 17 do PLC torna-se de difícil execução, tendo em vista o acima citado, bem como princípio da proporcionalidade.<sup>4</sup>

---

de um sistema informático, nomeadamente nos casos em que existem motivos para pensar que os mesmos são susceptíveis de perda ou alteração. 2. Sempre que a Parte aplique o disposto no n.º 1, através de uma injunção adotará ordenando a uma pessoa que conserve os dados informáticos específicos armazenados que estão na sua posse ou sob o seu controlo, esta Parte adotará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para obrigar essa pessoa a conservar e proteger a integridade dos referidos dados durante um período de tempo tão longo quanto necessário, até um máximo de 90 dias, de modo a permitir às autoridades competentes obter a sua divulgação.

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Felipe. op. cit. p. 102.

<sup>2</sup> Cada computador que trafega pela Internet apresenta um número de identificação que é registrado em cada uma das páginas pelas quais ele "visita". Pelo número, concedido pelo provedor de acesso quando da conexão, é possível se chegar ao computador de onde, eventualmente, tenha partido a prática desautorizada. Tal número, porém, não nos dá a capacidade de saber quem, efetivamente, está por trás de sua tela, digitando e estabelecendo seus comandos. OLIVEIRA, Felipe. op. cit. p. 102.

<sup>3</sup> Oliveira, idem.

<sup>4</sup> O princípio da proporcionalidade é consagrado na própria Convenção de Budapeste: Art. 15. Condições e salvaguardas 1. Cada Parte assegurará que o estabelecimento, a entrada em vigor e a aplicação adotará dos poderes e procedimentos previstos na presente Secção são sujeitos às condições e salvaguardas estabelecidas pela legislação nacional, que deve assegurar uma proteção adequada dos direitos do Homem e das liberdades, designadamente estabelecidas em conformidade com as obrigações decorrentes da aplicação da Convenção do Conselho da Europa para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais dos Cidadãos (1950), do Pacto Internacional

Concluindo, é sabido que a Internet constitui um meio de comunicação, mas o meio de comunicação mais anárquico que se conhece.<sup>1</sup> A todo o momento, percebe-se a preocupação em coibir o abuso no uso do computador e dos sistemas informáticos. Como parte integrante da realidade humana, o espaço cibernético não deve estar alheio a qualquer forma de regulamentação.

Ocorre que tal regulamentação pode e deve ser feita anteriormente a qualquer medida penal repressiva específica.

Diversos autores defendem a noção de que em informática, a “ameaça técnica” combate-se com tecnologia e não com Direito Penal; a prevenção, a conscientização e a celeridade serão as melhores armas para este tipo de criminalidade. O investimento em medidas de segurança da informática (as *security measures*) e o aumento de responsabilidade administrativa da empresa fabricantes dos sistemas e dos provedores de Internet,<sup>2</sup> constituem providências salutareias na busca pela disciplina do uso responsável da rede.

Como aduzido anteriormente, de acordo com a teoria pessoal do bem jurídico, não há como se legitimar a criminalização dos crimes informáticos próprios.<sup>3</sup> Antes de se pensar na criminalização de condutas de usuários no âmbito da internet, deve-se buscar disciplinar e regulamentar estas condutas através da formulação de um marco civil da internet.<sup>4</sup>

Além dos pontos analisados, o Projeto de Lei em análise peca por marcar a questão da criminalização cibernética como uma verdadeira “guerra”, sendo sintomático o parecer da CCJ da Câmara dos Deputados:

---

das Nações Unidas sobre os Direitos Civis e Políticos, (1966), bem como de outros instrumentos internacionais aplicáveis relativos aos Direitos do Homem e que deve integrar o princípio da proporcionalidade.

<sup>1</sup> FARIA DA COSTA, José; MONIZ, Helena. op. cit. p. 342.

<sup>2</sup> Por todos, BOITEUX, Luciana. op. cit. p. 152.

<sup>3</sup> Não se descarta porém que a informática constitui poderoso instrumento que tem potencial de aumentar magnificamente as consequências ou servir de meio, para a realização de crimes (crimes informáticos impróprios).

<sup>4</sup> Sobre o marco civil da internet, cabe ressaltar que já há projeto de lei em trâmite na Câmara dos Deputados – PL nº 2.126/2011, havendo ainda indicação para o IAB se manifestar em parecer.

**(...), o panorama que se afigura no que diz respeito ao combate dos chamados crimes eletrônicos poderia ser comparado a batalhas em que exércitos se enfrentam numa guerra, dado ao antagonismo de posições com que as forças envolvidas nesta disputa disputam a mesma.**

De um lado, a criminalidade organizada que procura agir no submundo da internet, valendo-se de táticas que em muito se assemelham àquelas utilizadas por integrantes de uma força de guerrilha, cooptando a cada dia novos “cybers-guerrilheiros” com conhecimento científico adequado para suas práticas criminosas.

Na outra frente da batalha estão os órgãos policiais, responsáveis pela investigação deste tipo de delito e o Ministério Público, os quais acabam lutando de forma desigual pela inexistência de instrumentos eficazes para vencer a burocracia estatal na obtenção de provas contra os criminosos, principalmente no que diz respeito a regramento legislativo eficaz que permita a obtenção dos meios necessários para uma atuação efetiva e adequada.<sup>1</sup>

Ou seja, há claramente a utilização de noções de um “Direito Penal do Inimigo”, estabelecendo uma ruptura entre os cidadãos (de bem) e os inimigos (alvo da criminalização, o não cidadão). De acordo com Zaffaroni, a instituição de uma categoria de inimigo no ordenamento jurídico interno é de todo incompatível com a noção de Estado de Direito.<sup>2</sup> Ao se confeccionar uma lei restritiva, especialmente de índole penal, deve-se ter em conta os direitos e garantias fundamentais do cidadão, destinatário desta norma, não havendo espaço para legislar por exceção, estabelecendo distinções entre inimigos e cidadãos.

---

<sup>1</sup> Parecer CCJ Deputado Federal Regis de Oliveira. 05.10.2010. p. 5.

<sup>2</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2007. p.190.

Para tanto, o legislador ordinário deve necessariamente levar em conta os princípios penais que são as vigas mestras de todo o ordenamento penal, observando-se o caráter político criminal e sua função de garantia. Desta forma, de todo inoportuno a proposição legislativa.

---

**DIOGO TEBET, é Mestre em Ciências Penais pela UCAM/RJ, Membro efetivo e Secretário da Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros, Coordenador adjunto da Pós-Graduação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, Advogado criminal.**

**“UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DO IMPACTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002: O POSTULADO DA COERÊNCIA COMO CRITÉRIO HERMENÊUTICO PARA O CONTROLE DA JURIDICIDADE EM ABSTRATO DA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA ENTRE O PEDIDO E A SENTENÇA – ADEQUAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL À TUTELA DE DIREITOS ENTRE PARTICULARES”.**

Por Frederico Price Grechi

A Constituição de 1988 é a norma fundamental que confere unidade ao sistema jurídico<sup>1</sup>. Seus preceitos são dotados de eficácia normativa <sup>2</sup> e vinculativa do Poder Público e dos

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed., Brasília: UnB, 1999, p. 58-59: “Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas, essa norma é a norma fundamental. (...). Posto um ordenamento de normas de diversas procedências, a unidade do ordenamento postula que as normas que o compõem sejam unificadas. (...) Essa norma única não pode ser senão aquela que impõe obedecer ao poder originário do qual deriva a Constituição, que dá origem às leis ordinárias, que por sua vez, dão origem aos regulamentos, decisões judiciais, etc.”. VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 156: “Na norma fundamental reside o fundamento-limite de validade e dela, por inferência, não se podem sacar as proposições da Constituição positiva, ou as leis ordinárias ditadas com apoio nos preceitos da Constituição”. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 288: “A legislação, nos países de direito escrito e de Constituição rígida, é a mais importante das fontes formais estatais”.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 82: “Todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica e são aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo”. Quanto à proposta de classificação das normas constitucionais, confira-se SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4ª ed. São Paulo: 2000 (i. normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; ii. normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; iii. normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que albergam as normas definidoras de direito e as definidoras de princípio programático, em geral dependentes de integração infraconstitucional para operarem a plenitude de seus efeitos), e BARROSO, Luís Roberto, *Op. Cit.* (i. normas constitucionais de organização, que têm por objeto organizar o exercício do poder político; ii. normas constitucionais definidoras de direito, que têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos; iii. normas constitucionais programáticas, que têm por objeto traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado).

particulares<sup>1</sup>, impondo-se releitura das categorias jurídicas que compõem o ordenamento jurídico<sup>2</sup> nos diversos ramos do Direito Público<sup>3</sup> e Privado<sup>4</sup> devido a sua interpenetração<sup>5</sup>.

Nessa esteira, o processo civil, cuja teoria expressa os valores ideológicos e culturais insertos dentro da consciência de cada período histórico, também deve ser trabalhado a partir da noção do Estado Democrático de Direito<sup>6</sup> e sob a visão metodológica do acesso à justiça<sup>1</sup>, visto como

---

<sup>1</sup> Trata-se, respectivamente, da eficácia vertical e horizontal das normas constitucionais fundamentais. Consulte-se, entre outros, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002; HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Lisboa: Almedina, 2004.

<sup>2</sup> LOPES, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I – Parte Geral: São Paulo: Atlas, 2005, p. 38: “De acordo com as tendências atuais do direito processual, o estudo do processo civil, tem, como ponto de partida, a Constituição Federal e não o Código de Processo Civil. É a chamada constitucionalização do processo civil, que não constitui nova disciplina jurídica, mas tão-somente nova forma ou novo modo de estudar o direito processual civil”.

<sup>3</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>4</sup> LOTUFO, Renan. *Direito Civil Constitucional. Cadernos* 1. São Paulo: Max Limonad, 1999. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

<sup>5</sup> GIORGIANNI, Michelli. *Direito Privado e as suas atuais fronteiras*. In *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 747, jan. 1998, p. 55.

<sup>6</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 21: “Na verdade, a teoria do processo é marcada pela noção de Estado própria de um determinado momento histórico. A teoria do processo tem como seu instituto fundamental a jurisdição; a jurisdição e os demais institutos fundamentais do processo retiram a sua cor da noção de Estado. Daí a importância da teoria geral do Estado para o correto desenho dos institutos processuais. As normas constitucionais trançam as linhas mestras da teoria do processo. Trata-se de uma ‘tutela constitucional do processo’, que tem por fim assegurar a conformação e o funcionamento dos institutos processuais aos princípios que são insculpidos de acordo com os valores constitucionais. A jurisdição deve realizar os fins do Estado e, inclusive, permitir a participar popular, através do processo, no poder. Por outro lado, o direito à adequada tutela jurisdicional e à efetividade da defesa são garantias de justiça do cidadão que descendem da Constituição. Em suma, não se pode pensar o processo na ausência da luz constitucional. Ou melhor, a teoria do Estado e o direito constitucional fazem parte da moderna processualística. A temática do acesso à justiça constitui a visão metodológica do processualista que realmente considera a perspectiva constitucional. É que o tema do acesso à justiça trabalha a teoria do processo a partir da idéia de Democracia Social. O acesso à justiça é o rótulo da teoria processual preocupada com a questão da justiça social, justamente posta pela Democracia Social”.



instrumento de proteção da cidadania<sup>2</sup> e de participação-democrática, realizando a justiça social do caso concreto<sup>3</sup>. Imperiosa, pois, a compreensão dos seus institutos fundamentais à luz de uma visão contemporânea do Código de Processo Civil<sup>4</sup> e a adequação das suas categorias e técnicas jurídicas<sup>5</sup> com vistas à legitimação da tutela jurisdicional em relação à tutela de direito (material).

---

<sup>1</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça. Juizados Especiais e Ação Civil Pública. Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*. In Participação e Processo. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: R.T., 1988, p. 134-135: "O direito de acesso à Justiça é, portanto, direito de acesso a uma Justiça adequadamente organizada e o acesso a ela deve ser assegurado pelos instrumentos processuais aptos à efetiva realização do direito. (...) Existem também dificuldades de natureza técnico-processual, como as decorrentes da estreiteza do conceito de legitimação para agir (v.g. legitimação em matéria de interesses difusos), da existência de procedimentos simples e céleres, da limitação das espécies de provimentos jurisdicionais, e outros mais. Todos os obstáculos à efetiva realização do direito devem ser corretamente enfrentados, seja em sede de Ciência Política e de Direito Constitucional, na concepção de novas e inovadoras estruturas do Estado e de organização adequada do Judiciário, como também na área da Ciência Processual, para a reformulação de institutos e categorias processuais e concepção de novas alternativas e novas técnicas de solução de conflitos".

<sup>2</sup> LOPES, João Batista. *Op. Cit.*, p. 37: "As transformações por que vem passando a sociedade, nas últimas décadas, notadamente a necessidade de converter o processo em instrumento efetivo de proteção de direitos e defesa da ordem jurídica, alteraram profundamente a concepção do Direito Processual Civil. (...) Ganhou, assim, o processo função predominantemente social, transformando-se em instrumento de defesa da cidadania".

<sup>3</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. v. 1. São Paulo: R.T., 2006, p. 303: "O que se propõe, em outras palavras, é a existência de um direito à construção da ação adequada à tutela do direito material e ao caso concreto, o qual é obviamente autônomo em relação ao direito material, mas tem a sua legitimidade dependente da tutela jurisdicional reclamada".

<sup>4</sup> A respeito dessa nova postura de investigação científica com a superação do dogmatismo jurídico, resultado de um positivismo jurídico formalista, esquecendo-se de outros elementos também relevantes como os sujeitos, as instituições, os procedimentos, aliado também a uma simplificação das tarefas e responsabilidades do jurista, juiz, advogado, estudioso, confira-se CAPPELLETTI, Mauro. *La Justicia Social: Acceso a La Justicia y La Responsabilidad del Jurista en Nuestra Época*. In *Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo (Cuatro estudios de derecho comparado)*. Trad. de Héctor Fix Fierro. México: Editorial Porrúa, 1993, p. 81-114. No Brasil, confira-se MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Notas sobre o problema da 'Efetividade' do Processo*, In *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 203-220.

<sup>5</sup> A expressão técnica processual é aqui empregada no mesmo sentido dado por GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 46: "A ciência do Direito Processual teve, como qualquer ciência, sua fase de construção, que lhe permitiu desenvolver suas técnicas para investigar o seu objeto,

O Código de Processo Civil<sup>1</sup>, promulgado em 1973, vem passando por profundas reformas<sup>2</sup>, perdendo a sua feição de um sistema<sup>3</sup>, notadamente quanto à sua unidade<sup>4</sup>, concebida,

---

constituído pelas normas que organizam e disciplinam a própria técnica da aplicação do Direito pelo Estado, através dos órgãos da jurisdição”.

<sup>1</sup> Sem embargo, o CPC/73 revelou um avanço na sistematização dos institutos jurídico-processuais, conforme noticia MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, p. 47: “Seria talvez supérfluo registrar o progresso científico e técnico, que se reflete nessa condensação. O Código vigente [CPC/39] não tem uma visão unitária do processo de conhecimento – isto é, do processo destinado, como diz LIEBMAN, à formulação da regra jurídica concreta, que deve disciplinar a situação trazida à apreciação do órgão judicial – , ao passo que no novo Código o processo de conhecimento aparece como uma unidade identificada e perfeitamente individualizada”.

<sup>2</sup> O primeiro conjunto de leis, intituladas de “mini-reformas”, oriundas da comissão lideradas pelos Ministros SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA e ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, que alteraram substancialmente o Código de Processo Civil, a saber: Leis nº 8.455/92, 8.637/93, 8.710/93, 8.718/93, 8.898/94, 8.950/94, 8.951/94, 8.952/94, 8.953/94, 9.079/95, 9.139/95, 9.245/95. Sobre essa primeira etapa da reforma do CPC/73, consulte-se, entre outros, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, ALVIM, J. E. Carreira, *Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1995, e BERMUDEZ, Sergio. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995. Em seguida, sobreveio a segunda etapa da reforma do CPC/73, com o advento das Leis nº 9.800/99, 10.352/01, 10.358/01, 10.173/01 e 10.444/02. Confirma-se, também entre outros, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: R.T., 2002, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*, São Paulo: R.T., 2002. Posteriormente, uma nova etapa da reforma do CPC/73, especialmente através das leis 11.187/05, 11.232/05 e 11.382/06. A respeito, examine-se WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: R.T., 2005. v. 1; 2006, v.2. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. v. 1, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, *As reformas de 2006 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>3</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6ª ed., São Paulo: R.T., 2007, p. 493: “É impossível fechar os olhos à realidade de que o CPC hoje não pode mais ser pressuposto como algo que se assemelhe a um ‘sistema’, no sentido mais rigoroso da expressão. Trata-se de lei que vem passando por um profundo processo de reforma e cujas feições definitivas ainda não se completarem, até porque não houve tempo para que a doutrina e a jurisprudência ‘amadurecessem’ certos aspectos das novidades e problemas por esta criados”.

<sup>4</sup> Com relação às qualidades da unidade e da ordem como características do conceito geral de sistema, consulte-se CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. trad. António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 9-13.

inicialmente, sob o influxo dos valores de um direito liberal<sup>1</sup>, a revelar, fundamentalmente, a neutralidade do juiz, a autonomia da vontade, a não ingerência do Estado nas relações dos particulares e a incoercibilidade do fazer<sup>2</sup>, fruto de uma ideologia liberal, predominantemente, formalista<sup>3</sup> e patrimonialista<sup>4</sup>.

Com efeito, um processo civil de resultados<sup>5</sup> é alcançado por meio da correta ordenação entre a tutela de direitos (direito material) e à tutela jurisdicional de direitos<sup>1</sup> (declaratória,

---

<sup>1</sup> No que toca aos modelos constitucionais do Brasil – constitucionalismo do Império, constitucionalismo da Primeira República e o constitucionalismo do Estado Social, consulte-se BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 327-338: “Por esse aspecto muito avançou o Estado social da Carta de 1988, com o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a inconstitucionalidade por omissão. O Estado social brasileiro é portanto de terceira geração, em face desses aperfeiçoamentos: um Estado que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante”.

<sup>2</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. São Paulo: R.T., 1998, p. 19.

<sup>3</sup> Sob este ângulo, ressalve-se, contudo, as normas processuais instrumentais previstas nos artigos 154, 244 e 250, todos do CPC/73, que conferem efetividade ao princípio da finalidade essencial, conforme nos ensina OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 206-207: “As tentativas realizadas no sentido de salva o processo significam não anulá-lo nem extingui-lo sem julgamento do mérito, evitando-se dessa maneira possa o instrumento processual vir sucumbir em virtude de erros de pura forma. A tanto colima a regra basilar contida no art. 244, a que se ajunta o disposto no art. 250, ambos do Código de Processo Civil. (...) O art. 154 do Código de Processo Civil brasileiro e outros dispositivos do mesmo corte, ressaltando a importância da finalidade, impedem o fenômeno das formas residuais, as formas que teimam em permanecer apesar da perda de sentido e obstaculizam, do mesmo modo, a sua degeneração, ou seja, sua extensão a termos não previstos inicialmente. Varre-se, assim, o fetichismo da forma, eliminando-se as imprestáveis, mantidas tão-somente as que tenham finalidade atual ou serviam à garantia das partes”.

<sup>4</sup> ALVIM, Arruda. *Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós*. In *Direito Processual Civil*. v. 3. Execução, Medidas Cautelares e Ações em Espécie. São Paulo: R.T., 2002, p. 255: “Os modelos dos nossos Códigos, processuais e não processuais, decorreram da implantação dos princípios do liberalismo. É difícil, senão inexato, avaliar um sistema político, jurídico e econômico, atribuindo-lhe qualidades e defeitos, havidos uns e outros como indiscutíveis, se estivermos situados em outro e distanciado momento histórico. Encontra-se no direito francês a principal matriz originária desse sistema, no direito privado. Expressão relevante desse sistema, no direito privado, era a solução das obrigações inadimplidas, especialmente as de fazer e de não fazer, em perdas e danos (art. 1.142 do CC francês)”.

<sup>5</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 177-178: “O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. (...) Em outras palavras: a

constitutiva, condenatória, executiva *lato sensu* e mandamental)<sup>2</sup> aplicada e efetivada (atuação) ao caso concreto<sup>3</sup>, viabilizando-se, por conseguinte, a ampliação da tutela (proteção) jurídica que é um dos princípios fundamentais para a construção do Estado de Democrático de Direito <sup>4</sup>.

Como consequência dos influxos sociais, políticos, ideológicos e econômicos trazidos pela Constituição de 1988 e pelas posteriores reformas do CPC, sucederam novas hipóteses de

---

perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos”.

<sup>1</sup> Acerca da distinção entre tutela (material) de direitos e tutela jurisdicional de direitos, BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 273: “É a tutela jurisdicional de direitos que diz respeito ao estudo do direito processual civil. A tutela de direitos, isto é, sua proteção no plano material, externo ao processo, só interessa ao direitos processual civil como causa da necessidade de exercício da função jurisdicional e, num segundo momento, quando reconhecido o direito a que a tutela jurisdicional seja prestada no caso concreto, para verificar de que maneira ela o será. A referência e a complementaridade entre os dois planos (material e processual) é irrecusável mas é necessário não tratá-los indistintamente, como se fossem uma só realidade”.

<sup>2</sup> Acerca das correntes doutrinárias sobre a classificação da tutela jurisdicional de direito quanto à sua eficácia, a WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. vol. 1. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, 7ª ed. São Paulo: R.T, 2005, p. 152: “Há, hoje, no direito processual civil brasileiro, duas fortes correntes doutrinárias, que discutem a classificação das ações no processo de conhecimento (na verdade, a classificação das sentenças proferidas em processo de conhecimento). A classificação tradicional, que antes prevalecia na doutrina, tratava as ações de conhecimento como declaratórias, constitutivas e condenatórias. Nos últimos anos, nota-se clara tendência doutrinária no sentido de se adotar classificação que comporta cinco espécies de ações de conhecimentos, considerando-se, além das três categoriais antes indicadas, também as mandamentais e as executivas *lato sensu*”.

<sup>3</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p. 246 e 266: “(...)o escopo jurídico da jurisdição não é a composição das lides, ou seja, o estabelecimento da regra que disciplina e dá solução a cada uma delas em concreto; a regra do caso concreto já existia antes, perfeita e acabada, interessando agora dar-lhe efetividade, ou seja, promover a sua atuação. (...) Quanto ao direito processual, posto em confronto com o substancial e com os objetivos a serem atingidos no campo social e no político, em sentido assim vago pode-se dizer que ele constitui uma técnica a serviço deles – do mesmo modo e no mesmo sentido em que se afirma ser ele um instrumento. Mas, quando se passe à introspecção do próprio sistema processual e se procura em um primeiro tempo criar, depois compreender e finalmente bem empregar os meios que compõem o seu mecanismo, então é especialmente da técnica processual que se está cuidando. Técnica processual é, nessa ótica, a predisposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais”.

<sup>4</sup> LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de Etica Jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985, p. 176.

relativização do princípio da congruência (correlação) entre o pedido e a sentença <sup>1 2</sup>, que consubstancia o dever daquele julgar nos exatos termos do pedido tal como foi deduzido pela parte, nem mais (*ultra petita*), nem menos (*citra petita*) e nem fora (*extra petita*) do que foi pedido.<sup>3</sup>

O princípio da congruência (ou da adstrição ou da correlação) entre o pedido e a sentença infere-se dos artigos 2º, 128 e 460 do atual CPC<sup>4</sup>. Trata-se de um princípio informativo do Processo Civil, posto que não se funda, imediatamente, na Constituição, mas

---

<sup>1</sup> No direito romano encontra a sua correspondência nos brocardos sinônimos "*ne eat iudex petita partium* (não decidida o juiz além do pedido), e "*sententia debet esse conformis libello, nec ultra petita proferre valet*" (a sentença deve ser conforme o libelo). Consulte-se PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 234.

<sup>2</sup> Na história do direito brasileiro, o princípio da correlação passou a figurar, inicialmente, em vários Códigos processuais estaduais, como o do antigo Distrito Federal (Dec. n. 16.752/1924), em seu artigo 2º ("*Excetados os casos do procedimento oficial declarados na lei, ou os disciplinares prescritos neste Código, só por provocação da parte interessada poderão os juízes e tribunais exercer as respectivas atribuições*"). O sobredito princípio da congruência foi acolhido pelo Código de Processo Civil de 1939, instituído através do Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro daquele mesmo ano, que conferiu a unidade processual civil no Brasil, restabelecida com a Constituição de 1934, conforme PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. vol. 1. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 7. Para uma breve notícia histórica do Direito Processual Civil brasileiro, confira-se REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 44-58. Mais recentemente, remetemos à obra de PACHECO, José da Silva. *A Evolução do Processo Civil Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>3</sup> JUNIOR, Nelson Nery, e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 528: "2. Pedido e sentença. Deve haver correlação entre o pedido e sentença (CPC, 460), sendo defeso ao juiz decidir aquém (*citra* ou *infra petita*), fora (*extra petita*) ou além (*ultra petita*) do que foi pedido, se para isto a lei exigir iniciativa da parte. Caso decida com algum dos vícios apontados, a sentença poderá ser corrigida por embargos de declaração, se *citra* ou *infra petita*, ou por recurso de apelação, se tiver sido proferida *extra* ou *ultra petita*. Por pedido deve ser entendido o conjunto formado pela causa (ou *causae petendi* e o pedido em sentido estrito. A decisão do juiz fica vinculada à causa de pedir e ao pedido". Consulte-se, ainda, ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 663-664: "O âmbito da sentença não pode extrapolar os limites do pedido do autor (arts. 460 e 128), nem tampouco poderá o juiz deixar de apreciar parte do pedido, conquanto possa (deva) levar em consideração o direito superveniente (art. 462)".

<sup>4</sup>Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais. Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte. Art.460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

que decorre da opção do legislador processual ou da doutrina<sup>1</sup>, cujo escopo é impedir que o juiz profira sentença de tutela jurisdicional ou que preste tutela de direito distinta das requeridas pela parte<sup>2</sup>. A rigor, ressalte-se, por relevante, que a limitação imposta ao juiz alcança tanto o pedido imediato (tutela jurisdicional) como o pedido mediato (tutela de direito), caracterizado pelo bem da vida que afirma o autor ser titular<sup>3</sup>.

Além dos dispositivos legais originariamente previstos no CPC (v.g., artigos 20, 290 e 293)<sup>4</sup>, os artigos 461, 461-A e 645<sup>1</sup>, acrescentados pelas alterações legislativas

---

<sup>1</sup> A propósito da distinção entre os princípios constitucionais, isto é, normas gerais e abstratas que têm assento na Constituição e constituem fundamento do processo civil, e os princípios próprios do processo civil, os quais estão assentados na legislação infraconstitucional ou, ainda, por elaboração doutrinária, confira-se, no Brasil, LOPES, João Batista. *Op. Cit.*, p.59-66; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O Juiz e o Princípio Dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.30.

<sup>2</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Volume 1: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 373.

<sup>3</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume III. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 171: "O pedido constitui o objeto da ação, aquilo que se pretende obter com a prestação da tutela jurisdicional reclamada. Distingue-se o pedido imediato do pedido mediato. Isto porque, na inicial, o autor reclama determinado tipo de tutela jurisdicional (pedido imediato) com vistas à obtenção de um bem da vida, que afirma lhe estar assegurado pelo direito (pedido mediato). No processo de cognição, a tutela pode traduzir-se na mera certificação do direito (declaração) ou na certidão do direito com eficácia de criar, modificar ou extinguir uma situação jurídica, uma relação jurídica ou um estado (constituição) ou na certidão do direito com a conseqüente aplicação de uma sanção ao responsável por sua violação (condenação). A natureza do pedido imediato qualifica a ação em que ele é formulado, donde se falar em ação de declaração, ação constitutiva e ação condenatória. Mas o autor pede declaração, constituição ou condenação com vista a obter um bem da vida que afirma lhe ser devido, por força da incidência de uma regra de direito material. Este bem da vida é o objeto do pedido mediato". Confira-se, ainda, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume IV, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 281: "Quando a lei fala em sentença de natureza diversa da pedida há referência à natureza do objeto imediato do pedido formulado pelo autor, em que se indica sua pretensão a um pronunciamento meramente declaratório, constitutivo ou condenatório. Portanto, por exemplo, não pode o juiz proferir sentença condenatória se o autor pediu-lhe pronunciamento constitutivo. Nesse caso haveria sentença *extra petita*, inquinada de nulidade. Também se caracteriza como *extra petita* a sentença que condenar o réu em objetivo diverso do demandado. Nesta hipótese há substituição do objeto mediato do pedido formulado pelo autor. Daí, igualmente, decorre a nulidade da sentença".

<sup>4</sup> Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. Art. 290. Quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação. Art. 293. Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais.

supervenientes<sup>2</sup>, legitimam novas exceções ao princípio da congruência<sup>3</sup>, privilegiando a tutela específica da obrigação<sup>4</sup>.

Dessa forma, “se o autor requer uma sentença executiva, isto é, uma sentença que determine que um auxiliar do juízo ou um terceiro pratique ato tendente a evitar a prática ou a

<sup>1</sup> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. §1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. §2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). §3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. §4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. §5º Para a efetivação da tutela específica ou obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo e atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimentos de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. §6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. Art. 645. Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida. Parágrafo único. Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo, se excessivo.

<sup>2</sup> Lei n. 8.952/94, Lei n. 8.953/94 e Lei n. 10.444/02.

<sup>3</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não-fazer*, p. 259; WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer*, p. 43. In *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>4</sup> Tanto no regime do Código Civil de 1916 (artigos 878 a 881 e 1.535) como no regime do Novo Código Civil (artigos 247 a 249), a inexecução de obrigação de fazer ou não fazer se resolve em perdas e danos, no caso de o obrigado se recusar a adimpli-la de forma específica. Cuida-se da concepção clássica do processo civil que fundada em torno da liberdade incondicional do indivíduo, cuja vontade não podia ser transgredida por meios judiciais de coerção, privilegia a indenização (recomposição) pela violação dos bens jurídicos. A este respeito, consulte-se ALVIM, Arruda. *Obrigações de fazer e não fazer – direito material e processo*. In *Direito Processual Civil*. v. 3. *Execução, Medidas Cautelares e Ações em Espécie*. São Paulo: R.T., 2002, p.173-177: “A tutela ressarcitória pode-se dizer ter sido a forma absolutamente predominante de proteção de direitos lesado, fundamentalmente solucionáveis, se e quando objeto de ilícito, por meio do ressarcimento, tudo nos quadros do ‘processo civil clássico’. (...) Como se percebe, se a solução foi sempre no sentido de, se inadimplidas tais obrigações, resolver-se isso por meio das perdas e danos, o quadro do direito positivo tem-se alterado em favor da execução específica, por meio do que se chama execução indireta, mercê de tutela diferenciada para essa hipótese”.



*repetição do ilícito, ou ainda removê-lo, também está o juiz autorizado a impor a multa, quando a sentença, ao invés de atuar por meio de coerção direta ou de sub-rogação, atuará através de imposição de multa, objetivando convencer o réu a não fazer ou a fazer”<sup>1</sup>.*

Verifica-se, pois, a mitigação da rigidez da divisão e mistura de funções num mesmo segmento processual, de modo que os possíveis objetivos do processo de conhecimento não mais corresponderão, necessariamente, à identidade de conteúdo da ação procedente com a da sentença que a julgue, e vice-versa <sup>2</sup>.

No entanto, ressalva a doutrina que o pedido (mediato) do autor, correspondente à tutela de direito (bem da vida), permanecerá vinculativo para o juiz, subsistindo, nesse ponto,

---

<sup>1</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC). São Paulo: R.T., 2000, p. 95-96: “Como se vê, estas normas não só admitem que o juiz imponha multa de ofício – na sentença ou na tutela antecipatória – , como também permitem-lhe conceder a tutela específica da obrigação ou determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. No caso de tutela inibitória, estará o juiz autorizado a impor a multa quando a sentença requerida, apesar de endereçada, segundo a causa de pedir, a evitar o ilícito, sua repetição ou continuação, for meramente declaratória, e não mandamental, justamente por não ter sido solicitada a imposição de multa para convencer o demandado a fazer ou não fazer”.

<sup>2</sup> A respeito dessa rigidez da divisão e mistura de funções num mesmo segmento processual, cite-se ALVIM, Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. In Direito Processual Civil. v. 3. Execução, Medidas Cautelares e Ações em Espécie. São Paulo: R.T., 2003, p. 271-272: “São fundamentalmente, os seguintes os possíveis objetivos do processo de conhecimento. A) condenar o réu, em favor do autor; b) modificar (constituir/desconstituir) uma situação jurídica, extinguido-a, ‘criando-a’, ou, pura e simplesmente, modificando-a; c) somente declarar, i. eg., simplesmente, tendo por objeto uma relação jurídica; vale dizer, declarar que existe ou que não existe uma relação jurídica; d) mandar que alguém (não incomumente, um órgão do Estado) faça alguma coisa, ou deixe de fazer alguma coisa, o que vem geralmente acompanhado da imposição de coerção, usualmente, de caráter pecuniário, sobre o que deve obedecer, para que cumpra. Tais pedidos predeterminam, quando admitida e julgada favoravelmente a ação, o possível conteúdo (= parte dispositiva) da sentença. A essas possíveis finalidades, realizáveis por meio das sentenças correlatas ou congruentes, correspondentes, respectivamente: a`) à ação condenatória, aspira-se a que se siga sentença condenatória; b`) na ação constitutiva, o que se objetiva é a modificação, a ‘criação’ ou a extinção de uma situação jurídica (efeitos esses que gravitam em torno de uma relação ou situação jurídica); c`) com a ação meramente declaratória, colima-se unicamente declarar a existência ou a inexistência de uma relação jurídica (em relação à qual se tenha criada [pelo réu] uma incerteza jurídica objetiva); d`) ação executiva lato sensu em que se objetiva a obtenção de um provimento de caráter declaratório, lato sensu, mas que produz efeitos no mundo empírico, independentemente do segmento do processo de execução; e`) ação mandamental, em que se objetiva obter uma ordem do juiz, relativamente a uma autoridade, ou, cada vez mais generalizadamente, ao réu do processo, cujos benefícios práticos devem resultar em favor do autor, mas em que, possivelmente, o fundamento da ordem e daquilo que a acompanha (coerção=multa) existem em nome da própria respeitabilidade com que se devem encarar as decisões judiciais”.



o princípio da congruência, variando tão-somente os mecanismos instrumentais da tutela imediata (eficácia mandamental e execução *lato sensu*)<sup>1</sup>.

Nesse diapasão, a doutrina contemporânea<sup>2</sup> já sinalizou a importância desta questão que o presente estudo tem por finalidade investigar na perspectiva do controle de legitimidade do provimento judicial de adequação da tutela jurisdicional à tutela de direito (material), e vice-versa, bem como as suas condições de aplicação. Tem-se aí, então, mais uma nova modalidade de relativização do princípio da congruência sob o prisma da correção da justiça material (*error in judicando*), e não apenas sob o enfoque da consistência e completude da justiça formal (*error in procedendo*)<sup>3</sup>.

Como se verá adiante, de forma pormenorizada, abre-se caminho para que se realize a (re)leitura do princípio da congruência<sup>4</sup>, levando-se em consideração uma sistematização

---

<sup>1</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: R.T., 2003, p. 286-287: "Não parece, portanto, apropriado afirmar que em tais hipóteses haverá a 'sub-rogação de uma obrigação em outra de tipo diferente', a 'conversão de uma 'obrigação' em outra' ou ainda a emissão de 'medidas constitutivas' que criariam 'novas obrigações e imposições de condutas diversas daquelas originariamente fixadas em lei ou contrato'. Há, isso sim, a variabilidade de mecanismos instrumentais (que implicam deveres igualmente instrumentais) voltados à consecução do mesmo dever principal. Instalar filtro, por exemplo, é apenas uma forma de se observar o dever de não poluir – não constituindo, propriamente, outro dever autônomo. Essas constatações permitem verificar a exata dimensão de atenuação que sofre o princípio da congruência entre o pedido e o provimento concessivo de tutela. O pedido do autor é vinculante para o juiz – e, nesse ponto, vigora o princípio da congruência – , no que tange à tutela mediata: a obtenção do resultado específico. A flexibilidade instaurada pelo regime ex art. 461 concerne aos mecanismos da tutela imediata (a eficácia do provimento – mandamental e executiva *lato sensu*; os instrumentos de realização concreta de tais eficácias). Não se trata, de todo modo, de novidade absoluta em nosso sistema processual. Fenômeno semelhante ocorre com as ações cautelares (conservativas) e possessórias, em que a exigência de adstrição do provimento ao pedido limita-se à consecução do bem de vida pleiteado (resguardo do resultado útil do processo, no primeiro caso; proteção da posse sobre determinado bem, no segundo) – , podendo o juiz, para tanto, adotar providências processuais que nem mesmo foram requeridas".

<sup>2</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 497-498: "Questão bem relevante que tem sido posta para enfrentamento mais recentemente diz respeito às condições pelas quais um pedido de 'tutela específica', pode ser convertido em 'tutela genérica' (v. n. 8.1.2.1. do Capítulo 1 da Parte III) ou em que medida um pedido de 'tutela condenatória' pode ser modificado para 'tutela mandamental', ou vice-versa (v. ns. 8.5.3 e 8.5.5 do Capítulo 1 da Parte III)".

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>4</sup> Também denominado de princípio da coextensão na doutrina de MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo V. 3ª ed. atualização legislativa Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 71-72: "1. Pedido e sentença. (...) Pediu-se sentença de força declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, ou executiva, e depende das regras jurídicas incidentes de direito material qual a eficácia imediata ou mediata que ela

circular, complexa e gradual do conjunto de proposições do provimento judicial, através do postulado da coerência como critério hermenêutico, do qual se extrai as noções de consistência e de completude (requisito formal), e da sua relação de conexão positiva de sentido (requisito substancial), permitindo a interligação e a adequação, a um só tempo, das normas processuais (tutela jurisdicional) com as normas materiais (tutela de direito) do NCC<sup>1</sup> entre particulares (classe de sujeitos no ordenamento jurídico)<sup>2</sup>, na perspectiva de um Processo Civil contemporâneo, com forte carga instrumental, igualitária, solidária e existencialista<sup>3</sup>.

---

tem. O que se veda é que se peça, por exemplo, sentença de força mandamental, e o juiz profira sentença de outra força. (...) O que o juiz não pode é proferir sentença que não atenda às características do pedido, à sua quantidade e ao objeto a que aluda a petição. Quem pede que se preste o objeto *a* não pode ser considerado com o direito ao objeto *b*, salvo se o próprio pedido permite que tal aconteça, o que depende do conteúdo da própria petição, explícito ou como tal interpretável. O que se tem de afastar é a decisão *ultra petita*. Mas, esmo que da petição não constem, a sentença pode condenar aos juros legais (art. 293), às despesas e honorários de advogado (art. 20) e às prestações vincendas (art. 290). (...) Pedido e sentença (princípio da coextensão) – O que determina a sentença é o pedido. Tem-se aí o princípio da coextensão. O juiz condenada ao que era justo que o autor pedisse. Se o pedido é de coisa incerta, a condenação é a prestar coisa incerta”.

<sup>1</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2006, apresentação, p. xiii: “O Código Civil de 2002 ainda se ressentia de preocupação voltada às situações jurídicas patrimoniais, mas reconhece a importância da presença de outros fatores, princípios e valores que devem nortear a interpretação e a aplicação das normas jurídicas. Contudo, o texto codificado releva algumas potencialidades hermenêuticas que bem podem ser aproveitadas pela doutrina e pela jurisprudência, desde que observados os valores, princípios e regras previstos na Constituição Federal de 1988”.

<sup>2</sup> Consulte-se, entre outros, os seguintes trabalhos sobre o tema: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Jrris, 2004; VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. Para exame da atuação da Fazenda Pública em Juízo frente ao particular, remetemos BUENO, Cassio Scarpinella. *O Poder Público em Juízo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008; \_\_\_\_\_. e SUNDFELD, Carlos Ari. *O Direito Processual Público. A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>3</sup> Com relação à proteção do direito à vida privada (honra, intimidade, imagem, etc) por meio da tutela inibitória, confira-se ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: R.T., 2000, p. 44: “A tutela dos direitos pressupõe, assim, a adequação concreta do sistema para a tutela da pretensão do direito veiculado através da ação (processual). É sob esta ótica que se pretende analisar os direitos à vida privada e demais direitos decorrentes (como os direitos à honra, à intimidade e à imagem): avaliando se o sistema processual civil brasileiro possui mecanismos de tutela adequados para lidar com tais direitos – e especialmente, com a situação particular em que o direito brasileiro o coloca (de inviolabilidade) –, ou se estes direitos estão fadados ao limbo das meras declarações formais de direitos, aos quais não se dá proteção adequada.” Consulte-se, ainda, LORENZETTI, Ricardo Luis.

O NCC, cuja vigência teve início em janeiro de 2003, lançou novas luzes no que toca à tutela de direitos na sua Parte Geral (Livro I – Das Pessoas, Livro II – Dos Bens, Livro III – Dos Fatos Jurídicos) e na Parte Especial (Livro I – Do Direito das Obrigações, Livro II – Do Direito da Empresa, Livro III – Do Direito das Coisas, Livro IV – Do Direito de Família, Livro V – Do Direito das Sucessões), de estrutura normativa aberta e móvel<sup>1</sup> (cláusulas gerais e conceitos vagos)<sup>2</sup>, e impregnado de certos valores essenciais representados pelos princípios da eticidade, sociabilidade e operabilidade<sup>3</sup>, com vistas à funcionalização das situações jurídicas

---

*Fundamentos do Direito Privado*. R.T., São Paulo: 1998, p. 340: “C) Tutela inibitória da esfera íntima e privada. A esfera íntima e privada do indivíduo foi revestida deste tipo de proteção. Veremos alguns exemplos: a) A intimidade – O art. 1.071 bis do CC dispõe que o juiz pode obrigar a cessar sua atividade a quem se intromete na vida alheia, publicando fotografias, difundindo correspondência, mortificando a outrem em seus costumes ou sentimentos, ou perturbando de qualquer modo sua intimidade. Como expansão desta forma de tutela, admitiu-se a proibição de circulação da publicação lesiva, a supressão e parágrafos ou textos ofensivos, a autorização de diligências para impedir a identificação de uma pessoa fotografada, ou a publicação de avisos em vários diários”.

<sup>1</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 693: “O sistema interno não é, como se depreende do que foi dito, um sistema fechado em si, mas um sistema ‘aberto’, no sentido de que são possíveis tanto mutações na espécie de jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios; seja em virtude de alterações legislativas, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do Direito ou modificações na jurisprudência dos tribunais”.

<sup>2</sup>MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: R.T., 2000, p. 340-341: “(...) nas cláusulas gerais, a concretização da valoração e a formação da estatuição só pode operar perante o caso concreto, ou em face de grupos de casos considerados como ‘típicos’. Não é viável, aqui, a abstração generalizante, a qual, por ser generalizante, ‘tipifica’ e encerra, em determinados e fixos róis, o que é geral e o que é excepcional. (...) Exatamente porque só podem operar à vista dos casos concretos, ganhando a vida a partir destes, o perfil das cláusulas gerais deve ser complementado através do exame de suas funções”. Mais recentemente, confira-se, JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42: “Num comparativo entre princípios e cláusulas gerais constatamos que os princípios irradiam uma identidade própria no interior do sistema jurídico, o que já não se passa com as cláusulas gerais, que necessitam trazer consigo, ou remeter a princípios, que acabam por se fundir com a sua própria razão de ser (das cláusulas gerais). Os princípios formam-se, ganham consistência no meio social, adquirem identidade e uma objetividade que lhes confere o atributo de serem invocados para aplicação no ordenamento jurídico. Isto não quer dizer que, em regra, possam ser aplicados independentemente de uma norma jurídica que lhes faça a introdução no sistema. (...) A preocupação de se incorrer em flagrante injustiça, caso se opte pela aplicação da norma adequada à *fattispecie*, poderá, então, excepcionalmente, justificar o prevailecimento princípio autônomo sobre a regra jurídica (...)”.

<sup>3</sup> MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

patrimoniais (“ter”) em favor dos valores existenciais (“ser”)<sup>1</sup>, por meio de um diálogo primário<sup>2</sup> com a normativa constitucional<sup>3</sup>, influenciando, de forma relevante, na predisposição da relação de adequação da tutela jurisdicional com a tutela de direito<sup>4</sup>.

O sistema atual do NCC, informado por preceitos de ordem pública (artigo 2.035, parágrafo único) e pelas cláusulas gerais da função social do contrato (artigo 421), da boa-fé objetiva (artigos 113, 187 e 422), da função social da propriedade (artigo 1.228, §1º), da função social da empresa (artigos 421 e 981), fornece ao juiz um novo instrumento, bem diferente do que estávamos acostumados a ver no Código Civil revogado<sup>5</sup>, e que deve ser por este considerado e aplicado como se estivessem inclusos implicitamente no pedido formulado de tutela de direito e da tutela jurisdicional requerida<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> CF, artigos 1º e 3º, inciso II, IV, art. 5º, *caput*.

<sup>2</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In *A Parte Geral do novo Código Civil*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. XVII e XXXIII.

<sup>3</sup> DENTI, Vittorio. *Giustizia e Partecipazione nella tutela dei nuovi diritti*. In *Partecipazione e Processo Accesso à Justiça e Sociedade Moderna*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: R.T., 1988, p. 15: “Ocorre, dunque, chiarire in quale significato si parla di ‘nuovi diritti’. È necessario distinguere, infatti, tra gli interessi trasformati in situazioni soggettive forti, già tutelati dall’ordinamento, e che, quindi, assumono le forme tradizionali dei diritti soggettivi, e interessi in attesa di qualificazione (e quindi di protezione giuridica. Sebbene già consolidati nella coscienza sociale. In questo secondo caso, si tratta di interessi non creati dal legislatore, ma dalla prassi giudiziaria, sulla base di clausole generali che trovano il loro referente normativo principale nelle carte costituzionali. I nuclei principali dei nuovi diritti riguardano: a) la protezione della persona fisica e la rilevanza della salute, nonché la tutela del singolo nell’ambito della famiglia e delle formazioni sociali; b) la circolazione delle informazioni, e quindi la protezione dell’aspetto morale della persona, mediante il controllo dei *massmedia*”.

<sup>4</sup> Na Constituição da República Federativa do Brasil, podemos indicar, entre outros, os seguintes preceitos que asseguram os direitos fundamentais individuais: princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), princípio da solidariedade (art. 1º, IV), princípio geral de liberdade (art. 5º, *caput*, II), princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV, e art. 170, *caput*), princípio do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XXXX), direito de propriedade (art. 5º, *caput*, XXII), princípio da função social da propriedade (art. 5º, XIII, art. 170, III), princípio da proteção da família, do casamento e da união estável (art. 226, *caput*, §1º a 4º).

<sup>5</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – resolução – de acordo com o Novo Código Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 232.

<sup>6</sup> JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, p. 528.

A título de ilustração, segundo a doutrina, uma vez considerado o princípio da justiça material dos contratos (*v.g.*, adimplemento substancial, deveres secundários de conduta, etc), pode o juiz, ao apreciar um pedido de resolução contratual, assegurar a conservação do justo equilíbrio entre os contratantes no momento decisivo da resolução do vínculo, decidindo sobre a situação de ambas as partes, estabelecendo (i) o que deve ficar com quem e (ii) em que medida, não sendo necessário ao réu formular pedido reconvenicional, posto que este acerto seria ínsito ao instituto da resolução.

Ademais, o juiz também poderia, em se tratando de pedido de resolução do contrato por modificação superveniente das circunstâncias em que o mesmo se fundou, deferir menos do que o desfazimento do vínculo, limitando-se à revisão do negócio jurídico, ainda que inexistia manifestação do réu, valendo-se, para tanto, das cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato e a ordem pública<sup>1</sup>.

Verifica-se, pois, que o juiz passou a gozar de ilimitado e 'soberano' poder de apreciação, segundo a doutrina<sup>2</sup>, entendendo-se espelhar semelhante juízo a gravidade do descumprimento e os demais pressupostos do instrumento resolutório, cabendo-lhe, por exemplo, quando estiver diante de hipótese estrita de adimplemento substancial, rejeitar o pedido resolutório do autor (tutela jurisdicional constitutiva negativa), assegurando, por outro lado, o direito à indenização da parcela minimamente descumprida pelo devedor (tutela jurisdicional condenatória). Nessa última situação exemplificativa, constata-se que o princípio da justiça material dos contratos, implementado aqui através das cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato, teve a eficácia de preservação do vínculo contratual (tutela de direito) em detrimento da sua resolução (tutela de direito) requerida pelo autor, com base no princípio da autonomia privada, através de uma tutela jurisdicional constitutiva

---

<sup>1</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit.*, p. 233-234.

<sup>2</sup> ASSIS, Araken. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4ª ed. São Paulo: R.T., 2004, p. 134-135: "Então, a hipótese estrita de adimplemento substancial – descumprimento de parte mínima – equivale, no direito brasileiro, grosso modo, ao adimplemento chamado insatisfatório: ao invés de infração a deveres secundários, existe discrepância qualitativa e irrelevante na conduta do obrigado. Em tais termos, a solução do problema se acomoda ao regime comum e usual. O juiz avaliará a existência ou não da utilidade na prestação, segundo determina o art. 398, parágrafo único, do CC-02. Posteriormente àquele caso examinado, a 4.ª Turma do STJ examinou a hipótese de a seguradora, apesar de o segurado só ter inadimplido a última parcela do prêmio, dar por extinto o contrato e negar cobertura do sinistro, e reconheceu o adimplemento substancial deste último, ressaltando: 'a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio'. USTÁRROZ, Daniel. *A Responsabilidade Contratual no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 178: "A teoria do adimplemento substancial acabou sufragada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça e, hoje, vem sendo adotada pela grande maioria de nossas Cortes, a despeito da falta de previsão legislativa explícita. Com o advento do novo Código Civil, semelhante decisão poderá ser fundamentada, também, na existência do princípio expresso que ordena respeito à função social das relações obrigacionais".

negativa, que restou convertida em uma tutela jurisdicional condenatória para conferir-lhe uma tutela de direito de ressarcimento correspondente à mínima parcela da obrigação inadimplida.

Ainda em apreço às cláusulas gerais da função social da propriedade e da ordem pública do NCC<sup>1</sup>, o juiz poderá, ao apreciar pedido de reivindicação do proprietário do imóvel (tutela jurisdicional executiva *lato sensu*)<sup>2</sup>, privá-lo da coisa, desde que presentes certos elementos<sup>3</sup>, arbitrando, a seu favor, justa indenização (tutela jurisdicional condenatória). Nessa hipótese, infere-se que a função social da propriedade e a ordem pública atuaram sobre os elementos (faculdades) que compõem o núcleo da tutela do direito de propriedade, assegurando, subsidiariamente, ao seu titular a tutela de direito à indenização (ressarcitória), outorgando-lhe uma tutela jurisdicional condenatória ao invés da tutela jurisdicional executiva *lato sensu* requerida.

Como se vê dos exemplos acima, a noção de hierarquia do ordenamento jurídico (sistematização linear) afigura-se insuficiente para, por si só, estabelecer a ordenação e as condições de validade de uma complexidade das relações entre as normas jurídicas (princípios

---

<sup>1</sup> CC, Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. §1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. §2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. §3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. §4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. §5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

<sup>2</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. vol. 2. 3ª ed. São Paulo: R.T., 1998, p. 219: "A função, ou o objeto principal da ação reivindicatória, consistente na obtenção da posse da coisa reivindicanda, estabelece sua eficácia preponderante: a ação, como vimos, é de natureza executiva".

<sup>3</sup> JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 4ª ed. São Paulo: R.T., 2006, p. 734: "Desapropriação judicial. Elementos. Compõem o direito de desapropriação judicial: a) com relação ao imóvel: propriedade de outrem, área extensa; b) quanto à posse: ser ininterrupta e de boa-fé por cinco anos; ter sido exercida por número considerável de pessoas; ser caracterizada como posse-trabalho, isto é, exercida por pessoas que realizaram no imóvel, em conjunto ou separadamente, obras e serviços de interesse social ou econômico relevante".

e regras) processuais (instrumentais) e materiais (substanciais), expressas ou implícitas, os valores contidos em cada uma, encontradas em uma multiplicidade de fontes<sup>1</sup>.

Assenta a doutrina<sup>2</sup> abalizada que, não obstante o sistema do Direito positivo parcial e o total poderem conter proposições normativas contraditórias, simultaneamente válidas, ainda que não simultaneamente aplicáveis (à mesma classe de sujeitos, de condutas, e nas mesmas condições de aplicação), um sistema da Ciência-do-Direito tem de se constituir de proposições consistentes. A não-contrariedade desse sistema depende da não-contrariedade do Direito positivo, objeto de conhecimento.

Consoante a respeitável doutrina<sup>3</sup>, esta função de complementação do postulado da hierarquia, é desempenhada pelo postulado hermenêutico da coerência por meio de um modelo de sistematização circular (as normas superiores condicionam as inferiores, e as inferiores contribuem para determinar os elementos superiores), complexo (não há apenas uma relação vertical de hierarquia, mas várias relações horizontais, verticais e entrelaçadas entre as normas) e gradual (a sistematização será tanto mais perfeita quanto maior for a intensidade da observância dos seus vários critérios), cuja consequência preponderante está alocada no plano da eficácia<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.*, p. 283: "O termo 'fonte de direito' é empregado metaforicamente, pois em sentido próprio fonte é a nascente de onde brota uma corrente de água. Justamente por ser uma expressão figurativa tem mais de um sentido. 'Fonte jurídica' seria a origem primária do direito, confundindo-se com o problema gênese. (...) Emprega-se também o termo 'fonte de direito' como equivalente ao fundamento de validade da ordem jurídica. (...) As fontes formais seriam então os processos ou meios pelos quais as normas jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, ou seja, com vigência e eficácia. O direito resulta de certos fatores sociais e de valores, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, mediante certas fontes formais, que são o processo legislativo, a atividade jurisdicional, a prática consuetudinária e o poder negocial; logo, a lei, a sentença, o costume e o contrato constituem formas de expressão jurídica resultantes daquelas atividades. (...) Em suma, as fontes materiais consistem nos valores que o direito procura realizar fundamentalmente sintetizados no conceito amplo de justiça".

<sup>2</sup> VILANOVA, Lourival. *Op. Cit.*, p. 279-280.

<sup>3</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 127: "A conexão de sentido ou a relação de dependência entre as normas é um reconhecido postulado hermenêutico: trata-se de uma condição de possibilidade do conhecimento a ser necessariamente preenchida na interpretação de textos normativos. A coerência é tanto um critério de relação entre dois elementos como uma propriedade resultante dessa mesma relação. Como demonstra Bracker, qualifica-se como coerente a relação que preenche requisitos formais e substanciais. Daí falar-se em coerência formal e coerência material."

<sup>4</sup> A coerência também é trabalhada por PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Netherlands: Kluwer, 1989, p. 158-212.



A realização do postulado da coerência exige a observância de requisitos no (i) plano formal – um conjunto de proposições qualifica-se como coerente quando se preenche os requisitos (i.a) de consistência e (i.b) de completude <sup>1</sup>, e no (ii) plano substancial – um conjunto de proposições qualifica-se como coerente quanto maior for (ii.a) a relação de dependência recíproca entre as proposições e (ii.b) quanto maior forem os seus elementos comuns <sup>2</sup>.

Considerando que o NCC é um diploma voltado, preponderantemente, para as relações entre particulares e, em certa medida, em condições de igualdade, delimitaremos a nossa investigação à relação de horizontalidade dos direitos fundamentais em abstrato. Esta delimitação do nível de hierarquia nos possibilitará estabelecer uma precedência *prima facie* (relativa) dos direitos fundamentais afetos a essa classe de sujeitos (particulares)<sup>3</sup>, procedendo-se, em seguida, a análise de uma categoria (instituto) jurídica dos Livros I – Das Pessoas, II – Dos Bens, III – Dos Fatos Jurídicos da Parte Geral, e dos Livros I – Do Direito das

---

<sup>1</sup> Penso que a coerência formal (consistência e completude) equivale, em certa medida, à motivação necessária de um provimento judicial final. A propósito do controle de motivação das decisões judiciais, confira-se WAMBIER, Teresa Arrua Alvim, *Controle das decisões por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, \_\_\_\_\_. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 291-400.

<sup>2</sup> ÁVILA, Humberto, *Op. Cit.*, p. 127-128: “Consistência significa ausência de contradição: um conjunto de proposições é consistente se não contém, ao mesmo tempo, uma proposição e sua negação. Completude significa a relação de cada elemento com o restante do sistema, em termos de integridade (o conjunto de proposições contém todos os elementos e suas negações) e de coesão inferencial (o conjunto de proposições contém suas próprias consequências lógicas). (...) A coerência substancial em razão da dependência recíproca existe quando a relação entre as proposições satisfaz requisitos de implicação lógica (a verdade da premissa permite concluir pela verdade da conclusão) e de equivalência lógica (o conteúdo de verdade de uma proposição atua sobre o conteúdo de verdade da outra e vice-versa). A coerência substancial em razão de elementos comuns existe quando as proposições possuem significados semelhantes. Ao contrário da coerência formal, existente ou não, a coerência substancial permite graduação. Vale dizer: ela pode ser maior ou menor”.

<sup>3</sup> Trata-se de opção metodológica semelhante a de STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 220-221: “Aqui, trabalha-se com a hipótese de que, no marco da CF, a construção de um sistema de precedências *prima facie* entre os diferentes direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada é dogmaticamente correta, relevante e ‘funcional’ para a validação (justificação) normativa e racional da solução de colisões in concreto. (...) O que se propõe, aqui, assenta-se nisto: (i) no plano normativo: (i.a) na posição preferente dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira e (i.b) em um juízo de peso sobre os princípios da dignidade da pessoa (art. 1º, III), da liberdade (art. 5º, caput) e da igualdade (art. 5º, caput) na CF; (ii) no plano analítico: na distinção entre direitos fundamentais individuais de conteúdo pessoal e direitos fundamentais individuais de conteúdo patrimonial; e (iii) no plano empírico: em uma descrição esquemática dos traços gerais das relações de poder nas quais ocorrem colisões entre direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada”.



Obrigações, II – Do Direito da Empresa, III – Do Direito das Coisas, IV – Do Direito de Família, V – Do Direito das Sucessões da Parte Especial, interligando-os, primariamente, com respectivas as normas constitucionais, para, então, estabelecermos, de forma ordenada e justificada, a predisposição da sua conformação da tutela jurisdicional à tutela de direito.

Pelo exposto, é possível compendiar as seguintes proposições conclusivas:

- A Constituição de 1988 conferiu uma nova visão contemporânea ao CPC. As reformas processuais sucedidas posteriormente trouxeram novas hipóteses de relativização do princípio da congruência (correlação) entre o pedido e a sentença. Este é um princípio informativo do Processo Civil que, *prima facie*, estabelece uma limitação imposta ao juiz, alcançando tanto o pedido imediato (tutela jurisdicional) como o pedido mediato (tutela de direito), este caracterizado pelo bem da vida que afirma o autor ser titular.
- Os artigos 461, 461-A e 645 do CPC legitimam novas exceções ao princípio da congruência, privilegiando a tutela específica da obrigação por meio da adequação da tutela jurisdicional à tutela de direito (material), e vice-versa, com reflexos não apenas sob o enfoque da consistência e completude da justiça formal (*error in procedendo*) do provimento judicial, mas, e especialmente, sob a perspectiva da correção da justiça material (*error in judicando*).
- O NCC trouxe novos horizontes quanto à tutela de direitos, através da sua estrutura normativa aberta e móvel (cláusulas gerais e conceitos vagos), e impregnado de certos valores essenciais representados pelos princípios da eticidade, sociabilidade e operabilidade, cujas situações jurídicas patrimoniais ("ter") devem ser funcionalizadas em favor dos valores existenciais ("ser"), por meio de um diálogo primário com a normativa constitucional, fornecendo ao juiz um novo instrumento por meio do qual devem ser considerados inclusos implicitamente no pedido formulado de tutela de direito e da tutela jurisdicional requerida repercutindo na sua relação de adequação.
- Penso ser insuficiente, por si só, a noção de hierarquia do ordenamento jurídico (sistematização linear, simples e não gradual) para estabelecer a ordenação e as condições de validade de uma complexidade das relações entre as normas jurídicas processuais (instrumentais) e materiais (substanciais), expressas ou implícitas, os valores contidos em cada uma, encontradas em uma multiplicidade de fontes, cumprindo, pois, ao postulado hermenêutico da coerência complementá-la, por meio de um modelo de sistematização circular, complexo e gradual, cuja consequência preponderante está alocada no plano da eficácia.
- Essa nova proposta, através do postulado da coerência, permite a sistematização circular, complexa e gradual do controle de legitimidade do provimento judicial de adequação da tutela jurisdicional à tutela de direito (material), e vice-versa, bem como as suas condições de aplicação, traduzindo em mais uma nova modalidade de relativização do princípio da

congruência sob o prisma da correção da justiça material (*error in judicando*), além do enfoque da consistência e completude da justiça formal (*error in procedendo*).

---

**Advogado e Professor. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Doutorando em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Kursou o Mestrado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Especialista em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Especialista em Direito do Estado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.**

## Brésil

### Donations et successions

Semy Glanz

#### Points-Clés

- 1 – En doctrine, la donation est un contrat unilatéral et gratuit; quand il s'agit d'immeubles, elle est un contrat solennel, fait devant notaire. La donation n'est pas toujours un contrat.
- 2 – Afin de faciliter la qualification de contrat, le code adopte pour la donation l'acceptation présumée (V. n. 7).
- 3 – Le mot succession a plusieurs sens. C'est le droit par lequel la propriété et les autres droits d'une personne décédée sont transmis (la succession s'ouvre au lieu du dernier domicile du défunt). C'est aussi, au sens objectif, l'ensemble des biens laissés par le défunt (V. n. 22).
- 4 – Le mot "legs" n'a pas le sens français. Le mot *legado* indique la succession testamentaire d'une chose ou de plusieurs choses déterminées. Si le testament transmet tous les biens ou une fraction des biens, on parle d'héritage (V. n. 23).
- 5 – Le droit brésilien connaît une institution nouvelle, l'union stable (*união estável*) entre deux personnes, de sexe différent, vivant comme mari et femme. La compagne ou le compagnon (*companheira ou companheiro*) Aceptparticipe à la succession de l'autre (v. n. 38).
- 6 – Renonciation à la succession: le Code civil de 2002 maintien la règle de l'inefficacité de la renonciation, en cas de dommages aux créanciers (v. n. 53).
- 7 – Il y a des testaments spéciaux: maritime, aéronautique et militaire (v. n. 92, 95).
- 8 – Le nouveau code a maintenu le codicile, qui est un petit testament. Son contenu est limité et le code l'accepte sous la forme olographe (v. n. 91).
- 9 – Le Code civil de 2002 a changé le texte sur l'exécution des legs: dans le silence du testament, l'exécution incombe aux héritiers et, s'il n'y en a pas, aux légataires, dans la proportion de de ce qu'ils ont hérité (v. n. 114).
- 10 – Le Code civil admet le partage amiable, si tous les héritiers sont capables. Ce partage se fait par acte public (devant notaire), par déclaration dans l'inventaire ou sous seing privé homologué par le juge (v. n. 154).

## SOMMAIRE ANALYTIQUE

### I – DONATIONS: 1 à 20

- A. – Définition et principes généraux: 1 à 8.
- B. – Nullité des donations: 9 à 13.
- C. – Révocation des donations: 14 à 18.
- D. – Promesse de donation: 19 et 20.

### II - SUCCESSIONS

- A. – **Généralités: 21 a 23.**
- B. **Principes généraux de la succession: 24 à 36.**
- C. – Vocation successorale: 37 à 84.
  - 1º Nouvelles dispositions: 37 et 38
  - 2º Personnes exclues de la succession: 39 à 45
  - 3º Acceptation et renonciation à l'héritage: 46 à 53
  - 4º Succession vacante
  - 5º Exclusion de la succession: 58 à 64
  - 6º Dévolution de la succession: 65 à 84

#### D. – **Succession testamentaire: 85 à 104**

- 1º Principes: 85
- 2º Capacité: 86 et 87
- 3º Formes de testament: 88 à 100
  - a) Règles interprétatives: 102
  - b) Règles impératives: 103
  - c) Règles supplétives: 104

#### E. – **Legs: 105 à 131**

- 1º Dispositions générales: 106 à 114
- 2º Effets des legs: 115 à 119
- 3º Exécution des legs: 120 à 122
- 4º Caducité des legs: 123 à 125
- 5º Droit d'accroissement: 126 à 131
  - a) Entre cohéritiers: 127

b) Entre colégataires: 128 à 131

**F. – Substitutions: 132 à 136**

1º Substitutions vulgaires et réciproques: 134

2º Substitutions fidéicomissaire: 135 et 136

**G. – Exhérédation: 137 à 141**

1º Énonciation des cas d'exhéredation: 138 à 141

**H. – Réduction des dispositions testamentaires: 142 à 144**

**I – Révocation du testament: 145 à 147**

**J - Rupture du testament: 148 et 149**

**K – Exécuteur testamentaire: 150 à 152**

**L – Inventaire: 153 à 160**

**M – Règlement du passif succésoral: 161 à 166**

**BIBLIOGRAPHIE**

1. – **Introduction.** – Le code civil de 2002 traite des donations parmi les contrats, après la vente et l'échange. Le nouveau code a changé l'ordre des matières ; dans le livre premier, consacré au droit des obligations, il régit les contrats en général dans le titre V, puis les différentes espèces de contrat dans le titre VI.

2. – **Définition de la donation** – La définition donnée par le code n'a pas changé. C'est le contrat par lequel une personne, par libéralité, transfère des biens ou des avantages (vantagens) de son patrimoine vers celui d'autrui (code civ., art. 538).

L'ancien code précisait que les biens étaient transférés à « autrui qui les accepte », mais ces derniers mots ont été supprimés. En effet, certaines donations n'exigent pas l'acceptation, ainsi la donation aux incapables, s'il s'agit de donations pures (code civ., art. 543).

3. – **Classification du code.** – La doctrine majoritaire considère la donation comme un contrat, mais le code cite plusieurs donations qui ne sont pas des contrats et pour lesquelles l'acceptation n'est pas nécessaire; ainsi la donation verbale de biens meubles de faible

valeur : par exemple, un jouet qu'on donne à un enfant. Mais si le mari donne à sa femme un bijou en or très cher, il y a acceptation et donc contrat (c'est une donation verbale).

4. - **Caractères de l'acte.** - Pour la doctrine, la donation est un contrat unilatéral et gratuit ; quand il s'agit d'immeubles, elle est un contrat solennel, parce qu'elle doit être faite devant notaire. Aux termes du code, la donation d'un immeuble doit être passée par acte public, hormis le cas des immeubles dont la valeur est inférieure à 30 fois le plus haut salaire minimum mensuel. De fait, il est presque impossible de trouver un bien immobilier ayant une valeur aussi faible.

5. - **Forme de l'acte.** - La donation peut être faite par acte public ou sous seing privé, mais la donation verbale est valable, si les biens sont mobiliers, de faible valeur et font l'objet d'une tradition immédiate (code civ., art. 541).

Il faut distinguer le cas de la donation d'une automobile, quelle qu'en soit la valeur.

Comme les voitures sont enregistrées, un document officiel sous seing privé suffit pour le transfert. Le document ne prévoit pas la donation, mais la vente. Ainsi, un père qui veut donner une voiture à sa fille peut affirmer que la vente de la voiture est faite pour un réal (la monnaie brésilienne, environ 0,45 euros). Mais le document doit être enregistré.

6. - **Transfert de la propriété.** - La règle générale au Brésil est que le contrat ne transfère pas la propriété. Seule la tradition (livraison) pour les meubles et l'enregistrement pour les immeubles opèrent le transfert de la propriété. Mais le nouveau code affirme que, si la loi n'en dispose pas autrement (ainsi, pour la propriété fiduciaire, on admet le transfert sans tradition), un acte public est essentiel pour la validité des actes juridiques qui visent à la constitution, au transfert, à la modification ou à la renonciation des droits réels sur les immeubles (de valeur supérieure à 30 fois le plus haut salaire minimum du pays (code civ., art. 108). Comme on l'a vu, tous les immeubles ayant une valeur supérieure, les actes pour le transfert d'un droit réel immobilier doivent être passés devant notaire.

7. - **Acceptation présumée.** - Afin de faciliter la qualification de contrat, le code adopte l'acceptation présumée. L'article 539 reprend l'ancien article : le donateur peut fixer un délai au donataire, pour déclarer s'il accepte ou non la libéralité. Si le donataire connaît le délai et ne fait pas de déclaration, on comprend qu'il a accepté, si la donation n'a pas de charge. Si le donataire est absolument incapable et que la donation est pure (sans charge), il y a dispense d'acceptation (code civ., art. 543).

Si la donation est faite en vue d'un futur mariage avec une personne déterminée et que le mariage se réalise, la donation ne peut être attaquée pour manque d'acceptation (code civ., 546).

Le même article prévoit que la donation peut être faite entre les futurs époux, ou bien par un tiers, à l'un d'eux, aux deux ou encore aux enfants qu'ils pourraient avoir de leur mariage. Mais il est difficile de comprendre comment on peut faire un contrat avec une personne inexistante (l'enfant futur, dont la naissance ne surviendra peut-être pas). Pourtant, la doctrine s'abstient de critiquer cette hypothèse prévue par le code.

**8. – Différents types de donations.** – Le nouveau code connaît les catégories suivantes de donations :

- 1) Donation pure, qui est sans obligations ni charges (code civ., art. 543) ;
- 2) Donation en considération du mérite du donateur (art. 540) ;
- 3) Donation rémunératoire, dont l'intention est de récompenser un service rendu par le donataire, par bienfaisance ou sans contrepartie (même article) ;
- 4) Donation avec charge, celle imposant au donataire une prestation en faveur du donateur ou d'un tiers. Le donataire est tenu d'exécuter les charges, dans l'intérêt du donateur, d'un tiers ou dans l'intérêt général (art. 540 et 553).
- 5) Donation sous forme de rente. Le code parle de donation sous forme de versements périodiques (subvenção periódica). Cette donation prend fin avec la mort du donateur, sauf disposition contraire, et ne peut pas dépasser la vie du donataire (art. 545).
- 6) Donation avec clause de retour : les biens retournent au patrimoine du donateur, s'il survit au donataire, mais le nouveau code ajoute que la clause ne vaut pas en faveur d'un tiers (art. 547).
- 7) Donation en vue d'un mariage futur avec une personne déterminée (supra, n° 7).  
L'article 546 dispose que la donation en vue d'un mariage futur avec une personne déterminée, par les futurs époux entre eux, ou par un tiers, à l'un d'eux, aux deux ou à leurs enfants à naître, ne peut être attaquée pour défaut d'acceptation ; elle ne sera sans effet que si le mariage ne se réalise pas.
- 8) Donation entre conjoints – L'ancien code brésilien ne disait rien. Le nouveau pourtant a modifié un article de l'ancien code, selon lequel la donation d'ascendants à descendants, ou d'un conjoint à l'autre, signifie qu'elle est faite en avancement d'hoirie (art. 544). Au Brésil, si les donations ne sont pas contraires au régime des

biens, elles sont admises par la doctrine. Ainsi, la communauté universelle et le régime de séparation obligatoire ne l'admettent pas, mais les autres, comme le régime de la séparation et même de la communauté partielle, ne l'empêchent pas.

9) Donation réversible – Le code admet la donation réversible : le donateur peut stipuler que les biens donnés retournent dans son patrimoine, s'il survit au donataire.

La doctrine débattait de la réversion en faveur d'un tiers, mais le nouveau code brésilien a introduit un paragraphe, selon lequel cette clause ne peut prévaloir (article 547).

10) Donation à un enfant à naître – le code dispose que la donation à un enfant à naître est valable, avec l'acceptation de son représentant légal (art. 542).

11) Donation des ascendants aux descendants : le code précise que cela est fait en avancement d'hoirie (article 544).

12) Donation à une entité future – Le code de 2002 a introduit un article sur la donation à une personne morale en cours de constitution, mais l'article 554 ajoute que la donation sera caduque si dans le délai de deux ans la société n'est pas constituée régulièrement.

13) Donation avec réserve d'usufruit. - En général, les parents font donation à leurs enfants, mais en gardant l'usufruit ; par exemple, est transférée aux enfants la nue-propriété de la maison où réside la famille.

## **B. – Nullité des donations. –**

9. – **Nouvelle terminologie.** – Le nouveau code parle d'acte juridique (negócio jurídico). Il adopte ainsi la terminologie des droits allemand (Rechtsgeschäft), italien (negozió giuridico) et espagnol (negocio jurídico).

10. – **Causes générales de nullité.** – On applique ici une disposition générale, qui vaut pour tous les actes juridiques. Le code énonce que l'acte juridique est nul : s'il est faite par une personne absolument incapable ; si l'objet est illicite, impossible ou non déterminable ; si le motif déterminant, commun aux deux parties, est illicite ; si l'acte n'observe pas la forme indiquée par la loi ; s'il détourne une forme solennelle que la loi considère essentielle pour la validité ; si son but est de frauder une loi impérative ; si la loi expressément le déclare nul de façon expresse, ou prohibe sa pratique sans indiquer la sanction (code civ., art. 166).

11. – **Autres cas de nullité. – Simulation** –



L'ancien code considérait annulable l'acte résultant d'une simulation (Comparer : l'action paulienne résultant de l'art. 1167 du code civil français).

Aux termes du code brésilien de 2002, cet acte est désormais nul (art. 167). La nullité absolue peut être alléguée par tout intéressé ou par le Ministère public. Le juge qui la constate doit la prononcer (code civ., art. 168).

L'acte juridique nul n'est pas susceptible de confirmation. Il ne peut redevenir valide par l'écoulement du temps (art. 169).

**12. – Donations nulles de nullité absolue.** – La donation de tous les biens, sans réserve d'une partie ou de revenus suffisants pour assurer la subsistance du donateur, est nulle (code civ., art. 548).

Est également nulle la donation de la partie qui dépasse celle dont le donateur pouvait disposer par testament, au moment de la libéralité (art. 549).

Le code ne permet de disposer que de la moitié des biens, si le testateur a des héritiers réservataires (art.1845), c'est-à-dire descendants, ascendants. et conjoint.

Le nouveau code a introduit un concours du conjoint avec les descendants et ascendants, sauf si le régime de biens était la communauté ou la séparation obligatoire des biens, ou si, dans le cas de la communauté partielle, le de cujus n'a pas laissé de biens particuliers (code civ., art. 1829).

**13. – Donations annulables.** - Le code civil dispose que la donation du conjoint adultère à son amant, peut être annulée par l'autre conjoint ou ses héritiers réservataires, dans le délai de deux ans après la dissolution de la société conjugale (code civ., art. 550). On considère qu'il ne peut s'agir d'une nullité absolue, puisqu'elle dépend de la demande de la partie intéressée ; s'il n'y a pas de demande, la donation reste valable.

Constitue un autre cas de nullité la fraude contre les créanciers, que l'on trouve dans la partie générale du code civil (art.158) : les actes de transmission gratuite des biens ou rémission de dette, pratiqués par le débiteur déjà insolvable, même s'il l'ignore, pourront être annulés par les créanciers chirographaires, comme dommageables. Les créanciers dont la garantie devient insuffisante ont le même droit mais seuls les créanciers antérieurs à ces actes pourront demander l'annulation. La demande est appelée action paulienne en doctrine.

## C. – Révocation des donations

14 – Révocation de la donation – Généralités. – Le code dispose que la donation est révocable pour ingratitude du donataire et pour inexécution de la charge (code civ., art. 555). Cette révocation doit être demandée au juge et le code précise qu'on ne peut pas renoncer à l'avance à tel droit.

15 – **Causes de révocation de la donation.** – Aux termes de l'article 557 du code civil, les donations peuvent être révoquées par ingratitude :

- 1° si le donataire a attenté à la vie du donateur ou a commis un meurtre contre lui ;
- 2° si le donataire a exercé des violences physiques contre le donateur ;
- 3° si le donataire a injurié ou calomnié gravement le donateur ;
- 4° si, alors qu'il pouvait les fournir, le donataire a refusé au donateur les aliments dont il avait besoin.

Le code précise que la révocation est aussi admissible quand l'offensé, dans les cas cités, est le conjoint, un ascendant, descendant, y compris adoptif, ou encore un frère du donateur(art. 558).

16 – **Action en révocation.** – Le nouveau code a maintenu le délai d'un an pour agir, à compter du moment où le donateur a pris connaissance du fait qui lui ouvre l'action et qu'il sait que le donataire en est l'auteur (art. 559). Le droit de révoquer ne se transmet pas aux héritiers du donateur et ne porte pas atteinte aux héritiers du donataire. Mais les héritiers peuvent poursuivre l'action introduite par le donateur et, si le donataire décède après l'introduction de la demande, le donateur ou ses héritiers peuvent aussi la continuer (art. 560).

Le nouvel code ajoute que, en cas de meurtre du donateur, l'action incombe aux héritiers, sauf si le donateur a pardonné (art. 561).

Dans l'article suivant, le code prévoit la révocation pour inexécution de la charge, si le donataire est mis en demeure et la nouvelle rédaction ajoute que s'il n'y a pas de délai, le donateur peut notifier un délai raisonnable, par demande au juge (art. 562).

17. - **Effets de la révocation.** -La révocation pour ingratitude ne porte pas atteinte aux droits acquis par des tiers. Elle n'oblige pas le donataire à restituer les fruits perçus avant la citation valable ; mais il doit payer les fruits postérieurs et, s'il ne peut restituer en nature la

chose donnée, il doit indemniser en prenant en compte la valeur moyenne (art. 563).

18. - **Limites de la révocation.** - Enfin, l'article 564 dispose que ne sont pas révoquées par ingratitude :

- I – les donations purement rémunératoires ;
- II – les donations avec charge déjà accomplie ;
- III – celles faites en raison d'une obligation naturelle ;
- IV – celles faites en vue d'un mariage certain.

On remarque que l'ancien code parlait d'obligation naturelle mais que le nouveau code évoque l'obligation judiciairement inexigible (art. 882).

#### **D - Promesse de donation –**

19 –Controverses sur la promesse de donation. – La doctrine brésilienne n'est pas unanime. Une partie affirme qu'on ne doit pas admettre la promesse, parce que la libéralité

6

doit être spontanée. Mais une autre estime que la liberté contractuelle conduit à admettre la promesse de donation. La jurisprudence dans le cas de parents qui se séparent et prévoient une promesse de donation aux enfants, maintient la validité de cette promesse.

#### **20 - Exemples tirés de la jurisprudence –**

Premier exemple : une promesse de donation est faite par un couple à ses enfants, dans un accord de séparation amiable. La promesse est effective et son exécution peut être demandée. (STJ – Cour supérieure de justice (fédérale), 26 juin 2002).

Second exemple : une promesse de donation est faite aux deux fils et n'est pas exécutée pendant un an. Si la donatrice fait une autre donation à ses petits-enfants, en présence de ses fils, qui n'ont pas manifesté d'opposition, cette donation est valable et on ne peut exiger l'exécution de la promesse, qui n'oblige pas (Cour d'appel de Rio de Janeiro, 2e chambre civile, 17 août 2005).

## I I – SUCCESSIONS

### A. Généralités

21. – Les successions dans le code civil brésilien. - Le nouveau code civil de 2002 a introduit de nombreuses modifications. Il comporte une partie générale et une partie spéciale, divisée en livres, dont l'un est consacré au droit des successions.

22. – **Sens du mot succession.** - Le mot succession, en portugais comme en français, a plusieurs sens.

Dans un premier sens, la succession est le droit par lequel la propriété et les autres droits d'une personne décédée sont transmis à une ou plusieurs personnes vivantes. Ainsi, l'article 1785 du code civil dispose que la succession s'ouvre au lieu du dernier domicile du défunt (Comparer : code civil français, art. 720).

Le droit brésilien connaît le deuxième sens du mot succession : au sens objectif, la succession est l'ensemble des biens laissés par le défunt. Mais il existe un autre mot pour désigner la chose ou les choses qui se transmettent : herança (héritage). Le premier article des dispositions générales énonce que, dès que la succession est ouverte, l'héritage se transmet aux héritiers légitimes et testamentaires (code civ., art. 1784 ; comparer : code civil français, art. 721).

23. – **Sens du mot legs.** - Le droit français utilise le mot « legs » dans deux sens : legs universel et legs particulier. Pour traduire legs particulier, le portugais utilise le mot *legado*, qui a la même origine. Mais ce mot indique la succession testamentaire d'une chose ou de plusieurs choses déterminées. Si le testament transmet tous les biens ou une fraction des biens, on parle d'héritage.

Celui qui reçoit le legs universel est dit héritier (herdeiro). Mais celui qui reçoit le legs particulier est nommé légataire particulier (legatário). En somme, il n'y a pas au Brésil de légataire universel. Si la succession est ab intestat, il y a plusieurs héritiers. Si le testament donne la totalité ou une quotité des biens à une ou plusieurs personnes, on parle d'héritiers. Si le testament donne un bien déterminé (ou plusieurs biens déterminés) à une personne, celle-ci est légataire.

## B. Principes généraux de la succession

24. – **Ouverture de la succession.** – Dès l'ouverture, c'est-à-dire, au moment de la mort, il y a transmission du patrimoine aux héritiers légitimes et testamentaires (code civil, art. 1784). La langue portugaise ne connaît pas le mot saisine, mais la doctrine utilise le mot français.

25. – **Lieu et loi de la transmission.** – Le lieu est celui du dernier domicile du défunt (code civ., art. 1785). La loi applicable est celle au moment de l'ouverture de la succession (art. 1787).

26. – **Règles de procédure.** – Principes. – Le juge du dernier domicile est compétent pour l'ouverture de l'inventaire, pour procéder au partage de la succession, pour prendre toute décision sur l'exécution des dispositions de dernière volonté et pour juger de toute question en matière de succession, même si le de cujus est décédé à l'étranger (code proc. civile, art. 96).

27. – **Règles de procédure.** – Exceptions – Le code de procédure civile (art. 96) prévoit: compétence de la situation des biens s'il n'avait pas de domicile certain (par ex. : il faisait partie d'une troupe de cirque ou était toujours en voyage) ; celle du lieu du décès, si le de cujus n'avait pas de domicile certain et avait des biens situés en plusieurs lieux.

28. – **Unité de l'héritage** – L'héritage est dévolu comme un tout, une unité, même s'il y a plusieurs héritiers. Jusqu'au partage, le droit des cohéritiers, quant à la propriété et à la possession de l'héritage, sera indivisible et réglé selon les normes de la copropriété (code. civ., art. 1791).

29. – **Succession légitime** – En l'absence de testament, l'héritage se transmet aux héritiers légitimes. Il en va de même pour les biens non compris dans le testament ou si le testament devient caduc ou est déclaré nul (code. civ., art. 1788).

30. – **Limites au droit de tester** – S'il y a des héritiers réservataires (necessários), le testateur ne peut disposer que de la moitié de l'héritage (code. civ., art. 1789). En outre, au titre des dispositions générales, le code a introduit un article sur l'union stable, en réglant la succession de la compagne ou compagnon (Infra, n° 38).

31. - **Administration.** – Dans sa nouvelle rédaction, le code dispose que l'héritage est dévolu comme un tout, une unité, même s'il y a plusieurs héritiers. Jusqu'au partage, le droit des cohéritiers quant à la propriété et possession sera indivisible et réglé selon les normes de la copropriété (article 1791).

32. – **Bénéfice d'inventaire.**- De l'ancien code, le code actuel a conservé la disposition sur les limites, que la doctrine appelle acceptation sous bénéfice d'inventaire. L'héritier ne répond pas des charges qui dépassent les forces de l'héritage, mais il doit prouver l'excès, sauf démonstration de la valeur des biens (code civ., art.1792). Ainsi, selon la loi, le bénéfice d'inventaire est toujours présumé.

33. – **Cession du droit à la succession** – L'ancien code n'avait qu'un seul article sur la cession, ce qui suscitait de doutes. C'est pourquoi le code de 2002 a introduit trois articles, avec des règles sur la cession par les héritiers.

Le droit à la succession ouverte ou la quotité du cohéritier peut être objet de cession par acte public. L'acte public s'explique parce que le Code dispose que le droit à la succession ouverte est considéré comme un bien immeuble (code civ., art. 80 - II), et que les contrats sur les immeubles exigent en général un acte public.

Les droits conférés à l'héritier, par substitution ou accroissement, sont présumés non compris dans la cession (article 1793 - § 1). N'est pas valable la cession par le cohéritier de son droit héréditaire sur un bien de l'héritage pris isolément (§ 2). N'est pas non plus valable la disposition, sans préalable autorisation du juge de la succession, d'un bien de l'ensemble, pendant l'indivisibilité (§ 3).

34. – **Préférence des cohéritiers.** - Selon l'article 1794 du code civil, le cohéritier ne peut céder sa quotité héréditaire à une personne étrangère à la succession, si un autre cohéritier la demande pour la même valeur. Le cohéritier, qui n'a pas eu connaissance de la cession, pourra, en déposant le prix, obtenir la quotité cédée à la personne étrangère, s'il le requiert dans les 180 jours après la transmission. Si plusieurs cohéritiers exercent la préférence, la quote-part sera partagée entre eux, dans la proportion des quotités respectives (code civ., art. 1795).

35. – **Délai pour établir l'inventaire.** – Selon le code civil, l'inventaire doit être établi dans le délai de 30 jours de l'ouverture de la succession, devant le juge compétent du lieu de la succession (code civ., art. 1796).

Dans les grandes villes et les capitales des États existent des juges spécialisés en

successions, mais la procédure est en général très lente. Le code de procédure civile exige que l'inventaire soit fait devant le juge, même si les parties sont capables; il doit être demandé dans les 30 jours et doit être terminé en six mois. Dans la pratique, la plupart des inventaires prennent plusieurs années.

36. – **Attribution de l'administration.** – L'administration est attribuée, successivement : au conjoint ou au compagnon, s'il y avait vie commune au moment de l'ouverture de la succession ; à l'héritier qui a la possession des biens ou, s'il y en a plusieurs, à l'aîné ; à l'exécuteur testamentaire ; enfin à une personne de confiance du juge, si les autres sont absents ou n'acceptent pas ou s'ils sont désavoués pour des raisons graves (code civ., art. 1797).

### C. – Vocation successorale. –

#### 1° Nouvelles dispositions.

37. – **Ordre de succession : principes du nouveau code.** – Le nouveau code a introduit des modifications : peuvent succéder les personnes nées ou déjà conçues au moment de l'ouverture de la succession (code civ., art. 1798).

Pour la succession testamentaire, peuvent succéder : les enfants, pas encore conçus, des personnes indiquées par le testateur, mais vivants à l'ouverture de la succession ; les personnes morales ; les fondations, dont l'organisation a été déterminée par le testateur (code civ., art. 1799).

L'article suivant donne des éclaircissements : les biens seront confiés après liquidation ou partage à un curateur nommé par le juge ; sauf disposition contraire du testament, la curatelle est attribuée au père ou à la mère de l'héritier et, successivement, au conjoint, au compagnon ou à l'héritier ayant la plus grande aptitude à la fonction, ou enfin à une autre personne nommée par le juge.

Les pouvoirs, devoirs et responsabilités du curateur nommé sont réglés par les dispositions de la curatelle des incapables.

Si l'héritier est né vivant, il reçoit la succession avec les fruits et rentes, dès la mort du testateur. Si après deux ans de la mort du testateur, l'héritier attendu n'est pas conçu, les biens vont aux héritiers légitimes, sauf disposition contraire du testateur (code civ., art.1800). Les hypothèses de cet article n'existaient pas dans le code antérieur.

38. – **Ordre de succession : compagne ou compagnon de l'union stable** (companheira ou companheiro). - Le droit brésilien a une institution nouvelle, l'union stable (união estável): deux personnes, de sexe différent, vivant comme mari et femme, sans mariage, ont certains droits, semblables à ceux des personnes mariées. Il existait déjà des lois spéciales en la matière et le code civil a réglé la question de la succession.

Selon l'article 1790 du code civil, la compagne ou le compagnon participe à la succession de l'autre, quant aux biens acquis à titre onéreux pendant l'union stable, selon les modalités suivantes :

- 1) en concours avec les enfants communs, elle (il) a droit à une quotité équivalant à celle que la loi donne à l'enfant ;
- 2) en concours avec les descendants du de cujus, ils recevront la moitié de la part de chacun des descendants ;
- 3) s'ils sont en concours avec d'autres parents successibles, ils auront un tiers de l'héritage ;
- 4) s'il n'y a pas d'autres personnes successibles, la compagne ou le compagnon aura droit à la totalité de l'héritage.

Cet article a suscité des critiques en doctrine et l'interprétation dépend d'autres conditions. Ainsi, l'article 1725, qui fait partie des règles sur l'union stable, dispose que, dans l'union stable, sauf contrat écrit entre les compagnons, on applique, où il convient, le régime de la communauté partielle de biens. L'expression « où il convient » pourra susciter des doutes. Comme le contrat écrit est très rare, cela veut dire que les biens acquis à titre onéreux entrent dans la communauté, mais non les biens que la compagne ou le compagnon acquiert par donation ou succession.

La situation est comparable à celle du PACS en France.

## **2° Personnes exclues de la succession.**

39. – **Personnes exclues – nouvelles dispositions.** – Le nouveau code a maintenu les règles, tout en modernisant la rédaction. Ne peuvent être désignés ni héritiers ni légataires (code civ., art. 1801) :

- 1) la personne qui, sur demande, a écrit le testament, ni son conjoint ou compagnon, ses ascendants et frères ;
- 2) les témoins du testament ;
- 3) le concubin du testateur marié, sauf si celui-ci, sans qu'il y ait faute de sa part, est séparé



de fait depuis plus de cinq ans ;

4) le notaire, civil ou militaire, le commandant ou le greffier ou celui qui rédige ou approuve le testament.

Il faut remarquer que le code a donné un sens technique au mot concubinage

(concubinato) : il s'agit des relations « non éventuelles » entre un homme et une femme empêchés de se marier (code civ., art. 1727).

L'expression « plus de cinq ans » est inspirée par une loi, selon laquelle les relations entre l'homme et la femme pendant plus de cinq ans signifient qu'il y a union stable. Mais pour le code civil, l'union stable peut être constituée sans exigence de temps ; on peut donc en conclure que la troisième hypothèse de l'article 1801 n'a pas d'effectivité.

**40. – Personnes exclues – personnes sans légitimité.** – L'article 1802 énonce que sont nulles les dispositions testamentaires en faveur de personnes sans légitimité pour succéder, même si elles sont simulées sous forme de contrat onéreux, ou moyennant l'interposition de personnes. Le texte ajoute que sont réputées personnes interposées les ascendants, les descendants, les frères et le conjoint ou compagnon de l'incapable (Comparer : article 911 du code civil français).

Une nouvelle règle est introduite par l'article suivant : la disposition en faveur de l'enfant commun du concubin et du testateur est licite (code civ., art. 1803). Cette solution, reprise par le nouveau code, résultait depuis plusieurs années de la jurisprudence dominante de la Cour Suprême Fédérale.

11

**41. – Exclusion d'héritiers.** – L'ancien code prévoyait déjà l'exclusion de certains héritiers (la doctrine parlait d'indignité, comme le fait le code civil français (voir les articles 726 et suivants). Dans le code brésilien, la condamnation n'est pas exigée.

L'article 1814 du code civil dresse une liste. Sont exclus de la succession les héritiers ou légataires :

1) qui sont auteurs, coauteurs ou complices de meurtre, d'homicide volontaire, ou de tentative contre la personne à laquelle ils succèdent, son conjoint, compagnon, ascendant ou descendant ;

2) qui ont calomnié en justice le *de cujus* ou pratiqué un crime contre son honneur, ou celui de son conjoint ou compagnon ;

3) qui, par violence ou moyens frauduleux, ont empêché le *de cujus* de disposer librement de ses biens par testament.

La doctrine affirme que les cas énoncés sont les seuls : la règle générale est de recevoir l'héritage.

En dehors du meurtre, le code considère comme indigne l'auteur d'un crime contre l'honneur et le nouveau code a inclus « son conjoint ou compagnon ». On sait que la Constitution a établi l'égalité entre les familles avec mariage (conjoint) et sans mariage (compagnons) et que le code de 2002 a adopté le mot compagnon.

Un autre cas est celui du *de cujus* empêché de disposer librement de ses biens, par violence ou moyens frauduleux. Cette règle existait déjà dans l'ancien code.

**42 - Inclusion d'autres victimes – Prise en compte d'autres victimes.** – Alors que l'ancien code parlait du meurtre du *de cujus*, le code actuel mentionne les conjoint, compagnon, ascendant ou descendant. La doctrine approuve cette solution.

**43. – Mode d'exclusion et délai.** – Comme par le passé, l'exclusion est déclarée par jugement (sentença). Le délai pour demander l'exclusion est de quatre ans, à partir de l'ouverture de la succession. Ce délai est considéré comme de déchéance et non de prescription.

L'indignité doit être déclarée par jugement. Dans l'ancien code, l'exclusion dépendait d'un jugement provoquée par l'intéressé par action ordinaire. Pour le nouveau code, l'exclusion nécessite un jugement, quelle que soit la procédure. Par ailleurs, par une autre modification, le code de 2002 n'exige plus que l'auteur soit la personne qui a un intérêt direct à la succession.

**44. – Effet personnel de l'exclusion.** – L'article 1816 dispose que les effets de l'exclusion sont personnels : les descendants de l'héritier exclu succèdent comme s'il était mort avant l'ouverture de la succession. Le texte ajoute que l'exclu n'a pas de droit à l'usufruit ni à l'administration des biens destinés à ses successeurs, ni à les obtenir par succession.

**45. – Pardon du testateur.** – Si, en ayant connaissance de la cause d'exclusion, l'offensé pardonne à l'héritier, dans le testament ou un acte authentique, l'auteur de l'offense pourra succéder. Mais s'il n'y a pas une réhabilitation expresse, l'indigne peut succéder dans les limites de la disposition testamentaire (article 1818).

### 3° Acceptation et renonciation à l'héritage

46. – **Principes.** – On sait que par le fait du décès, l'héritage est transmis aux héritiers, mais, comme en droit français, cette transmission n'est pas imposée : l'héritier peut ou non accepter.

Le nouveau code a introduit une disposition, disant qu'après l'acceptation, la transmission de l'héritage est définitive, dès l'ouverture de la succession (code civ., art. 1804).

Mais le texte ajoute que la transmission ne se réalise pas quand l'héritier renonce à l'héritage. L'option de l'héritier s'explique par l'ancien droit, qui donnait à l'héritier la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire, mais aussi par la liberté qui existe d'accepter ou non. Comme on l'a vu, le code civil a fixé comme règle que l'acceptation est toujours sous bénéfice d'inventaire. L'héritier peut de toute façon renoncer.

47. – **Forme de la renonciation.** – L'acceptation peut être tacite ou non. Mais la renonciation doit être expresse, par un acte public : acte notarié (*instrumento público*) ou acte judiciaire (*termo judicial*) (code civ., art. 1806).

Un autre article reprend une règle antérieure : l'acceptation tacite résulte des actes propres à la qualité de l'héritier ; mais les cérémonies funéraires ou les actes de conservation ou de garde provisoire, ou même la cession gratuite de l'héritage, ne valent pas acceptation (code civ., art 1805).

48. – **Délai pour renoncer et acceptation présumée.** – Le code ne fixe pas de délai pour l'acceptation, mais si une personne a un intérêt à savoir si l'héritier accepte ou non, elle peut, dans les 20 jours de l'ouverture de la succession, demander au juge la fixation d'un délai raisonnable (trente jours au maximum), pour que l'héritier se prononce ; si celui-ci ne dit rien, il y a acceptation (code civ., art. 1807).

49. – **Restrictions au droit de renoncer.** – Il ne peut y avoir acceptation ou renonciation partielle, sous condition ou à terme. Mais l'héritier à qui on a fait des legs peut les accepter et renoncer à sa part d'héritage ou accepter l'héritage et renoncer aux legs (code civ., art. 1808). Il faut rappeler que le mot legs, dans le droit brésilien, désigne le bien déterminé par le testament (*supra*, n° 23).

Mais le code pose une règle nouvelle : l'héritier, qui dans la même succession a plus plusieurs parts, sous divers titres successoraux, peut décider librement quelles parts il accepte ou non (code civ., art. 1808, § 2).

Si l'héritier décède avant de déclarer s'il accepte l'héritage, le pouvoir d'accepter passe à ses héritiers, à moins que sa vocation dépende d'une condition suspensive non encore réalisée (code civ., art. 1809).

Le code prévoit des hypothèses très rares. Le article évoque le cas de l'héritier décédé avant l'acceptation : les héritiers de celui-ci, en acceptant le deuxième héritage, pourront aussi accepter ou non le premier. La doctrine explique qu'il y a transmission du droit d'accepter et non la transmission de l'héritage.

Une autre question est celle du second héritage. Si l'héritier décédé avant d'accepter laisse d'autres biens, ceux-ci ne se confondent pas avec les autres qu'il devrait ou non accepter.

Il s'agit de deux héritages, mais si ses héritiers n'acceptent pas le second, ils ne peuvent pas accepter le premier héritage (parce qu'ils sont exclus). Il faut remarquer que la même règle s'applique aux legs.

50. – **Accroissement.** – L'article 1810 reprend une règle antérieure : dans la succession légitime, la part à laquelle il a été renoncé accroît à celle des autres héritiers de la même classe et si celui qui a renoncé est le seul de cette classe, l'héritage va à la classe suivante.

51. – **Conséquences de la renonciation.** – Personne ne peut succéder en représentant l'héritier qui renonce. Pourtant, s'il est le seul de sa classe ou si tous les autres de la même classe ont renoncé, les enfants pourront succéder en vertu de leur propre droit et par tête (code civ., art. 1811).

Le nouveau code modifie la règle antérieure et pose que les actes d'acceptation ou de renonciation à l'héritage sont irrévocables (code civ., art. 1812).

Il faut comprendre que l'annulation est possible comme pour les autres actes juridiques. La renonciation est irrévocable, mais elle peut être annulée par erreur, dol ou fraude. Les règles sur l'annulation sont celles de la partie générale du code civil (articles 138 et suivants).

52. – **Héritier renonçant seul de sa classe.** – Selon le code, si le renonçant est le seul de sa classe, les enfants pourront succéder. Si les héritiers sont deux frères et que tous deux renoncent et que chacun a un enfant, leurs enfants ne reçoivent rien. Mais si l'un des héritiers était déjà décédé, qu'il avait des enfants et que le frère a renoncé, les enfants de celui-ci doivent-ils ne rien recevoir ? Pour la doctrine, les enfants reçoivent, parce que l'autre frère n'a pas renoncé.

53. – **Renonciation dommageable.** – Le code de 2002 maintient la règle de l'inefficacité

de la renonciation, en cas de dommage aux créanciers. L'article 1813 énonce que, si, en renonçant à l'héritage, l'héritier cause un préjudice aux créanciers, ceux-ci pourront l'accepter, avec l'autorisation du juge, au nom du renonçant.

Il faut cependant qu'il ne s'agisse pas d'un acte d'acceptation pure, mais d'une protection des créanciers. Ainsi, après avoir obtenu l'autorisation du juge pour le paiement des dettes, le reste des biens est attribué aux autres héritiers. Il ne s'agit pas d'une action paulienne contre le partage. Sont admises les créances personnelles mais non les créances réelles, parce que celles-ci bénéficient déjà d'une protection. Si la renonciation est dommageable, les créanciers ne doivent pas attendre l'échéance de la dette.

#### 4° Succession vacante

54. – **Déclaration de la succession vacante.** La succession vacante est celle qui n'a pas d'héritiers connus. En droit brésilien, on dit aussi héritage gisant (herança jacente). Selon l'article 1819, elle est mise sous administration d'un curateur, en général un membre du ministère public. La vacance n'est prononcée qu'un an après la première publication, dès la fin de l'inventaire (code civ., art. 1820).

55. – **Effets de la succession vacante.** – C'est le code de procédure civile qui fixe les effets de la succession vacante (art. 1142 à 1158). Les créanciers peuvent obtenir le paiement de leurs dettes, dans les limites de l'héritage.

S'il n'y a pas d'héritiers cinq ans après l'ouverture de la succession, les biens vacants sont attribués au domaine de la municipalité du domicile du de cujus., ou à celui du District fédéral (Brasilia), ou encore à celui de l'Union fédérale s'ils sont situés dans un territoire fédéral, (code civ., art. 1822).

#### 56. – **La pétition d'hérédité.** -

La doctrine brésilienne, comme le droit français, a toujours connu la pétition d'hérédité : quand des biens sont en possession d'un tiers, l'héritier peut exercer l'action en revendication. Il n'existait pas de disposition spécifique. Le nouveau code civil contient

désormais un chapitre consacré à la pétition d'hérédité : l'héritier peut obtenir la restitution de l'héritage ou une partie. S'il y a plusieurs héritiers, l'action en pétition d'hérédité, même si elle est exercée par un seul héritier, peut englober tous les biens de la succession (code civ., art. 1825).

#### 57. – **Application de la théorie de l'apparence.** -

Une autre disposition nouvelle est l'adoption de la théorie de l'apparence. Le code énonce que les aliénations onéreuses, faites par l'héritier apparent à une personne de bonne foi, sont considérées comme valides (efficazes) (code civ., art. 1827).

L'héritier apparent, qui a payé un legs de bonne foi, n'est pas obligé de restituer au vrai successeur, mais celui-ci peut agir contre celui qui l'a reçu (code civ., art. 1828).

### 5° Exclusion de la succession

58. – **Exclusion pour indignité.** - L'ancien code civil désignait « ceux qui ne peuvent pas succéder » ; le nouveau préfère citer les « exclus de la succession ». Pour la doctrine, il s'agit de cas d'indignité.

L'indignité est une peine civile, la privation du droit héréditaire qui touche celui qui a pratiqué des actes offensant la personne du défunt.

L'indignité se distingue de l'exhérédation : celle-ci est déterminée par le testament, tandis que l'indignité est imposée par la loi et s'applique à la succession en général (aux héritiers et aux légataires).

59. **Cas d'exclusion.** – Le nouveau code a élargi les exclusions pour indignité. Ainsi, l'article 1814 dispose que sont exclus de la succession les héritiers ou légataires :

- 1) qui ont été auteurs, coauteurs ou participants d'un homicide volontaire ou de tentative de ce crime contre le de cujus, son conjoint, compagnon, ascendant ou descendant ;
- 2) qui ont porté en justice une accusation calomnieuse contre l'auteur de l'héritage ou ont commis un crime contre son honneur, ou celui de son conjoint ou compagnon ;
- 3) qui par violence ou moyens frauduleux ont contraint ou empêché l'auteur de l'héritage de disposer librement de ses biens par acte de dernier volonté.

60. **Mode d'exclusion.** – L'exclusion doit être déclarée par sentence et le droit de demander l'exclusion doit être exercé dans les quatre ans de l'ouverture de la succession (code civ., art. 1815). Ce délai qui était inclus dans la partie générale, sous la rubrique de prescription,

est maintenant inclus dans le paragraphe unique, parce que la doctrine le considère comme un délai de déchéance, comme un droit potestatif.

61. **Réhabilitation de l'héritier.** – Si malgré le crime (excepté l'homicide, sans doute), la victime veut pardonner à l'auteur de l'offense, celui-ci sera admis à succéder, si l'offensé l'a expressément réhabilité, par testament ou autre acte authentique. Mais, s'il n'y a pas de réhabilitation expresse, l'indigne, mentionné dans le testament alors que le testateur connaissait la cause de l'indignité, peut succéder dans la limite de la disposition testamentaire (code civ., art. 1818).

62. **Effets de l'exclusion** – Les effets de l'exclusion sont personnels et les descendants de l'héritier succèdent, comme s'il était mort avant l'ouverture de la succession (code civ., art 1816). Mais l'exclu de la succession n'a pas de droit à l'usufruit ni à l'administration des biens que la loi accorde à ses successeurs, ni à la succession éventuelle desdits biens (code civ., art 1816).

63.- **Actes de disposition antérieurs** – Les aliénations onéreuses de biens de l'héritage aux tiers de bonne foi sont valables, comme les actes d'administration légalement pratiqués avant l'exclusion ; mais les autres héritiers, qui ont subi un préjudice, ont le droit de lui demander des dommages-intérêts (art. 1817).

64. – **Remboursement de fruits** – L'héritier exclu de la succession est tenu de restituer tous les fruits et revenus de l'héritage dont il a eu la jouissance, mais il a droit à l'indemnisation des dépenses pour la conservation de ces biens (code civ., art. 1817).

## 6° Dévolution de la succession

65. – **Dévolution de la succession.** – Principes. – Le code civil de 2002 a introduit des modifications. Aux termes de l'article 1829, la succession légitime est dévolue dans l'ordre suivant :

- 1) aux descendants, en concours avec le conjoint survivant, sauf celui-ci était marié sous le régime de la communion universelle, ou de la séparation obligatoire de biens ; ou si, sous le régime de communion partielle, le défunt ne laisse pas de biens particuliers ;
- 2) aux ascendants, en concours avec le conjoint ;
- 3) au conjoint survivant ;

4) aux collatéraux.

**66. – Dévolution de la succession. – Limites. –**

L'article 1830 fixe les limites : le droit à succéder n'est reconnu que si, au moment du décès, le conjoint n'était pas séparé de droit, ni de fait depuis plus de deux ans. Mais, dans ce cas, preuve peut être apportée que la vie commune était impossible sans qu'il y ait faute du survivant. Cette preuve est en général difficile.

**67. – Quote-part du conjoint.** – Le nouveau code a mis en place une protection du conjoint. S'il vient en concours avec les descendants, il aura une part égale à ceux qui succèdent par tête. Quand il est l'ascendant des héritiers avec lesquels il est en concours, sa part ne peut être inférieure au quart de la succession (code civ., art. 1832). Le droit du conjoint dépendra de toute façon du régime matrimonial.

**68. – Des régimes sans succession en concours.** – L'article 1829, I, dispose que le conjoint reçoit en concours, sauf s'il était marié sous le régime de la communauté universelle, ou de la séparation obligatoire des biens ; ou si, sous le régime de communauté partielle, le défunt ne laisse pas des biens particuliers (supra, n°00). Dans le régime de la communauté universelle, en général, le conjoint a déjà la moitié et donc il ne succède pas en concours avec les descendants.

**69. – Régime de séparation.** – Dans le régime de la séparation obligatoire, il n'y a pas de succession du conjoint en concours. A l'inverse, si le régime est celui de la séparation volontaire, la succession est possible.

**70. – Exception éventuelle à l'ordre des successions** – Succession d'un étranger. – S'il s'agit de la succession d'un étranger, pour ses biens situés au Brésil, lorsque la loi nationale du de cujus est plus favorable que la loi brésilienne à son conjoint brésilien ou à ses enfants brésiliens, l'ordre de l'article 1829 du code civil peut être modifié. Cette règle existait déjà dans une loi générale sur l'application des normes juridiques (loi d'introduction au code civil, article 10, § 1er), mais elle a été adoptée par la Constitution de 1988 (chapitre des droits et garanties fondamentaux).

**71. – Succession du conjoint en concours avec d'autres héritiers.** – Le nouveau code a introduit deux formes de successions, dans lesquelles le conjoint est en concours, soit avec les descendants, soit avec les ascendants. Il y a des règles similaires pour les compagnons



dans l'union stable (V.infra, n° 74).

**72. – Succession en concours. – régime de la communauté partielle.** – Dans le régime de la communauté partielle, régime le plus courant, puisqu'il s'applique s'il n'y a pas de contrat, il existe deux situations.

1° Si les biens sont communs, le conjoint en reçoit la moitié.

2° Si le de cujus laisse des biens particuliers, outre les biens communs, le conjoint vient en concours.

On sait que le régime de la communauté partielle connaît des biens communs et des biens propres (les biens que chaque conjoint avait avant le mariage, les biens qui viennent d'une donation ou par succession et les subrogés ; les biens d'usage personnel, les livres et instruments de la profession ; les revenus du travail personnel de chacun ; les pensions et d'autres semblables).

En concours avec les ascendants, le conjoint succède par tête, comme les descendants, mais s'il est aussi ascendant des enfants, il recevra au moins un quart (code civ., art. 1832).

**73. – Succession en concours . – régime oublié.** – Le livre consacré aux successions ne cite pas le régime de la participation finale aux acquêts. Mais des règles existent dans les articles consacrés à ce régime. Selon l'article 1672, chaque conjoint a un patrimoine propre et, à l'époque de la dissolution de la société conjugale, il aura la moitié des biens acquis par le couple, à titre onéreux, pendant le mariage.

L'article suivant dispose que le patrimoine de chaque époux est constitué de l'ensemble de tous les biens qu'il avait avant le mariage et de ceux qu'il a acquis depuis le mariage.

L'administration et l'aliénation des biens meubles est libre. Pour aliéner les immeubles, il faut avoir l'autorisation du conjoint, comme pour les autres régimes (excepté le régime de séparation absolue).

Au moment de la dissolution (la mort dissout la société conjugale, comme la séparation ou le divorce), on doit dresser le montant des acquêts, exclure les biens propres, c'est-à-dire, les biens antérieurs au mariage et les subrogés, les biens acquis par succession ou libéralité et les dettes de ces biens (code civ., art. 1674).

Le même article dispose que, sauf preuve contraire, les biens meubles sont présumés acquis pendant le mariage. Ainsi, la succession du conjoint marié selon le régime de la participation finale aux acquêts est limitée aux biens acquis par le couple à titre onéreux pendant le mariage. Mais, s'il n'y a pas de concours, le conjoint aura tous les biens de l'autre.

74. – **Succession des compagnons** – Les mots compagnon et compagne sont employés par le code civil pour désigner ceux qui, sans mariage, vivent comme mari et femme en union stable. Aux termes de l'article 1790, la compagne ou le compagnon viendra à la succession de l'autre, quant aux biens acquis à titre onéreux pendant l'union stable, dans les conditions suivantes :

1° en concours avec des enfants communs, il aura droit à une quote-part équivalant à celle de l'enfant ;

2° en concours avec des descendants du défunt, la moitié de la part reçue par chacun d'eux ;

3° en concours avec d'autres parents successibles, il aura droit à un tiers de la succession ;

4° s'il n'y a pas des parents successibles, il aura droit à la totalité de la succession.

On voit que la succession des compagnons est différente de la succession du conjoint.

Pour les compagnons, il faut distinguer les biens selon leur mode d'acquisition : seuls ceux acquis à titre onéreux pendant l'union stable sont inclus dans la succession.

La doctrine discute la règle du code, ne pouvant comprendre que le compagnon reçoive plus de biens que le conjoint. Aussi l'interprétation retenue veut-elle que le compagnon reçoive la moitié de l'héritage de chaque enfant.

75. – **Succession des descendants** – Le nouveau code consacre expressément une règle déjà appliquée : le descendant de degré le plus proche exclut les autres, sauf droit de représentation (code civ., art. 1833. Comparer : code civil français, art. 744).

Le nouveau code brésilien ajoute que les descendants de la même catégorie ont le même droit à la succession de leurs ascendants (code civ., art. 1834).

Vient ensuite la règle selon laquelle, dans la ligne descendante, les enfants succèdent par tête, et les autres descendants, par tête ou par souche, selon qu'ils sont ou non au même degré (code civ., art. 1835).

Il faut souligner les effets de la filiation adoptive : les enfants adoptifs ont les mêmes droits que les enfants naturels (code civ., art. 1628).

76. – **Successions des ascendants** – En l'absence de descendants, sont appelés à la succession les ascendants, en concours avec le conjoint survivant (code civ., art. 1836).

Dans la classe des ascendants, le degré le plus proche exclut le plus lointain, sans distinction de lignes. Mais s'il y a égalité de degré et diversité en ligne, les ascendants de la ligne paternelle auront la moitié et ceux de la ligne maternelle, l'autre moitié. Il n'y a pas de représentation en faveur de l'ascendant.

S'il y a concours avec des ascendants en premier degré, le conjoint survivant aura un tiers de la succession ; s'il y a un seul ascendant ou si le degré est supérieur, le conjoint aura la moitié (code civ., art. 1837).

77. – **Succession du conjoint.** – S'il n'y a pas de descendants ni d'ascendants, la succession va au conjoint survivant, mais avec les limites de l'article 1830. Le droit à succéder n'est reconnu que si, à la mort de l'autre, le conjoint n'était pas séparé de droit, ni de fait pendant plus de deux ans, sauf la preuve, dans ce cas, de ce que la vie commune était impossible sans qu'il y ait faute du survivant (code civ., art. 1830). En général, cette preuve est difficile, mais elle reste possible.

De toute façon, quel que soit le régime matrimonial, et quelle que soit sa participation dans la succession, le conjoint a un droit réel d'habitation sur l'immeuble destiné à la résidence de la famille, mais, ajoute le code, à condition que le bien soit le seul de cette nature dans l'inventaire (code civ., art. 1831). La doctrine critique cette restriction.

S'il concourt avec des descendants, le conjoint aura au moins un quart de la succession et de toute façon il aura une fraction égale à celle de ceux qui succèdent par tête. Cette disposition est nouvelle (code civ., art. 1832).

Si le régime est celui de la séparation partielle de biens, le conjoint ne participe que sur les biens particuliers, parce qu'il a déjà la moitié des biens communs.

78. – **Succession des collatéraux.** – S'il n'y a pas des descendants, ni d'ascendants, ni conjoint, la succession est dévolue aux collatéraux, jusqu'au quatrième degré (code civ., art. 1839).

Dans la catégorie des collatéraux, les plus proches excluent les plus lointains, sauf le droit de représentation conféré aux enfants des frères (code civ., art. 1840).

En cas de concours de frères bilatéraux et unilatéraux, chacun de ceux-ci a droit à la moitié de chacun des bilatéraux (code civ., art. 1841). Mais, s'il n'y a pas de frère ou sœur bilatéral, les unilatéraux héritent en parts égales (code civ., art. 1842).

En l'absence de frères et sœurs, leurs enfants héritent et, si ceux-ci n'existent pas, les oncles et les tantes. Dans le cas où il n'y a que des enfants des frères et sœurs décédés, ils héritent par tête. S'il y a des enfants de frères ou sœurs unilatéraux, ils héritent la moitié de la part attribuée aux enfants des bilatéraux, s'ils sont en concours avec eux. Si tous sont enfants de frères ou sœurs bilatéraux ou tous de frères ou sœurs unilatéraux, ils succèdent

à parts égales (code civ., art. 1843).

79. – **Succession des municipalités ou de l'Union fédérale** – S'il n'y a pas de conjoint ou de compagnon, ni d'autre parent successible ou s'ils ont renoncé, la succession est dévolue à la municipalité ou au District Fédéral (capitale du pays) ou à l'Union fédérale, quand il est situé dans un territoire fédéral (code civ., art 1844).

Mais il est alors possible qu'existe un testament. En outre, la loi parle d'héritage gisant et, par la suite, de succession vacante. La déclaration de vacance ne peut être faite qu'après le délai d'un an, à compter de la première publication, temps permettant de chercher des héritiers. Il faut un jugement, qui déclare l'absence d'héritiers.

80. – **Héritiers réservataires** – Le droit brésilien a une catégorie d'héritiers, que le code appelle nécessaires (herdeiros necessários). La doctrine parle aussi de réservataires, comme en droit français.

Les héritiers réservataires sont les descendants, les ascendants et le conjoint (code civ., art 1845). La moitié des biens, qui appartient aux héritiers nécessaires de plein droit, constitue la réserve (legítima) (code civ., art 1846).

La qualité de réservataire ne peut être retirée que pour des raisons strictes, comme l'indignité et l'exhérédation. Mais pour le conjoint, le droit à succéder n'est reconnu que si, au moment du décès, le conjoint n'était pas séparé de droit, ni de fait pendant plus de deux ans, sauf la preuve, dans ce cas, que la vie commune était impossible sans que cela soit de la faute du survivant (art. 1830).

81. – **Calcul de la réserve.** – La loi énonce que la réserve est calculée sur la valeur des biens existants lors de l'ouverture de la succession, déduction faite des dettes et des dépenses d'obsèques, en ajoutant la valeur des biens en avancement d'hoirie (art.1847).

82. – **Restrictions sur la réserve.** – Contrairement à l'ancien code qui permettait au testateur de limiter la réserve par des clauses d'inaliénabilité, le code de 2002 dispose que le testateur ne peut établir de clauses limitatives sur les biens de la réserve, sauf s'il y a un juste motif, déclaré dans le testament.

Il est défendu au testateur de convertir des biens de la réserve en biens d'une autre espèce. S'il y a un juste motif, le juge peut autoriser l'aliénation de biens grevés et la conversion en autres biens, avec subrogation (art. 1848).

Enfin, le code ajoute que l'héritier réservataire, à qui le testateur attribue sa quotité disponible ou un legs, ne perd pas son droit à la réserve (art. 1849).

83. – **Mode d'exclusion des collatéraux.** – Une disposition, reprise de l'ancien code, énonce que pour exclure de la succession les héritiers collatéraux, il suffit que le testateur dispose de son patrimoine sans les mentionner (code civ., art. 1850).

84. – **Droit de représentation** – Comme en droit français, le droit de représentation « est un procédé destiné à corriger les conséquences du hasard qui perturbe l'ordre normal du décès » (Pierre Voirin). La doctrine a critiqué l'expression, parce que ce n'est pas une vraie représentation, mais une espèce de substitution.

Ainsi, les enfants du défunt concourent avec les enfants d'un enfant prédécédé (comme en droit français : article 752 du code civil français). La représentation se fait dans la ligne directe descendante et non dans l'ascendante. Dans la ligne collatérale, seuls les neveux et nièces sont admis à concourir avec les frères et sœurs du défunt.

Les représentants ne reçoivent que la part du représenté, s'il vivait. Comme en droit français, le partage s'opère par souche, parce que les représentants sont en place de la personne représentée, mais les autres descendants par tête.

L'héritier qui a renoncé à la succession d'une personne pourra la représenter dans la succession d'une autre (code civ., art. 1856).

## **D. – Succession testamentaire**

### **1° Principes.**

85. – **Succession testamentaire – Principes.** – Le code civil de 2002 a introduit diverses modifications. Ainsi, la définition de testament, qui existait dans l'antérieur, a été supprimé. La doctrine critiquait le code, parce que la définition omettait les caractères du testament. Comme le disait la doctrine, le testament est un acte personnel, solennel, à titre gratuit, et pas seulement destiné à la transmission du patrimoine ; il permet aussi de désigner un tuteur pour un enfant mineur, d'indiquer les bénéficiaires de son assurance vie, si la police ne le disait pas ou devrait être modifiée ; de reconnaître un enfant né hors mariage ; ou encore, d'instituer une fondation ; d'imposer des clauses restrictives, telles que l'inaliénabilité de certains biens ; enfin il sert à faire de dispositions en matière de famille, sauf la moitié du

patrimoine, si le testateur a des héritiers nécessaires.

En outre, nous avons un autre acte juridique, simplifié, pour transmettre des biens après la mort : le codicille, que le nouveau code a réglé aussi (article 1881).

Ayant supprimé la définition du testament, le code de 2002 dispose, de façon plus pratique, que toute personne capable peut disposer par testament de la totalité ou d'une partie de ses biens pour après son décès (code civ., art. 1857).

Le texte ajoute que la réserve des héritiers nécessaires ne peut être incluse dans le testament et que sont valables les dispositions testamentaires de caractère non patrimonial, même si elles sont les seules dispositions.

L'article suivant énonce que le testament est un acte extrêmement personnel (personalissimo), qui peut être modifié à tout moment. (code civ., art. 1858).

## 2° Capacité.

86. – Notion de plein discernement – Outre les incapables, ne peuvent pas tester ceux qui au moment de tester n'ont pas de plein discernement. Le texte ajoute que peuvent tester les personnes ayant plus de 16 ans (code civ., art. 1860). De façon claire, les « majeurs de 16 ans » ont une incapacité relative : ils ne sont pas pleinement majeurs avant 18 ans mais ils peuvent tester.

En revanche la référence aux personnes qui n'ont pas de plein discernement peut susciter des problèmes. On comprend que le testateur doit être sain d'esprit.

Le code précise ensuite que l'incapacité survenue ultérieurement ne rend pas le testament nul ; symétriquement, le testament de l'incapable ne devient pas valable s'il acquiert la capacité. Sur la capacité d'acquiescer par testament (supra, n°00).

87. – **Capacité de tester limitée.** - Certaines personnes ont une capacité limitée, parce que la loi admet l'usage d'une forme de testament et non une autre. Ainsi, l'aveugle ne peut faire qu'un testament public. L'analphabète ne peut pas utiliser le testament mystique (hypothèse très rare, parce que l'analphabète, en général, est une personne pauvre ou malade). Le sourd-muet ne peut faire de testament mystique que s'il peut l'écrire entièrement et le signer, en le rendant à l'officier public (notaire), devant deux témoins et en écrivant sur la face externe qu'il s'agit de son testament.

## 3° Formes de testament –

88. - Selon le code civil, il y a des formes ordinaires et des formes spéciales de testaments.

**a) Formes ordinaires de testament.**

89. - Le nouveau code maintient les trois formes ordinaires de testament.

**1) Testament public (par acte public)**

90. – **Conditions du testament public.** – Le code indique les conditions essentielles pour le testament par acte public (code civ., art. 1864). Il doit être rédigé par un notaire, dans son livre de notes (livro de notas), selon les déclarations du testateur ; celui-ci peut se servir de notes personnelles. Après la rédaction, le notaire ou le testateur devra lire le testament devant deux témoins (l'ancien code en exigeait cinq).

Le testament doit ensuite être signé par le testateur, les témoins et le notaire. Le texte ajoute que le testament peut être écrit manuellement ou mécaniquement ou encore par introduction de déclarations dans des parties déjà imprimées du livre, mais authentifiées par le testateur (art. 1864). Le code antérieur exigeait que les déclarations fussent en langue nationale, mais le nouveau a supprimé cette condition. Les commentaires disent que le notaire, en général, ne parle que la langue du pays (le portugais), donc l'acte sera en portugais.

**2) Testament particulier (olographe)**

91. – **Conditions du testament particulier.** – A la différence du droit français, le testament olographe est au Brésil un acte sous seing privé, qui peut être écrit, daté et signé de la main du testateur ou par un procédé mécanique. S'il est écrit de sa propre main, il doit pour être valable être lu et signé par celui qui l'a écrit devant au moins trois témoins, lesquels doivent le signer.

S'il est fait par procédé mécanique, il ne peut y avoir de ratures ou d'espaces en blanc, il doit être signé par le testateur après avoir été lu devant au moins trois témoins, qui le signeront aussi (code civ., art. 1876).

Après le décès du testateur, le testament sera produit en justice, avec convocation des héritiers réservataires. Si les témoins sont d'accord sur l'existence du testament, ou du moins, sur la lecture, et reconnaissent leurs propres signatures, ainsi que celle du testateur, le testament sera confirmé.

S'il manque des témoins, par mort ou absence, et si au moins un le reconnaît, le testament pourra être confirmé, si, selon le juge, il y a une preuve suffisante de sa véracité (code civ., art. 1878).

Une disposition nouvelle ajoute que, dans des circonstances exceptionnelles déclarées dans le document, le testament olographe, fait de sa propre main et signé par le testateur, sans témoins, pourra être confirmé par le juge (code civ., art. 1879).

Le testament olographe peut être écrit en langue étrangère, si les témoins la comprennent (code civ., art. 1880).

### **3) Testament mystique**

92. – **Conditions du testament mystique.** – Il a subi des modifications. Son nom a été maintenu : testament fermé (testamento cerrado). Il est écrit par le testateur ou une autre personne, qu'il désigne ; Il est signé par le testateur et approuvé par le notaire ou son substitut légal. Le code de 2002, comme celui de 1916, admet donc qu'une autre personne peut écrire et signer le testament, si le testateur le lui demande.

Selon l'article 1868, le testament, pour être valable, doit observer les formalités suivantes :

- 1) le testateur le remet au notaire devant deux témoins (cinq dans l'ancien code) ;
- 2) le testateur déclare qu'il s'agit de son testament et en demande l'approbation ;
- 3) le notaire dresse l'acte d'approbation, en présence de deux témoins et le lit au testateur et aux témoins ;
- 4) l'acte d'approbation doit être signé par le notaire, les témoins et le testateur.

Le texte introduit une disposition nouvelle : le testament mystique peut être écrit mécaniquement, à condition que le signataire numérote et authentifie, par sa signature, toutes les pages.

Le notaire doit commencer l'acte d'approbation immédiatement après le dernier mot du testateur, en déclarant, sur sa foi, que le testateur lui a remis le testament en présence des témoins ; ensuite il le fait clore et cacheter. S'il n'y a pas d'espace dans la dernière feuille du testament, pour commencer l'approbation, l'officier l'authentifie et déclare le fait dans l'acte d'approbation (code civ., art. 1869). Même si le notaire écrit le testament, sur demande du testateur, il pourra l'approuver (art. 1870).

Le testament peut être rédigé en langue nationale (portugais) ou étrangère par le testateur ou par une autre personne (art. 1871). Mais celui qui ne sait pas ou ne peut pas lire ne peut pas disposer de ses biens par testament mystique (art. 1872). Le sourd-muet peut faire un testament mystique, à condition qu'il l'écrive en entier et qu'il le signe de sa propre main et qu'il le remette à l'officier public devant deux témoins, en écrivant à l'extérieur que cet acte est son testament et qu'il demande son approbation (art. 1873).



Après l'approbation, le testament est clos et cacheté et remis au testateur ; le notaire prend acte dans son livre du lieu et de la date de l'approbation (art. 1874).

Après le décès du testateur, le testament sera présenté au juge, qui l'ouvrira, le fera enregistrer et archiver et ordonnera son exécution s'il ne constate pas de vice extérieur l'entachant de nullité ou de faux (art. 1875).

93. – **Codicille** – Le nouveau code a maintenu le codicille, qui est un petit testament. Son contenu est limité et le code l'accepte sous la forme olographe.

Il est un acte sous seing privé, qui permet au testateur de prendre des dispositions concernant ses funérailles, faire des aumônes de peu de valeur à certaines personnes déterminées ou de façon indéterminée (comme, par exemple, don aux pauvres d'un lieu déterminé) ou léguer des objets d'utilisation personnelle de peu de valeur (comme de meubles, vêtements, bijoux). L'article 1881 du nouveau code a repris l'ancien code en le modifiant. Les formalités sont simples : il doit être rédigé, daté et signé par le testateur, et la présence de témoins n'est pas nécessaire.

Comme le disait Maruska Guerreiro Lopes dans une édition antérieure du fascicule, « Le codicille est valable même si le de cujus a laissé un testament, à condition que le droit des tiers soit respecté. Cela se retrouve dans l'article 1882 du nouveau code.

Le testateur peut nommer ou remplacer un exécuteur testamentaire dans le codicille (code civ., art. 1883). Un codicille est révoqué par des actes semblables ou si le testateur a fait un testament postérieur dans lequel il ne confirme pas ses dispositions précédentes ou les modifie (art. 1884).

Le codicille fermé sera ouvert selon la procédure pour l'ouverture du testament mystique (art. 1885).

### **b) Testaments spéciaux. –**

94- Sont des testaments spéciaux : le testament maritime ; le testament aéronautique ; et le testament militaire (code civ., art. 1886). Ne sont admis que les testaments spéciaux cités par le code (art. 1887). Si le testament ordinaire n'est pas très utilisé, les testaments spéciaux sont encore plus rares.

### **1) Testament maritime et aéronautique**

95. - Le code de 2002 a simplifié la rédaction.

96. – **Règles communes** – Celui qui est en voyage, à bord d'un navire brésilien (nacional) de guerre ou commercial, peut tester devant le commandant et deux témoins. La forme peut être celle du testament public ou du testament mystique. Le testament est enregistré dans le journal de bord (code civ., art. 1888).

Ces formes s'appliquent dorénavant également à celui qui est en voyage dans un avion militaire ou commercial. Il peut tester devant la personne désignée par le commandant (art. 1889).

Le testament maritime ou aéronautique reste sous la garde du commandant, qui le remet aux autorités administratives du premier port ou aéroport brésilien, moyennant reçu enregistré dans le journal de bord (art. 1890).

97. – **Durée du testament** – Il devient caduc si le testateur ne décède pas pendant le voyage ou dans les 90 jours après le débarquement, dans un lieu où il peut faire un autre testament, dans la forme ordinaire (art. 1891).

98. – **Nullité du testament maritime** – Le code maintient une autre règle du code civil ancien. Le testament marin n'est pas valable, quoique fait pendant un voyage, si à ce moment le navire était dans un port, où le testateur pouvait débarquer et tester dans la forme ordinaire (art. 1892).

## **2) Testament militaire**

99. – **Règles générales.** – Le testament des militaires et d'autres personnes au service des forces armées en campagne, dans le pays ou au dehors, ou dans une place assiégée ou sans communications, s'il n'y a pas de notaire, pourra être fait devant deux témoins. Si le testateur ne peut ou ne sait pas signer, il y a trois témoins et un des témoins devra signer pour lui (code civ., art. 1893).

100. – **Types de testaments militaires.** – Il existe trois types de testaments militaires. Le premier est comparable au testament par acte public. Le deuxième, comparable au testament mystique (code civ., art. 1894). Le troisième est le testament verbal, que la doctrine nomme testament nuncupatif. Il s'agit de personnes qui sont au combat ou blessées et dont les dernières volontés sont transmises à deux témoins. Ce testament ne produira aucun effet. si le testateur ne décède pas ou s'il se rétablit (art. 1896).

#### **4° Dispositions testamentaires. –**

101. -Le code de 2002, comme le précédent, contient trois types de règles pour les testaments.

##### **a) Règles interprétatives**

102. – **Règles interprétatives.- généralités** – Lorsqu’une clause du testament est susceptible de différentes interprétations, doit prévaloir celle qui respecte le mieux la volonté du testateur (code civ., art. 1899).

La disposition générale en faveur des pauvres, des établissements privés de charité ou des établissements d’assistance publique s’interprétera comme s’appliquant aux pauvres du lieu du domicile du testateur à l’époque de son décès, sauf s’il est manifeste que le testateur souhaitait gratifier ceux d’un autre lieu. Dans ces cas, les institutions privées seront préférées aux publiques (art. 1902).

Si le testament nomme deux ou plusieurs héritiers, sans préciser la partie revenant à chacun, la quotité disponible du testateur sera divisée en parts égales (art. 1904).

Lorsque le testateur institue certains héritiers individuellement et d’autres collectivement, la succession sera partagée en autant d’individus et de groupes (art. 1905).

Lorsque la quote-part de chaque individu a été déterminée, et que ces parts n’absorbent pas la totalité de la succession, le reste reviendra aux héritiers ab intestat selon l’ordre de vocation successorale (art. 1906).

Lorsque la quote-part de quelques héritiers a été déterminée, mais pas celle des autres, on distribuera à parts égales le reste à ces derniers, après avoir procédé à l’attribution des parts déterminées (art. 1907).

Lorsque le testateur a stipulé qu’un objet déterminé de la succession ne doit pas revenir aux héritiers institués, cet objet reviendra aux héritiers ab intestat (art. 1908).

L’erreur sur la désignation de la personne de l’héritier ou du légataire ou sur la désignation de la chose léguée rend nulle la disposition, sauf si par le contexte du testament, par d’autres documents ou par des faits non équivoques, il est possible d’identifier la personne ou la chose auxquelles le testateur se réfère (art. 1903).

##### **b) Règles impératives**

103) **Règles impératives.- Généralités** – La fixation de la date à laquelle doit commencer ou cesser le droit de l'héritier est réputée non écrite, sauf dans les dispositions fidéicommissaires.

Aux termes de l'article 1900, sont nulles les dispositions :

- a) qui instituent un héritier ou légataire sous la condition que celui-ci dispose également par testament au bénéfice du testateur ou d'un tiers ;
- b) qui se réfèrent à une personne incertaine, dont l'identité ne peut pas être vérifiée ;
- c) qui bénéficient à une personne incertaine, devant être déterminée par un tiers ;
- d) qui laissent au libre choix de l'héritier ou d'un tiers la fixation du montant du legs ;
- e) qui favorisent les personnes citées aux articles 1801 et 1802 (voir supra, n° 12).

De nouvelles règles ont été introduites par le code de 2002. Sont annulables les dispositions testamentaires entachées d'erreur, de dol ou de contrainte. Le droit d'annuler les dispositions s'éteint dans les quatre ans, à partir du moment où l'intéressé prend connaissance du vice. (code civ., art. 1909).

Une autre disposition nouvelle du code brésilien prévoit que l'inefficacité d'une disposition testamentaire entraîne celle des autres qui, sans celle-là, n'auraient pas été énoncées par le testateur (art. 1910).

### **c) Règles supplétives**

104) – **Règles supplétives.- généralités.** – La désignation de l'héritier ou du légataire peut être faite purement et simplement, ou sous condition d'une finalité ou d'une forme, ou encore pour un motif déterminé (code civ., art. 1897).

Selon l'article 1901, est valable la disposition :

- a) en faveur d'une personne incertaine, qui doit être déterminée par un tiers, parmi deux ou plusieurs personnes mentionnées par le testateur ou appartenant à une certaine famille, à une collectivité ou à un établissement désigné par le testateur ;
- b) en rémunération de services rendus au testateur à l'occasion de la maladie grave dont il est mort, même si la fixation du montant du legs est laissée à la détermination de l'héritier ou d'un tiers.

D'autres règles supplétives de l'ancien code ont été refondues dans un seul article. La clause d'inaliénabilité, imposée aux biens par acte de libéralité, entraîne leur insaisissabilité et incommunicabilité (incomunicabilidade). En cas d'expropriation ou d'aliénation pour convenance économique du donateur ou de l'héritier, par autorisation judiciaire, le produit de

la vente sera converti en d'autres biens, qui resteront soumis aux mêmes restrictions (code civ., art. 1911).

## **E. Legs. –**

105. – On doit rappeler que le mot legs, en droit brésilien, a un sens différent de legs en droit français (voir supra, n°. 23).

### **1° Dispositions générales**

106. – **Inefficacité du legs d'une chose d'autrui.** – Est inefficace (ineficaz) le legs d'une chose certaine qui n'appartient pas au testateur, au moment de l'ouverture de la succession (code civ., art. 1912). L'ancien code parlait de nullité, alors que le nouveau déclare le legs inefficace. La doctrine explique la différence : l'acte inefficace est valable, mais ne produit pas d'effets pendant l'inefficacité ; et il peut être validé.

107 – **Renonciation présumée.** – Lorsque le testateur impose à l'héritier ou au légataire de transférer une chose à autrui, s'il ne le fait pas, il est réputé avoir renoncé à la succession ou au legs (code civ., art. 1913). On observe qu'il existe une charge sur le bien du testateur ; si l'héritier n'accepte pas, il renonce à la succession. La doctrine précise pourtant que si la charge est injuste ou difficile à exécuter, l'héritier ne perd pas son droit.

Si seule une partie de la chose léguée appartient au testateur, le legs ne sera valable que sur cette partie (art. 1914).

108. – **Legs de choses de genre.** – Le code admet la validité du legs de choses fongibles, même si la chose ne se trouve pas dans les biens laissés. L'exemple est d'un legs d'argent, dans lequel le testateur dit : « je veux que ma fille soit la propriétaire de la maison qu'elle habite ». Cela veut dire qu'on doit acheter la maison avec la valeur du legs.

109. – **Legs de chose certaine.** – Le legs d'une chose certaine et identifiée ne sera efficace que si celle-ci se trouve parmi les biens de la succession du testateur, au moment du décès. Pourtant, si la chose léguée se trouve parmi les biens du testateur, mais en quantité inférieure à celle léguée, le legs ne sera efficace que pour la quantité existante (art. 1916).

110. – **Legs d'une chose dans un lieu déterminé.** – Le legs d'une chose qui doit se trouver

dans un endroit déterminé ne sera efficace que si elle est dans la succession au moment du décès, sauf si elle est déplacée à titre transitoire (art. 1917).

111. – **Legs de créance.** – Le legs de créance ou de quittance d’une dette ne sera efficace qu’à hauteur de la dette ou de la créance au moment de la mort du testateur. Le legs est exécuté par la remise du titre au légataire par l’héritier. Ce legs ne comprend pas les dettes nées après la date du testament (art. 1918).

Si le testateur ne le déclare pas expressément, on considère qu’il n’y a pas compensation de la dette par le legs au bénéfice du créancier. Le legs subsiste tout entier si la dette lui est postérieure et que le testateur l’a payée avant sa mort (art. 1919).

112. – **Legs d’aliment.** – Le legs d’aliments comprend la nourriture, les soins, les vêtements et l’habitation pendant la vie du légataire ainsi que les frais d’éducation si celui-ci est mineur (code civ., art. 1920).

113. – **Legs d’usufruit.** – Est réputé viager l’usufruit concédé au légataire lorsque le testament n’a pas fixé sa durée (code civ., art. 1921).

114. – **Legs d’un bien immeuble.** – Si celui qui fait un legs d’un immeuble, lui ajoute de nouvelles acquisitions, les achats ultérieurs, même s’ils sont contigus, ne sont pas compris dans le legs, sauf déclaration expresse contraire du testateur. La règle ne s’applique pas aux améliorations nécessaires, utiles ou somptuaires, faites sur l’immeuble légué (code civ., art. 1922).

## **2° Effets des legs**

115. – **Nouvelles règles.** – Le nouveau code a modifié les règles en la matière. Ainsi, dès l’ouverture de la succession la chose certaine faisant partie des biens de la succession appartient au légataire, sauf si le legs est soumis à une condition suspensive. La possession n’est pas transmise immédiatement ; le légataire ne peut se mettre en possession de sa propre autorité. Mais le legs de la chose déterminée existant dans la succession transfère aussi au légataire les fruits dès le décès du testateur, sauf si tel le legs est soumis à une condition suspensive (code civ., art. 1923).

Le droit de demander la délivrance du legs ne pourra être exercé pendant la durée du litige sur la validité du testament. Il en va de même pour les legs conditionnels ou à terme, tant

que la condition ne se réalise pas ou que le délai n'est pas écoulé (art. 1924).

116. – **Legs en argent.** – Les intérêts du legs en argent ne courront au profit du légataire qu'à partir de la mise en demeure adressée à la personne devant le payer (code civ., art. 1925).

117. – **Legs par versements périodiques.** – Le legs d'une rente viagère ou d'une pension périodique est dû dès le jour du décès du testateur (code civ., art. 1926).

Si le legs porte sur des quantités certaines, par des versements périodiques, la première période commence dès le décès du testateur et le légataire aura droit à chaque versement, à compter du début de chaque période (art. 1927).

Lorsque les versements sont périodiques, ils ne peuvent être exigés qu'au terme de chaque période. Si les versements sont légués à titre d'aliments, ils seront payés au début de chaque période, sauf si le testateur en dispose autrement (code civ., art. 1928).

118. – **Legs de choses de genre.** – Si le legs est une chose déterminée par son genre, il appartient à l'héritier de la choisir, en observant le moyen terme, parmi les choses semblables, entre la meilleure qualité et la moins bonne (code civ., art. 1929).

On applique la même règle quand le choix est laissé à un tiers ; si celui-ci ne veut pas ou ne peut pas l'exercer, il incombe au juge de le faire en observant la même règle (code civ., art. 1930).

Si l'option a été laissée au légataire, celui-ci pourra choisir, la meilleure chose de la succession appartenant au genre déterminé ; s'il n'y a pas une chose d'un tel genre, l'héritier lui donnera une de genre semblable, en observant la partie finale de l'article 1929 (code civ., art. 1931).

119. – **Legs alternatif.** – Dans le legs alternatif, il est présumé que le choix est laissé à l'héritier (code civ., art. 1932).

Si l'héritier ou le légataire à qui incombe l'option décède avant de l'exercer, ce pouvoir se transmet à ses héritiers (art. 1933).

### **3° Exécution des legs**

120. – **Exécution des legs - Généralités.** – Le code civil de 2002 a changé complètement

le texte. Ainsi, l'article 1934 dispose que, dans le silence du testament, l'exécution des legs incombe aux héritiers et, s'il n'y a pas, aux légataires, dans la proportion de ce qu'ils ont hérité.

Sans disposition contraire du testament, la charge pèse sur l'héritier ou légataire désigné par le testateur pour l'exécution du legs. S'il y a plus d'un légataire, ils diviseront la charge entre eux, dans la proportion de la partie qu'ils reçoivent de la succession (code civ., art. 1934).

Le legs sur une chose appartenant à un héritier ou légataire doit être acquitté uniquement par celui-ci, mais il peut se retourner contre ses cohéritiers pour la quote-part de chacun, sauf si le testateur a expressément disposé le contraire (code civ., art. 1935).

121. – **Délivrance du legs.** – Les frais et les risques de la délivrance du legs seront supportés par le légataire, s'il n'en a été autrement disposé par le testateur (code civ., art. 1936).

La chose léguée sera délivrée avec ses accessoires, au lieu et dans l'état où elle se trouvait quand le testateur est décédé, et le légataire doit supporter toutes les charges (art. 1937).

122. – **Legs avec charge.** – L'article 1938 dispose que, dans les legs avec charge, on applique au légataire les dispositions du code sur les donations de même nature (art. 553, selon lequel le donataire est tenu d'acquitter toutes les charges, si elles sont en faveur du donateur, d'un tiers ou d'intérêt général ; dans ce dernier cas, le Ministère public pourra exiger l'exécution, après la mort du donateur ou testateur).

#### **4° Caducité des legs. –**

123. – **Distinction avec les notions voisines** – Nous avons déjà parlé de la différence entre nullité, annulabilité et inefficacité (supra, n° 10). Ici, le legs n'est ni nul, ni annulable : le legs est valable, mais des circonstances postérieures à la rédaction du testament entraînent son inefficacité.

124. – **Situations de caducité.** – Le Code indique cinq situations sur la caducité des legs, dans l'article 1939 :

- 1) après le testament, le testateur modifie la chose léguée, de sorte qu'elle n'a plus la même forme, ni la même dénomination ;
- 2) le testateur aliène la totalité ou une partie de la chose léguée ; dans ce cas le legs est caduc pour la partie qui n'appartient plus au testateur ;



- 3) la chose léguée périt ou fait l'objet d'une éviction, soit avant soit après le décès du testateur sans qu'il y ait faute de l'héritier ou du légataire à qui incombe l'exécution ;
- 4) le légataire a été exclu de la succession pour indignité ;
- 5) le légataire décède avant le testateur.

125. – **Legs alternatif.** – Si le legs porte alternativement sur deux ou plusieurs choses, si quelques-unes périssent, le legs demeure valable pour les biens qui subsistent ; si une partie de l'une des choses périt, le legs demeure valable quant à la partie restante (code civ., art. 1940).

### **5° Droit d'accroissement**

126. – **Droit d'accroissement entre héritiers et légataires** – L'accroissement est une institution d'origine romaine, qui est reprise par le code civil français (art. 1044 et 1045) et par le code civil brésilien de 2002.

#### **a) Entre cohéritiers**

127. Quand divers héritiers, par la même disposition testamentaire, sont appelés conjointement à la succession pour des parts non déterminées, et que l'un d'eux ne veut ou ne peut pas l'accepter, sa part accroîtra celle des cohéritiers, sauf le droit du remplaçant (code civ., art. 1941).

#### **b) Entre colégataires**

128. Le droit d'accroissement est conféré aux colégataires, lorsqu'ils sont désignés conjointement pour une seule et même chose déterminée et certaine, ou quand l'objet du legs ne peut être divisé sans risque de dévaluation (code civ., art. 1942).

L'article fondamental est l'article 1943, qui dit pourquoi la part de l'exclu accroîtra et quelles sont les conséquences. Si l'un des cohéritiers ou colégataires, dans les conditions de l'article précédent, décède avant le testateur ou s'il renonce à la succession ou au legs, ou en est exclu ou si la condition sous laquelle il a été institué ne se réalise pas, sa part accroîtra la part des cohéritiers ou colégataires conjoints. Les cohéritiers ou colégataires dont la part est accrue doivent supporter les obligations et charges correspondantes.

129. – **Sort de l'héritage en l'absence d'accroissement** – Deux anciennes dispositions sont réunies dans l'article 1944. Lorsque l'accroissement ne s'effectue pas, la quote-

part est transmise aux héritiers réservataires. Lorsqu'il n'y a pas lieu à accroissement entre colégataires, la part de la personne écartée revient à l'héritier ou au légataire tenu d'acquitter ce legs, ou à tous les héritiers au prorata de leurs parts, si le legs est déduit de la succession.

130. – **Accroissement. Renonciation du bénéficiaire.** – Une nouvelle disposition a été adoptée par le code de 2002. Le bénéficiaire de l'accroissement ne peut le refuser séparément de l'héritage ou du legs, sauf si l'accroissement comporte des charges spéciales imposées par le testateur ; dans ce cas, après la répudiation, la quote-part va à qui reçoit les charges (code civ., art. 1945).

131. – **Accroissement dans le legs d'usufruit.** – En cas de legs d'usufruit conjointement à deux ou plusieurs personnes, la part manquante accroît celle des co-légataires. S'il n'y a pas de conjonction entre les légataires ou si en dépit de leur conjonction il a été légué à chacun une partie certaine de l'usufruit, il n'y aura pas lieu à accroissement, et les quotes-parts sont consolidées dans la propriété, au fur et à mesure où elles viennent à manquer (code civ., art. 1946).

#### *F.-Substitutions*

132. – **Substitutions. Historique** – Le code brésilien de 1916 avait déjà un chapitre sur les substitutions dans les dispositions testamentaires.

La loi permet au testateur d'indiquer un substitut au légataire ou à l'héritier institué, si l'un ou l'autre ne peut ou ne veut pas accepter la succession. Il y avait et il y a encore trois espèces de substitutions : vulgaire, réciproque et fidéicommissaire.

Le droit français parle de « substitution vulgaire » quand un testateur désigne un légataire subsidiaire pour le cas de caducité du legs principal et, selon la doctrine, cette disposition est licite » (Pierre Voirin, Droit Civil, tome 2, 18e. édition, par Giles Goubeaux, n. 789). Il y a aussi des substitutions fidéicommissaires. Le droit français a changé : la substitution était prohibée mais elle est aujourd'hui possible dans certains cas où elle est autorisée par la loi.(code civil français, art. 896 résultant de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006).

133. – **Substitutions – Nouveau Code** – Le droit brésilien admet trois espèces de substitutions : vulgaire, réciproque et fidéicommissaire. Mais le chapitre du code est divisé

en deux sections :

### **1° La substitution vulgaire et réciproque**

134 – **Substitution vulgaire et réciproque . Définition.** – Dans la substitution vulgaire, le testateur désigne un tiers pour recevoir l'héritage ou le legs, si l'héritier ou légataire désigné ne peut pas ou ne veut pas l'accepter. Il est présumé par la loi que la substitution a été déterminée pour les deux hypothèses, même si le testateur ne parle que d'une (code civ., art. 1947).

Il est permis au testateur de remplacer plusieurs personnes par une ou vice-versa, avec ou sans réciprocité (art. 1948).

Le code ajoute que le remplaçant reste soumis à la condition ou à la charge imposée au remplacé, sauf disposition contraire (art. 1949).

Si, parmi plusieurs cohéritiers ou légataires de parts inégales, la substitution réciproque a été imposée, la proportion des quotes-parts de la première disposition est considérée maintenue dans la seconde ; si une autre personne, avec celles déjà nommées, est incluse dans la substitution, la quote-part libre appartiendra à parts égales aux remplaçants (art. 1950).

### **2° La substitution fidéicommissaire**

135. – **Substitution fidéicommissaire** – Nouveau code – Dans le fidéicommis, nous avons deux bénéficiaires : le fiduciaire, ou grevé, et le fidéicommissaire. Le premier a l'obligation de transmettre l'héritage ou legs au fidéicommissaire. Le code de 2002, en permettant le fidéicommis, a introduit des limitations. L'article 1951 admet cette substitution, mais l'article 1952 la limite. Selon cet article, la substitution fidéicommissaire est permise seulement en faveur de personnes non conçues au moment du décès du testateur.

Si au moment de la mort du testateur, le fidéicommissaire est déjà né, il acquerra la propriété des biens fidéicommis, et le droit du fiduciaire est transformé en usufruit. C'est une situation très rare, appelée à disparaître.

136. – **Extinction du fidéicommis** – Le fidéicommis s'éteint au terme prévu ; si la condition imposée se réalise ; si l'un des bénéficiaires renonce au legs ou à l'héritage ou décède. La doctrine dit qu'il prend fin aussi en cas d'exclusion du fidéicommissaire pour indignité ou une autre cause.

L'ancien code ne parlait que de la renonciation du fidéicommissaire. Le nouveau code maintient cette disposition, avec une nouvelle rédaction, mais il introduit une nouvelle

disposition, en vertu de laquelle, si le fiduciaire renonce, le pouvoir d'accepter est conféré au fidéicommissaire (code civ., art. 1954).

Le fidéicommiss au-delà du deuxième degré est nulle (code civ., art. 1959).

#### *G. Exhérédation. –*

Le droit brésilien admet l'exhérédation, par laquelle le testateur écarte un héritier réservataire, dans certains cas indiqués aux articles 1961 à 1965.

#### 1º Énonciation des cas d'exhérédation

138. – Énoncé des cas de l'article 1814. Sont exclus de la succession les héritiers ou légataires :

- 1) qui sont auteurs, coauteurs ou complices de meurtre ou tentative contre la personne successible, son conjoint, compagnon, ascendant ou descendant ;
- 2) qui ont calomnié en justice l'auteur de l'héritage ou pratiqué un crime contre son honneur, ou de son conjoint ou compagnon ;
- 3) qui, par violence ou moyens frauduleux, ont empêché l'auteur de l'héritage de disposer librement de ses biens par testament.

Tous ces cas, comme on le sait, constituent l'indignité, qui inclut tous les héritiers ou légataires, mais l'exhérédation dépend exclusivement de la volonté du testateur et s'applique seulement aux héritiers réservataires.

139. – **Autres cas d'exhérédation – exhérédation des descendants.** – Aux termes de l'article 1962, autorisent l'exhérédation des descendants par leurs ascendants :

- 1) les violences physiques ;
- 2) l'injure grave ;
- 3) les rapports illicites avec la belle-mère ou le beau-père ;
- 4) l'abandon de l'ascendant atteint d'aliénation mentale ou d'une maladie grave.

140. – **Autres cas d'exhérédation – exhérédation des ascendants.** – L'article 1963 prévoit des causes semblables pour l'exhérédation des ascendants par les descendants, mais le nouveau code cite également les rapports illicites avec l'épouse ou compagne du fils ou du petit-fils, ou avec le mari ou le compagnon de la fille ou petite-fille ; l'article ajoute : l'abandon du fils ou petit-fils, atteint d'une débilité mentale ou maladie grave.

141. – **Preuve de la cause d'exhérédation et délai** – Le code exige la cause fasse l'objet d'une déclaration expresse (code civ., art. 1964). Outre le testament et la motivation, l'héritier ou celui qui profite de l'exhérédation doit prouver la véracité de la cause (code civ., art. 1965). Cela doit se faire dans le délai de quatre ans, à compter de l'ouverture de la succession (code civ., art. 1965). Ce délai est considéré de déchéance.

*H. – Réduction des dispositions testamentaires. –*

142. – **Généralités – Histoire.** – D'origine romaine, la réduction des dispositions testamentaires est une protection des héritiers réservataires. Les réservataires, qui sont les descendants, les ascendants et le conjoint, ont droit à la moitié des biens. Si le testateur dispose de plus de la moitié, on doit procéder à une réduction.

143. – **Mise en œuvre de la réduction.** – Disposition partielle : si le testateur ne dispose que d'une partie, le reste appartient aux héritiers réservataires (code civ., art. 1966).

Dispositions excessives : Si les dispositions dépassent la quotité disponible, elles seront réduites selon les limites de celle-ci (art. 1967).

Réduction de la quote-part de l'héritier. Si les dispositions testamentaires dépassent la quotité disponible, les parts de l'héritier institué ou des héritiers institués seront réduites au prorata et, si nécessaire, on réduira également les legs.

144. – **Réduction d'un legs immobilier.** – Aux termes de l'article 1968, si le legs porte sur un immeuble divisible, celui-ci sera partagé proportionnellement. Si la division n'est pas possible, et que l'excédent du legs dépasse le quart de la valeur de l'immeuble, celui-ci restera entièrement dans la succession ; le légataire percevra une soulte en argent, correspondant à la valeur de sa quote-part.

Lorsque l'excédent ne dépasse pas le quart de la valeur de l'immeuble, le légataire le recevra et paiera la différence aux héritiers.

Si le légataire est en même temps réservataire, il pourra prélever sa part de réservataire sur le même immeuble.

*I. – Révocation du testament. –*

145. – **Révocation du testament. Généralités.** – On sait que le testament est un acte

révocable. (Comparer : code civil français, art 895). Le code brésilien énonce que le testament peut être révoqué de la même façon et dans la même forme (*mesmo modo et forma*) qu'il peut être établi (code civ., art. 1969). Le texte doit être interprété. Si un testateur a fait son testament devant notaire (par acte public), doit-il faire un autre testament public ? Non, dit la doctrine ; il peut faire un testament sous seing privé, totalement différent, ou une déclaration devant notaire en affirmant qu'il veut révoquer son testament.

#### 146. – **Révocation du testament. – Catégories de révocation.**–

1° Révocation expresse : celle par laquelle le testateur déclare qu'il veut révoquer son testament.

2° Révocation tacite : celle qui résulte d'un autre testament, par lequel il dispose tout autrement de ses biens et droits.

3° Révocation totale : elle peut être expresse ou tacite.

4° Révocation partielle : quand la révocation est partielle ou lorsqu'un testament postérieur ne contient pas de clause révocatoire expresse, le testament précédent subsiste en ce qu'il n'est pas contraire au nouveau (code civ., art. 1970).

147. – **Révocation du testament mystique.** – Si le testateur ouvre ou déchire le testament mystique, ou s'il est ouvert ou déchiré avec son consentement, il est réputé révoqué, énonce l'article 1971.

#### *J. – Rupture du testament. –*

148. – **Rupture du testament. – Principes.** – Le code de 2002 consacre un chapitre à la rupture (*rompimento*) du testament. Lorsque survient un descendant successible qui n'existait pas ou dont le testateur n'avait pas connaissance lorsqu'il a testé, le testament est rompu en toutes ses dispositions, si ce descendant survit au testateur (code civ., art. 1973). Le testament est également rompu, quand le testateur ignorait l'existence d'autres héritiers réservataires (art. 1974).

149. – **Exception. Absence de rupture du testament.** – Cependant, le testament n'est pas rompu si le testateur dispose de sa quotité disponible, sans tenir compte des héritiers réservataires, dont il connaissait l'existence, ou quand il les exclut de cette partie (code civ.,

art. 1975).

#### *K. – Exécuteur testamentaire*

##### **150. – Exécuteur testamentaire. – Règles générales.**

1° Le testateur peut nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires, conjointement ou séparément, pour accomplir ses dispositions de dernière volonté (code civ., art. 1976).

2° Le testateur peut confier à l'exécuteur testamentaire la possession et l'administration de l'héritage ou une partie, s'il n'a laissé ni conjoint ni héritiers réservataires (art. 1977).

3° Un héritier peut exiger le partage immédiat ou la dévolution de l'héritage ; il doit alors donner à l'exécuteur les pouvoirs nécessaires pour qu'il puisse exécuter les legs ou se porter caution afin de garantir l'exécution (art. 1977).

4° L'exécuteur peut aussi demander au juge d'ordonner au détenteur du testament de procéder à son enregistrement (art. 1979).

5° Les fonctions de l'exécuteur testamentaire ne peuvent pas être déléguées et ne se transmettent pas à ses héritiers, mais il peut se faire représenter par un mandataire, avec des pouvoirs spéciaux (art. 1985).

6° Outre les attributions déjà indiquées, l'exécuteur testamentaire a aussi celles conférées par le testateur, dans les limites de la loi (art. 1982).

7° S'il n'y a pas d'exécuteur nommé par le testateur, la fonction incombe à l'un des conjoints et, à défaut, à un héritier nommé par le juge (art. 1984).

8° Si plusieurs exécuteurs ont accepté la charge simultanément, chacun pourra agir en l'absence des autres ; mais tous seront solidairement responsables pour rendre compte des biens qui leur ont été confiés, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions et que chacun d'eux se soit limité aux fonctions attribuées par le testament (art. 1986).

##### **151. – Devoirs de l'exécuteur testamentaire. –** Quand l'exécuteur testamentaire a la garde

et l'administration des biens, il doit demander l'inventaire et exécuter le testament (code civ., art. 1978).

Il doit accomplir les dispositions testamentaires dans le délai fixé par le testateur, et établir les comptes de tout ce qu'il a reçu et dépensé ; sa responsabilité subsiste tant que dure l'exécution du testament (art. 1980).

Il doit défendre la validité du testament, avec ou sans la collaboration des héritiers (art. 1981).

Si le testateur ne lui fixe pas un délai plus long, l'exécuteur testamentaire doit accomplir le testament et en rendre comptes dans les 180 jours de l'acceptation de ses fonctions. Le délai peut être prorogé s'il y a un motif suffisant (motivo suficiente) (art. 1983).

**152. – Rémunération de l'exécuteur testamentaire.** – Sauf disposition testamentaire contraire, l'exécuteur testamentaire qui n'est pas héritier ou légataire aura droit à une rémunération, laquelle, si le testateur n'en a pas fixé le montant, sera déterminée par le juge, entre 1% et 5% de la valeur de l'héritage, calculés sur l'actif net, selon le degré de difficulté dans l'exécution du testament. Cette rémunération sera fixée sur la valeur de la quotité disponible, lorsqu'il y a des héritiers réservataires (code civ., art. 1987). L'héritier ou légataire nommé exécuteur testamentaire pourra préférer la rémunération à la part d'héritage ou au legs (art. 1988). La rémunération perdue par l'exécuteur qui a été destitué reviendra à la succession (art. 1989).

#### *L. – Inventaire –*

**153. – Inventaire – Définition.** – Le mot inventaire désigne une description ou liste de biens, personnes, choses ou valeurs. Le code de 2002 utilise un mot d'origine latine (inventário, du mot en latin invenire, trouver).

Selon l'article 1991, de l'acceptation de la charge jusqu'à l'homologation du partage, l'administration de la succession incombe à la personne chargée de l'inventaire (inventariante).

**154. – Catégories d'inventaire** – Les trois catégories sont énumérées par le code de procédure civile. Ce sont : l'inventaire commun (articles 982 à 1030) ; l'inventaire sommaire, utilisé pour le partage amiable (arrolamento sumário – article 1031) ; l'inventaire simplifié, si les biens sont de faible valeur (article 1036).

**155. – Dispense de faire l'inventaire.** – Depuis les années 1980 au Brésil, tous les fonctionnaires publics et les salariés reçoivent leur rémunération par voie bancaire et doivent en conséquence avoir un compte courant. Ainsi, lorsqu'un ouvrier décède, ses enfants et son conjoint ne peuvent recevoir les sommes modestes qui sont déposées au nom du défunt.

La famille de l'ouvrier décédé a droit à une somme de la sécurité sociale, et d'autres



payements, toujours par voie bancaire. Ainsi, la loi dispense d'inventaire, mais la banque, ne paye que si le juge compétent donne une autorisation. Dans tous ces cas, il y a dispense d'inventaire, même simplifié (code proc. civile, art. 1037).

156. – **Compétence pour établir l'inventaire.** – La juridiction du domicile du de cujus est compétente pour statuer sur l'inventaire, le partage, l'exécution des dispositions de dernière volonté et toutes les actions dans lesquelles la succession est défenderesse, même si le décès a lieu à l'étranger (code proc. civile, art. 96).

157. – **Délai pour établir l'inventaire.** – Le code de procédure civile (article 983) dispose que l'inventaire et le partage doivent commencer dans un délai de 60 jours à partir de l'ouverture de la succession et se terminer dans les douze mois suivants. Mais le juge peut reporter la date finale s'il y a un juste motif ; l'inventaire est rarement terminé dans les douze mois car, de façon générale, les délais judiciaires sont longs (Loi 11441/2007).

158. – **Qui peut demander l'inventaire ?** – Le code de procédure (art. 987 et 988) indique les personnes ayant légitimité pour demander l'ouverture de l'inventaire :

- en premier lieu, la personne qui a la garde et l'administration des biens de la succession ;
- le conjoint survivant ;
- l'héritier ;
- le légataire ;
- l'exécuteur testamentaire ;
- le cessionnaire de l'héritier ou du légataire ;
- le créancier de l'héritier, du légataire ou du de cujus ;
- le syndic de faillite de l'héritier, du légataire, du de cujus ou du conjoint survivant ;
- le ministère public, s'il y a des héritiers incapables ;
- le Trésor public, lorsqu'il a un intérêt (une créance contre la succession).

L'article suivant dispose qu'en cas d'inertie de ces personnes dans le délai légal, le juge peut procéder d'office à l'ouverture de l'inventaire (code proc. civ., art. 989). Dans la pratique, le juge qui a connaissance d'une telle inertie demande au ministère public de prendre des mesures.

159. – **Administration de l'inventaire.** – Lorsque la demande est présentée au juge, celui-ci nomme un administrateur (inventariante), selon l'ordre de l'article 990 du code de procédure (en général, celui qui a demandé) :

- le conjoint survivant marié en communauté de biens, s'il vivait avec le de cujus au temps de sa mort ;

- l'héritier qui se trouve en possession et qui administre les biens de la succession, à défaut de conjoint survivant ou si celui-ci ne peut pas être nommé ;
- n'importe quel héritier, si aucun n'a la possession des biens ;
- l'exécuteur testamentaire, si l'administration des biens de la succession lui a été confiée ou si la totalité de la succession est distribuée en legs ;
- l'administrateur judiciaire (inventariante judiciaire), s'il y en a un ;
- une tierce personne de bonne réputation, à défaut de l'administrateur judiciaire.

Le code de procédure civile fixe les devoirs de l'administrateur (art. 991, 992 et 993) et énumère les situations dans lesquelles il pourra être destitué par le juge (art. 995).

160. – **Recel** – Selon le code civil (art. 1992), l'héritier qui recèle des biens de la succession, sans les indiquer sur l'inventaire, quand il les détient ou les sait détenus par autrui, ou qu'il omet de les rapporter s'il doit le faire, ou qui néglige de les restituer, perd le droit qu'il aurait sur eux (pour comparaison avec une solution moins radicale, voir l'article 778 du code civil français résultant de la loi n° 2006-728). Outre cette sanction, si le receleur est l'administrateur de la succession, il sera destitué de ses fonctions (art. 1993).

La sanction n'est imposée que si les héritiers ou créanciers de la succession l'ont demandée, mais les autres intéressés peuvent bénéficier du jugement (art. 1994).

Si les biens recelés ne sont pas restitués, parce que le receleur n'en détient plus, il paiera leur valeur et les dommages-intérêts (art. 1995).

On ne peut accuser l'administrateur de l'inventaire (inventariante) de recel qu'après déclaration de l'inexistence d'autres biens.

#### *M. Règlement du passif successoral. –*

161. – **Règlement du passif successoral. – Généralités** – Le principe est que la succession répond du paiement des dettes du de cujus. Après le partage, les héritiers doivent les supporter, en proportion de leur quote-part (code civ., art. 1997).

Avant le partage, les créanciers pourront demander au juge de l'inventaire le paiement de leurs dettes exigibles (code proc. civ., art. 1017). Si les parties sont d'accord, le juge ordonne le paiement de la dette ou la réserve de biens suffisants. Mais, si les parties ne sont pas d'accord, les créanciers devront initier l'action dans le délai de trente jours (code civ., art. 1997).

Les dépenses funéraires sont à la charge de la succession, même lorsqu'il y a des héritiers réservataires. Les dépenses liées à des cérémonies religieuses n'obligent que si elles sont déterminées dans le testament ou le codicille (code civ., art. 1998).

Lors d'une action récursoire (regressiva) contre un cohéritier, débiteur de la succession, si l'un d'eux est insolvable, sa dette sera partagée entre les autres (code civ., art. 1999).

Les légataires et créanciers de la succession peuvent exiger que le patrimoine du défunt et celui de l'héritier soient séparés ; en cas de concours, il peuvent demander à être payés avant les créanciers de l'héritier (code civ., art. 2000).

Si l'héritier est débiteur de la succession, la dette sera partagée également entre tous, sauf si la majorité consent que la dette soit imputée totalement sur la quote-part du débiteur (code civ., art. 2001). Cette disposition est discutée en doctrine, mais cela veut dire que si

l'héritier est débiteur, il doit payer, d'où l'imputation possible de sa dette sur sa quote-part. En revanche, s'il est insolvable, tout dépend de ce qu'il reçoit.

**162. – Droit au partage** – L'héritier peut toujours demander le partage, même si le testateur l'a interdit. Il en va de même pour les cessionnaires et les créanciers (code civ., art. 2013), mais également les personnes citées par le code de procédure civile (articles 988, II, V, VI et 1022 - 1030).

Le nouvel article 2014 énonce que le testateur peut indiquer les biens et valeurs qui doivent former les quotes-parts héréditaires, déterminant le partage. Ce partage prévaudra , sauf si la valeur des biens ne correspond pas aux quotes-parts.

**163. – Partage amiable** – Le code civil admet le partage amiable, si tous les héritiers sont capables. Ce partage se fait par acte public (devant notaire), par déclaration dans l'inventaire ou sous seing privé homologué par le juge (code civ., art. 2015).

Mais si les héritiers sont en désaccord ou si l'un d'eux est incapable, le partage sera judiciaire (art. 2016).

Les opérations de partage des biens doivent observer la plus grande égalité possible, quant à leur valeur, leur nature et leur qualité (art. 2017).

Les biens qui ne peuvent être divisés facilement et qui ne peuvent être inclus dans la moitié du conjoint survivant ou dans la quote-part d'un seul héritier seront vendus judiciairement

et la valeur sera partagée, sauf s'il y a accord pour les attribuer à tous les héritiers. Le texte ajoute que la vente ne se fera pas si un ou plusieurs héritiers demandent l'attribution, en

payant la différence en argent aux autres héritiers, après une évaluation actualisée.

Une disposition introduite en 2002 énonce que, si l'attribution a été demandée par plus d'un héritier, on fera une licitation entre eux (art. 2019).

**164. – Partage par acte entre vifs ou de dernière volonté.** – Le partage fait par les ascendants est valable, par acte entre vifs ou de dernière volonté, à condition qu'il ne porte pas atteinte à la quote-part des héritiers réservataires (code civ., art. 2018). Cette règle est d'origine française (voir le code civil français, art. 1075, modifié en 2006). Cette forme de partage est rare.

165. – **Garantie des parts héréditaires.**– Dès que le partage a été jugé, le droit de chaque héritier reste circonscrit aux biens de sa quote-part (code civ., art. 2023). Les cohéritiers ont une obligation réciproquement de s'indemniser en cas d'éviction des biens partagés (art.

2024). Mais cette obligation cesse en cas de convention contraire ou de faute du cohéritier anqui a subi l'éviction ou par un fait postérieur au partage (art. 2025).

166. – **Annulation du partage.**– Une fois réalisé et jugé, le partage n'est annulable que pour les vices entachant en général les actes juridiques. Le droit d'annuler le partage s'éteint après un an. (code civ., art. 2027). Cela veut dire que le délai indiqué n'est pas de

prescription, mais de déchéance.

La doctrine estime que l'annulation peut aussi être demandée dans les cas de vices du consentement (le code de 2002 cite : l'erreur, le dol, la violence, la situation de danger, la Blésion et la fraude – articles 138 - 165) ; mais également quand l'intéressé était incapable.

Le Code de procédure civile parle d'annulation et d'une action en rescision, mais la doctrine estime que ce n'est pas un cas de rescision, mais d'annulation (pour comparaison, voir le code civil français, art. 887 à 892, dans la rédaction résultant de la loi de 2006 qui ouvrent des actions en nullité du partage ou en complément de part).

#### BIBLIOGRAPHIE

**En français.** – A. Wald et C. Jauffret-Spinosi – Le Droit brésilien – Hier, aujourd'hui et demain: Paris, Société de législation comparée, 2005.

**En portugais.** – C. Chaves de Farias et N. Rosenvald. Direito das Obrigações: Livraria e Editora Lumen Juris – 5<sup>a</sup> ed. 2011. – Sílvio de Salvo Venosa, DireitoCivil; Direito das Sucessões. Vol 7, Ed. Atlas, 11.ed. – M.H. Diniz. Curso de Direito Civil Brasileiro: v. 6-Direito das Sucessões, 25.ed, 2011; A. Wald – Direito Civil – Contratos em espécie: São Paulo-Saraiva, 18.ed., 2009 – Direito Civil – Direito das Sucessões. 14.ed. 2009.

**Bilingue.** – A. Wald – Code Civil brésilien, édition bilingue brésilien/français: Instituto brasileiro de direito comparado. Société de législation comparée, 2009.

---

**Semy Glanz -Conseiller à la Cour Supérieure de l'Etat de Rio de Janeiro - Professeur de Droit Civil à l'Université de l'État de RJ**