ESTUDANTES
CADERNO ACADÊMICO

ÓRGÃO DE DIVULGAÇÃO CIENTÍFICO-LITERÁRIO DOS ESTUDANTES DA
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

1999

150 ANOS DO NASCIMENTO DE JOAQUIM NABUCO E DE RUY BARBOSA

ESTUDANTES
CADERNO ACADÊMICO

ÓRGÃO DE DIVULGAÇÃO CIENTÍFICO-LITERÁRIO DOS ESTUDANTES
DA
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

1999

150 ANOS DO NASCIMENTO DE JOAQUIM NABUCO E DE RUY BARBOSA

CADERNO ACADÊMICO

DIRETÓRIO ACADÊMICO DEMÓCRITO DE SOUZA FILHO
NÚCLEO DE ESTUDOS ACADÊMICOS

ESTUDANTES
CADERNO ACADÊMICO

ÓRGÃO DE DIVULGAÇÃO CIENTÍFICO-LITERÁRIO DOS ESTUDANTES DA
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Ano 3 - Número 5
Janeiro de 1999 a Junho de 1999

1999
150 ANOS DO NASCIMENTO DE JOAQUIM NABUCO E DE RUY BARBOSA

Estudantes – Caderno Acadêmico V.3 – No. 5
Recife, Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho e
Núcleo de Estudos Acadêmicos
1. Direito - Periódicos
340.05

ESTUDANTES

CADERNO ACADÊMICO

APRESENTAÇÃO

A ESTUDANTES-CADERNO ACADÊMICO atinge o quinto número, demonstrando, como exemplo, o significativo potencial do corpo discente da Faculdade de Direito do Recife, que só precisa de espaços para desenvolvê-lo.

A Revista existe e foi criada com este fim: estimular a divulgação da pesquisa e da produção científicas nesta Casa. Contudo, o seu maior desafio é existir nos alunos e organizadores de hoje, que são passageiros, e não passar nos que ficam. Já se disse que os periódicos estudantis "duram enquanto dura o entusiasmo". No caso da *Estudantes* e no do *Caderno Acadêmico*, o entusiasmo vem de muitos anos, tendo sido seus redatores personalidades do porte dos então acadêmicos Regina Gondim, Vamireh Chacon, Nelson Saldanha, Gláucio Veiga e Pinto Ferreira, só para citar alguns.

Os alunos que compõem hoje o Conselho Diretor da *Estudantes-Caderno Acadêmico*, humildemente, têm o desafio de se incorporarem a tão ilustre quadro de juristas e professores, bem como, de manterem o entusiasmo, o espírito de retomada desta obra, representativa da participação sempre marcante dos estudantes durante os 172 anos desta Antiga Academia.

Na certeza deste ideário, a Revista pulsa, reiterando a gratidão ao seu colendo Conselho Editorial, sem o qual ela não existiria nem teria o valor hoje reconhecido, à nossa histórica biblioteca e ao acadêmico André Meira pela elaboração desta obra.

Por fim, registra-se a homenagem a dois antigos alunos desta Casa: Ruy Barbosa e Joaquim Nabuco. Ambos nascidos em 1849 e formados em 1870. Ruy em São Paulo e Nabuco em Recife.

Os dois conviveram nas duas academias em uma época de ouro, tendo como colegas Castro Alves, Tobias Barreto, Rodrigues Alves, Sílvio Romero. Abolicionistas e monarquistas, pelo menos durante parte da vida, são orgulho para as duas escolas que os tiveram, apenas como alunos, não como professores efetivos e **nunca como ex-alunos**. A eles a nossa lembrança pelo sesquicentenário de nascimento, homenagenado-os, sem dúvida, estamos reverenciando a cultura jurídico-política nacional.

André Melo Gomes Pereira
Secretário-Geral do Núcleo de Estudos Acadêmicos

Http://www.cefir.org.uy/docs/dt04/15remir2.htm, 20 de abril de 1998. Para Artigos de revistas: Autor do artigo (sobrenome em letras maiúsculas), Título do Artigo, Título da Revista (sublinhado), Cidade em que a revista foi editada, Volume (se houver), Número, Ano e página. Ex.: VEIGA, Gláucio. Teoria do Ensino e Avaliação Docente. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. Recife. No. 7, 1995, p. 121.

3. Os trabalhos artístico literários devem conter entre uma e dez laudas (seguindo o mesmo padrão dos itens 1, 2 e 3);
4. Os originais devem ser encaminhados ao Conselho Diretor, digitados em duas vias (acompanhados do respectivo disquete);
5. Na primeira página deve constar informação sucinta sobre a formação e vinculação meramente acadêmicas do autor;
6. O não cumprimento destas exigências poderá acarretar exclusão liminar do trabalho.
7. Os trabalhos entregues fora do prazo acima referido, serão submetidos ao conselho editorial apenas para o próximo número da Estudantes-Caderno Acadêmico.

David Ribeiro Dantas
Membro do Conselho Diretor

ESTUDANTES

EDITAL No. 01/99

O Conselho Diretor da Estudantes-Caderno Acadêmico faz saber que se encontra aberto o prazo para recebimento de trabalhos para publicação neste periódico.

Os trabalhos deverão ser entregues até 17 de setembro de 1999 na Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife ou remetidos através dos Correios (com aviso de recebimento – AR) para o endereço: *Praça Adolpho Cirne, s/n, Faculdade de Direito do Recife – Sala do DADSF – Recife – PE.*

A ESTUDANTES-CADERNO ACADÊMICO destina-se à publicação de trabalhos científicos (jurídicos e áreas afins) de autoria de alunos da graduação.

1. Os trabalhos científicos devem conter entre duas e quinze laudas, fonte Times New Roman – 13 (WORD 97 ou inferior), margem padrão (Superior: 2,5 cm; Inferior, 2,5 cm; Esquerda, 3 cm; Direita, 3 cm; Mediatriz, o cm; Cabeçalho, 1,25 cm; Rodapé, 1,25 cm; Tamanho do Papel, A4; Retrato);
2. Notas devem vir ao pé de página (Times New Roman – 11) e devidamente numeradas. As citações devem seguir o seguinte modelo: Para livros: Autor (sobrenome em letras maiúsculas), Título da Obra, Volume (se for o caso), Edição (caso não seja a primeira), Cidade em que a obra foi editada, Editora, ano e página. Ex.: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. II: Processo de Execução e Processo Cautelar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 263. Para Coletânea de Estudos: Autor do Artigo (sobrenome em letras maiúsculas), Título do Artigo, *in*, Coordenador - ou organizador ou diretor etc. – da obra (sobrenome em letras maiúsculas), Título da obra (sublinhado), Volume (se for o caso), Edição (caso não seja a primeira), Cidade em que a obra foi editada, Editora, ano e página. Ex.: ROSAS, Roberto. Controles das empresas públicas e sociedades de economia mista *in* WALD, Arnoldo (coord.). O Direito na Década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Helv Lopes Meirelles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 184. Para textos retirados da Rede Mundial de Computadores - INTERNET: Autor (sobrenome em letras maiúsculas), Título do texto, *Homepage*, Data do *download*. Ex: REMIRO BROTONS, Antonio. Cumplimento de Obligaciones y Solucion de controversias en la Comunidad Europea.

CADERNO ACADÊMICO

INFORMAÇÕES, CRÍTICAS, COMENTÁRIOS E ENVIO DE TRABALHOS:

ESTUDANTES - CADERNO ACADÊMICO
Praça Dr. Adolpho Cirne, S/N - Faculdade de Direito do Recife - Sala do DADSF
Recife - Pernambuco

O SENTIDO JURÍDICO-POSITIVO DE UMA TEORIA DAS FONTES DO DIREITO

Silvia Regina Pontes Lopes (Aluna da Graduação do Curso de Direito da UFPE. Ex-Monitora da Disciplina Introdução ao Estudo do Direito II)

1. Introdução

A vaga noção de fonte com o controverso conceito do Direito torna possível a abordagem do tema *fontes do Direito* sob diversas perspectivas: sociológicas, filosóficas, jurídicas, dentre outras. No presente estudo, analisaremos o tema sob um enfoque jurídico-positivo, enfatizando a noção de fonte formal, que melhor expressa o aspecto cogente do Direito, ao determinar-lhe os centros irradiadores de normas jurídicas. Para tanto, determinar-se-ão as características fundamentais dessas fontes jurídico-positivas, posicionando-se acerca dos mais polêmicos assuntos que envolvem o tema, bem como oferecendo-se, ao longo da exposição, uma abordagem histórica, essencial à compreensão da evolução da teoria das fontes do Direto, cumpridora de uma importante função no Estado Contemporâneo.

2. A equivocidade da expressão "fonte do Direito"

A expressão "fontes do Direito" mostra-se pouco operacional em virtude das diversas significações que pode assumir. Isto se verifica por duas razões primordiais: a imprecisão semântica do vocábulo fonte e a dificuldade de se definir o Direito.

O senso comum tem o termo "fonte" como sinônimo de origem, gênese. Assim, existem inúmeros parâmetros de análise da origem do Direito: pode-se dar uma abordagem filosófica à expressão, concluindo-se que fonte do Direito é, por exemplo, a *natureza humana*, como fez Del Vecchio, ou o *espírito do*

povo, conforme Savigny, ou ainda a *solidarité sociale*, seguindo-se Léon Duguit; pode-se abordar, igualmente, a questão sob um paradigma sociológico, concluindo-se, por exemplo, como Del Vecchio ao estudar a equivocidade do termo, que o Direito provém da própria *experiência social*, e, mais especificamente, de um atrito das vontades individuais originadora de uma vontade social.

A expressão tomada, entretanto, em um sentido estritamente jurídico, caracteriza-se, igualmente, por um sem-número de significações. Desta forma, pode tanto se referir aos antigos escritos legais (*fontes históricas* ou de *conhecimento*), quanto à *autoridade criadora* do Direito, ou seja, aos órgãos de emanação normativa, como o Poder Constituinte e o Congresso Nacional, ou ainda ao *ato criador* do Direito, como o ato legislativo e o costume.[1] Pode, igualmente, ser tomada no sentido de *fonte de validade* do ordenamento jurídico, perquirindo-se, desta feita, a maneira pela qual uma norma qualquer passa a integrar o sistema jurídico, como fez Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, ao concluir que a fonte do Direito seria o próprio Direito[2]

Tradicionalmente, porém, costuma-se estudar, no universo jurídico, as fontes do Direito sob dois aspectos, um formal e outro material, o que leva à inevitável distinção entre *fontes formais* e *materiais* do Direito. Fontes materiais, igualmente denominada "reais", são todas as circunstâncias históricas, sociológicas e axiológicas determinantes do conteúdo das normas jurídicas. Desta feita, são o conjunto de *fatos* produzidos pelos diversos subsistemas sociais, como a cultura, a economia, a política, elevados ao *status* de fatos juridicamente relevantes, bem como o conjunto de *valores* existentes na sociedade fundamentais para o processo de decisão jurídica. Fontes formais são, a seu turno, as formas de revelação das normas jurídicas, como o costume e a lei.

No que concerne a estes dois últimos sentidos, que se mostram, conforme já dito, os mais comuns, deve-se fazer algumas ressalvas. A primeira delas concerne à impropriedade (alegada por alguns autores) da expressão "fonte formal do Direito". Certos juristas afirmam que, se estas fontes são as maneiras de expressão das normas jurídicas, ao se falar em fontes formais do Direito, chegar-se-ia à conclusão de que a fonte do Direito é o próprio Direito, considerando-se que este são as próprias normas jurídicas. Assim, preferem alguns autores adotar outras terminologias para designar os métodos de

[1] Cf. TORRÉ, Abelardo. Introducción al Derecho.10.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, pp..334-335.

[2] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad . Portuguesa. 3.ed. São Paulo: Martins Fonseca, 1997, *passim*.

exteriorização das normas jurídicas, tais como *modalidades do Direito Positivo*[3] ou *formas de expressão do Direito*[4].

Já outros conceituam as fontes formais e materiais de maneira distinta da mencionada. Tal é o caso, por exemplo, de Carlos Cossio, para quem só há de se falar em *fonte formal-material* e *fonte material* do Direito. Para Cossio, as fontes do Direito são fatos que expressam a acepção comunitária de um sentido geral. O juiz, quando da aplicação do Direito, procurará sempre alcançar uma objetividade lógica e axiológica. A objetividade lógica constitui a correta adequação da *fattispecie* normativa ao caso *sub judice*, ao passo que a axiológica é a aplicação do Direito, respeitando-se tanto os próprios valores configurados nas normas, quanto aqueles eleitos pela comunidade, mas sem previsão normativa. Assim, sempre que um fato determinante de um sentido geral estiver previsto numa norma, dizemos que é fonte formal-material do Direito. *A contrario sensu*, caso não possua expressão normativa, é apenas fonte material do Direito. Assim, como todo sentido geral expressa um valor, não existem fontes exclusivamente formais do Direito, mas sim formal-materiais ou simplesmente materiais.[5]

Interessante e peculiar é o posicionamento doutrinário assumido por Miguel Reale acerca da distinção entre fontes formais e materiais do Direito. Segundo o eminente jurista, no âmbito da Ciência do Direito, não há de se distinguir entre fontes formais e materiais do Direito. No universo de perquirição do jurista, as fontes do Direito são apenas as tidas como formais. As demais devem ser objeto ou da Filosofia do Direito, ao investigar as razões axiológicas últimas da determinação de certo conteúdo normativo, ou da Sociologia do Direito, quando da análise dos fatos sociais que motivaram a produção das normas jurídicas. Estes fatores axiológicos e sociológico tomados conjuntamente concerniriam a uma mera questão de política legislativa, fora do âmbito, portanto, da Ciência do Direito. Espantosa é a posição doutrinária do autor da teoria tridimensionalista do Direito, que, nesta matéria, busca uma pureza jurídica epistemologicamente semelhante à almejada por Hans Kelsen. É, indubitavelmente, um posicionamento "estranho", pois ao analisar-se a obra

[3] Cf. TORRÉ, Abelardo. Introducción al Derecho. 10.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, p.339.

[4] FRANÇA, Rubens Limongi. As formas de expressão do direito. **In:** Manual de Direito Civil, *apud* MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 21.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.325.

[5] COSSIO, Carlos. *Apud* AFTÁLIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José. Introducción al Derecho.2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, p.633-643.

de Reale, verifica-se que ele sempre considera o fato, os valores e as normas elementos essenciais, para a compreensão do fenômeno jurídico.

A par destas divergências, porém adotando a definição tradicional de fonte formal e material do Direito, interessante se faz observar a análise comparativa que o eminente jurista Tércio Sampaio Ferraz Júnior realiza sobre o tema. Segundo o autor, a fonte material sempre se relaciona com algo *dado*, ao passo que a fonte formal, com algo *construído* a princípio a partir deste dado. Entretanto, na realidade, observa-se que nem sempre o construído baseia-se no dado. Tal ocorre quando, por exemplo, cria-se uma lei que não seja condizente com os valores sociais. Pondo-se em pé de igualdade as fontes formais e as materiais, a dicotomia pode comprometer até mesmo a noção de unidade do ordenamento jurídico, daí porque se observa que, enquanto certos teóricos acentuam o papel das fontes materiais em detrimento das fontes formais, outros realizam o oposto.[6] Exemplo desta última tendência pode ser verificada com as teorias de Direito Público elaboradas no século XIX, para quem a única fonte do Direito seria o *ato jurídico* ou ainda na moderna concepção de Hans Kelsen para quem a única fonte do Direito é o próprio Direito.[7]

Estabelecidas, pois, algumas das maiores controvérsias que cercam a significação da expressão "fontes do Direito", bem como seu sentido mais usual (fonte formal e material), faz-se mister estabelecer a razão da tamanha "ênfase científica" que vem contemporaneamente assumindo a(s) teoria(s) das fontes do Direito.

3. O Papel de uma Teoria das Fontes do Direito

Apesar de, a princípio, "a equivocidade ou pluralidade de significações do termo 'fonte de Direito' fá-lo parecer como juridicamente imprestável"[8], a moderna teoria das fontes, ou melhor dizendo, as modernas teorias das fontes jurídicas, uma vez que a matéria se apresenta profundamente controversa, cumprem um importante papel na racionalização do fenômeno jurídico.

Pode-se afirmar que, pela primeira vez, deu-se importância ao tema no período de consolidação do Estado Burguês, no século XIX, quando foram observadas a ascensão de certos valores, como segurança e igualdade,

---

[6] Cf. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direto. 3.ed. São Paulo: Atlas S.A, 1990, pp.200-202.

[7] Cf. REALE, Miguel. Fontes e Modelos Jurídicos: para um novo paradigma hermenêutico. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, pp.1-29.

[8] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad . Portuguesa. 3.ed. São Paulo: Martins Fonseca, 1997, p.259.

responsáveis pela decadência de uma dominação legitimada pela tradição e/ou pelo carisma (para utilizarmos a linguagem weberiana), e a concomitante ascensão de uma dominação cujo fundamento legitimador era a lei. Só neste último caso "se desenvolve, como centro crucial de preocupação, uma teoria das fontes do direito"[9]. Isto se dá, porque, no Estado Burguês, a perquirição acerca de origens e formas de manifestação do Direito não se configurava pura especulação teórica, mas sim uma necessidade operacional de racionalização do Direito para sua aplicação e conhecimento com o intuito de erigir aqueles novos valores.

Pode-se identificar, desta forma, duas funções fundamentais assumidas pela teoria das fontes do Direito no Estado Moderno: a delimitação do campo de atuação estatal na sociedade e a determinação dos modos de criação e inserção de normas na ordem jurídica.[10]

Traçadas as funções, interessante se faz observar o desenvolvimento da teoria das fontes (formais) do Direito nestes dois últimos séculos. Iniciaremos com a *Escola da Exegese*, que, marcada pela ideologia liberal-burguesa, eleva a lei como única fonte do Direito. Esta escola, com seu racionalismo exacerbado, defendia ser o legislador capaz de elaborar todo o Direito, prevendo, desta forma, todas as situações que deveriam ser, por uma determinação axiológica, juridicamente relevantes. Acreditava-se, assim, na plenitude da ordem legal, desprovida de lacunas. Retrata-se, desta forma, a era da *codigomania*, com o surgimento de expressivas obras legislativas modernas, como o Código de Napoleão.

Observa-se, posteriormente, a ascensão da *Escola Histórica*, cujo principal expoente foi Savigny. Para o grande jurista alemão, a verdadeira fonte do Direito é o *Volksgeist* (espírito do povo). Esta seria, na designação moderna, a fonte material do Direito, pois determinaria todo o conteúdo das normas jurídicas. O *Volksgeist* manifestar-se-ia, basicamente, através da lei e dos costumes, fontes formais do Direito, que teriam como papel primordial o de revelar o Direito já predeterminado pelo espírito do povo. Esta escola inova ao elevar o costume à condição de fonte do Direito, conferindo-lhe um papel até mesmo mais significativo do que a própria lei, pois, estaria em contato "direto" com o espírito do povo. Savigny teve por mérito o fato de haver ampliado o rol, até então bastante restrito, das fontes do Direito. É freqüentemente

[9] FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direto. 3.ed. São Paulo: Atlas S.A, 1990, p.202.

[10] Cf. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direto. 3.ed. São Paulo: Atlas S.A, 1990, p.204.

criticado, entretanto, por não haver determinado com clareza o conceito do espírito do povo.

Foi graças a François Gény, expoente da *Escola da Livre Investigação Científica*, que a teoria das fontes do Direito foi, pela primeira vez, sistematizada, sendo esta sistematização a maior contribuição do mestre à Ciência e Filosofia do Direito. Gény concebia como fonte material do Direito a *natureza positiva das coisas* e como fontes formais a lei (fonte primária), o costume (apenas o *secundum legem* e *praeter legem*), a autoridade (sinônima de doutrina e jurisprudência modernas) e a tradição (o mesmo que a doutrina e jurisprudência antigas). Observa-se, pois que o eminente jurista francês, ao ampliar sensivelmente o rol das fontes do Direito, enunciando-as de uma maneira brilhantemente inovadora e esquemática, abriu margem a discussões que até hoje estão veementemente presentes entre os juristas.

Existem, hodiernamente, várias teorias das fontes do Direito. Os retrógrados legalistas afirmam ser a lei a única fonte do Direito, posição esta que encontra atualmente poucos adeptos. Os intitulados normativistas, por sua vez, consideram, em geral, fontes do Direito a lei, o costume e, para uma facção deles, a jurisprudência. Já os realistas declaram que a única fonte do Direito é a jurisprudência, pois o magistrado, quando do exercício da função jurisdicional, pode interpretar a lei e os costumes como bem quiser, manipulando-os, assim, ao seu bel-prazer e, ditando, por conseguinte, o efetivo Direito. Paralelamente, outros erigem como fontes do Direito a lei, o costume, a jurisprudência e os contratos, traçando uma ordem preferencial entre eles, ao distinguirem as *fontes primárias* ou principais do Direito e as *secundárias* ou acessórias. Outros ainda acrescentam ao rol das fontes hodiernas a doutrina [11], posicionamento que, sendo deveras discutido, propomo-nos a analisar posteriormente.

Na verdade, a determinação das fontes (formais) do Direito não é algo que deva ser entendido em termos absolutos, não se tratando de um conjunto fixo de fontes válido em qualquer lugar e a qualquer tempo. De fato, a determinação das fontes do Direito, bem como do plexo de importância estabelecido entre elas varia em função das condições histórico-sociais de cada sociedade.

No Direito primitivo, não havia uma clara diferenciação entre normas jurídicas, religiosas, morais e costumeiras. Daí porque, nas sociedades primitivas, o Direito não era algo reflexivamente construído, mas sim um meio fato social. A sua única fonte era, pois, o costume e, mesmo com uma

[11] Cf. AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José. Introducción al Derecho.2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, p 757.

progressiva diferenciação da esfera jurídica, o Direito permaneceu uma ordem costumeira durante milênios.

Na antiga Roma republicana, as fontes básicas do Direito eram a jurisprudência, em primeiro plano, os costumes, e a doutrina, havendo períodos em que opiniões de certos doutrinadores ganharam força obrigatória. Com as invasões bárbaras e a decadência do Império Romano, surge a sociedade medieval, que conheceu, no âmbito jurídico, a ascensão do costume e do Direito Canônico como fontes primárias do Direito.

Posteriormente, com a progressiva ascensão da ideologia burguesa, a lei passa a assumir cada vez mais um papel preponderante como fonte do Direito, chegando a ser considerada a única fonte, notadamente quando da Revolução Francesa e do apogeu da ideologia liberal. Isto é válido se analisarmos a realidade européia continental, visto que o quadro jurídico anglo-saxão era distinto: nele, a lei continuava a assumir, como ainda assume hoje, um papel secundário diante da jurisprudência e dos costumes. Esta situação, provavelmente, deve-se ao próprio processo histórico inglês, já que a Inglaterra, anteriormente à Revolução Francesa, já houvera limitado os poderes reais através da ascensão do parlamentarismo como sistema de governo. Assim, para a queda do Estado Absolutista, desnecessária foi sua adesão ao movimento revolucionário de 1789 e, por conseguinte, a toda sua "ideologia jurídica", como a preconização de uma Constituição escrita, de um aparato legislativo que regesse o sistema jurídico em nome da segurança jurídica, da igualdade de todos perante as leis, dentre outros.

Em decorrência destas duas vertentes jurídicas surgidas com o Estado Burguês de Direito, encontra-se, na realidade ocidental hodierna, a coexistência de dois sistemas jurídicos diferenciados: o da *Common Law* ou anglo-saxão e o da *Civil Law* ou europeu continental. A despeito desta nítida diferenciação, observa-se que os dois sistemas vêm sofrendo influências recíprocas. Mas esta é uma questão que analisaremos mais adiante.

4. Reconhecimento de uma fonte formal do Direito

4.1- Obrigatoriedade: característica ou atributo?

Embora as discussões sobre a definição do Direito sejam inúmeras e de tão grande complexidade que não se chega a alcançar uma solução unívoca e esquematizada da questão, os juristas, em geral, continuam a averiguar as características do Direito. Assim, questiona-se se a coercitividade (ou coercibilidade, como é denominada por alguns) é uma característica do Direito,

isto é, faz parte de sua própria essência, ou lhe é um mero atributo. Esta questão mostra-se de suma importância ao desenvolvimento de nosso estudo, na medida em que nos permitirá averiguar a relação existente entre as fontes formais do Direito e o poder, bem como assumir um posicionamento definido acerca da determinação das hodiernas fontes de normas jurídicas.

Na verdade, a discussão sobre o papel da coercitividade para a existência do Direito é bastante antiga, remontando, inclusive, ao velho debate entre jusnaturalistas e juspositivistas.

Sabemos que a norma é um juízo, pois relaciona conceitos sob a égide de um elemento de cópula. Existem duas maneiras de se relacionar conceitos: utilizando-se o elemento copulativo do *ser* ou o do *dever ser*. Os primeiros são denominados juízos descritivos e os últimos, prescritivos ou, simplesmente, normas. As normas, assim, não encerram uma explicação da realidade, mas sim uma imputação de conduta. Para a constituição de uma norma, faz-se necessária, por conseguinte, a tomada de uma *decisão*. Existem várias espécies de normas: religiosas, morais, de uso, jurídicas, dentre outras. Verifica-se, assim, que norma é gênero, da qual jurídica é espécie. Mas o que a faz diferenciar das demais normas? Embora se possa identificar várias diferenças, verifica-se que a distinção fundamental refere-se ao efeito acarretado pela decisão tomada. A verdade é que uma decisão só originará norma jurídica enquanto tornar possível o exercício da coação (força) para se fazer cumprir ou para garantir uma sanção pelo seu descumprimento. Assim, a coercitividade ou possibilidade do emprego da coação é uma característica da norma jurídica que a diferencia de todas as demais.

Sabe-se que as normas jurídicas se expressam através das chamadas fontes formais do Direito. Estas fontes são apenas formas de manifestação de normas jurídicas e, como tais, faz-se mister que tenham como suporte uma esfera de poder de decisões coercitivas. Desta feita, "é necessário dizer algo mais sobre as fontes do direito, que são sempre estruturas normativas que implicam a existência de alguém dotado de *um poder de decidir* sobre o seu conteúdo, o que equivale a dizer *um poder de optar* entre várias vias normativas possíveis, elegendo-se aquela que é a declarada obrigatória"[12].

Desta feita, toda fonte (formal) do Direito pressupõem a existência de um poder de decidir de forma vinculante e obrigatória. Assim, como bem expressa o jurista Miguel Reale, "sendo o *poder* um *elemento essencial* e *consubstancial*

[12] REALE, Miguel. Fontes e Modelos Jurídicos: para um novo paradigma hermenêutico. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.11.

ao conceito de *fonte do direito*, esta se diversifica em tantas modalidades ou tipos quantas são as formas do *poder de decidir* na experiência social"[13]

Com base neste pressuposto, temos como principais fontes hodiernas do Direito a lei, o costume, a jurisprudência (incluindo-se nela a sentença isoladamente considerada, tanto judicial, quanto administrativa) e os contratos (nos quais se incluem os tratados internacionais), variando a importância de cada um deles, conforme se enfatizou anteriormente, em função do sistema jurídico considerado.

4.2- Doutrina: fonte formal do Direito?

A doutrina, que foi denominada por Savigny de Direito Científico, são, segundo bem expõe Garcia Maynez, "los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con las finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación"[14]

Do exposto, muito se questiona a condição da doutrina como fonte formal do Direito. A maior parte dos juristas, com muita propriedade, nega-lhe esta posição. Afirma-se, por exemplo, que a doutrina é "fonte material do Direito"[15] ou ainda uma espécie de "modelo hermenêutico"[16]. Ela seria, assim, um auxiliar do juiz e até mesmo do legislador em suas respectivas funções, uma vez que a opinião de renomados juristas sobre certos temas jurídicos mostra-se deveras respeitada pelos órgãos jurisdicionais e legislativos, embora não de maneira compulsória.

Interessante é o papel atribuído por Miguel Reale à doutrina. Conforme já se observou, segundo o eminente jurista, apenas há de se falar em fonte do Direito, não cabendo a distinção entre formal e material, pois, em sentido especificamente jurídico, fonte do Direito só é a que se denomina formal. Assim, a doutrina, que não deriva de um poder de obrigar, não poderia constituir fonte do Direito, emitindo, assim, meras opiniões sobre o fenômeno

---

[13] REALE, Miguel. Fontes e Modelos Jurídicos: para um novo paradigma hermenêutico. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.12.

[14] MAYNEZ, Garcia. Introducción al Estudio del Derecho. México, 1949, p.86, *apud* REALE, Miguel. Fontes e Modelos Jurídicos: para um novo paradigma hermenêutico. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.430.

[15] Cf. TORRÉ, Abelardo. Introducción al Derecho.10.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, p.430.

[16] Cf. REALE, Miguel. Fontes e Modelos Jurídicos: para um novo paradigma hermenêutico. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, *passim*.

jurídico, em geral, e a interpretação de normas, mais especificadamente. Estas opiniões não constituem, assim, modelos prescritivos, dos quais emanam normas, mas sim modelos *explicativos* de normas, desprovidos de força cogente. Desta feita, a doutrina é fonte de *modelos dogmáticos* ou *hermenêuticos*, não de Direito.[17]

Ainda segundo Reale, os modelos dogmáticos, elementos exclusivamente utilizados no âmbito do Direito, buscam determinar o conteúdo das normas jurídicas. Entretanto, nem tudo que auxilia na interpretação de uma norma pode ser tido por modelo hermenêutico, pois, como todo modelo, ele pressupõe uma organização estrutural, da qual certos enunciados e princípios são desprovidos. Igualmente, nem mesmo todos os esquemas metodológicos hermenêuticos podem ser considerados métodos jurídicos de interpretação, uma vez que muitos são utilizados também por cientistas como forma de explicação de um determinado fenômeno. Tal é o caso, por exemplo, da indução ou da dedução, que podem ser utilizadas para a compreensão de uma norma, mas que poderá, igualmente, ajudar a compreender a realidade natural. Reale enumera, assim, os modelos jurídicos hermenêuticos em categorias, a saber os modelos jurídicos de caráter metodológico, axiológico, supletivos ou complementares. A doutrina, neste quadro, inclui-se.

Existem juristas, entretanto, que consideram a doutrina como fonte formal e material do Direito. Tal é o caso, por exemplo, de Enrique Aftalión e José Vilanova, que distinguem a noção de fonte do Direito (até mesmo as formais) da idéia de obrigatoriedade das fontes. Estes juristas adotam a definição cossiana de fonte do Direito, segundo a qual, conforme já analisamos, as fontes seriam todos os fatos que expressam sentidos gerais. Assim, a doutrina, bem como as normas e os valores, manifestaria sentidos gerais sobre os quais poderiam o magistrado e o legislador criar o Direito.

Defendem estes juristas que a obrigatoriedade é tão-somente um atributo da fonte, não se podendo nem mesmo falar de sua obrigatoriedade em termos absolutos. Assim, a lei, o costume e a jurisprudência não seriam absolutamente obrigatórios, uma vez que o juiz poderia julgar, por exemplo, contra a lei. O que se propõe é apenas a existência de um grau de obrigatoriedade entre as fontes, as quais subsistem, mesmo sendo desprovida de força cogente. Do exposto, a doutrina seria uma fonte formal-material do Direito, uma vez que tanto determinaria os casos de incidência normativa, quanto os valores em pauta.

---

[17] Cf. REALE, Miguel. Fontes e Modelos Jurídicos: para um novo paradigma hermenêutico. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, *passim*.

Este posicionamento é, entretanto, passível de críticas. Em primeiro plano, porque adota um sentido extremamente amplo da expressão fonte do Direito, sendo, desta maneira, pouco operacional. Em segundo lugar, mostra-se equivocado, ao afirmar que as fontes consideradas formais, quais sejam: a lei, o costume, a jurisprudência e os contratos, têm obrigatoriedade relativa, porquanto pode o juiz decidir contra elas. Observa-se, entretanto, que, ao julgar o magistrado *contra legem*, por exemplo, não se pode afirmar que a lei foi "rejeitada" e, portanto, não é obrigatória. Na verdade, não há de se falar que a norma não utilizada foi *fonte* do Direito do caso concreto analisado. A rigor, a fonte formal do Direito para o caso *sub judice* foram outra(s) norma(s) ou princípio(s) sobre os quais o juiz se baseou para prolatar sua sentença, visto que, para decidir, sempre deverá utilizar uma argumentação dogmática, que pressupõe a inegabilidade dos pontos de partida. Assim, a relatividade em jogo não diz respeito à *força* da fonte do Direito, mas sim ao seu *alcance*. Entendido, pois, que a doutrina não é, *hodiernamente*, fonte (formal) do Direito.

Na verdade, na antiga Roma, a doutrina chegou a ser elevada ao *status* de fonte de Direito. Tal ocorreu, por exemplo, no governo do Imperador Augusto, que deu à opinião dos jurisconsultos Papiano, Paulo, Ulpiano, Gaio e Modestino condição de fonte formal do Direito quando se manifestasse sobre casos concretos. Criou, assim, o postulado do *jus respondendi ex auctoritate principis*, reconhecendo autoridade aos jurisconsultos dotados de *jus publice respondendi*. O imperador Adriano deu continuidade a esta prática e ainda ampliou as hipóteses de obrigatoriedade das opiniões daqueles indivíduos, que não precisariam mais referir-se a casos concretos para ser obrigatória. Mais tarde, criou-se, para se vencer as controvérsias entre os doutrinadores, a chamada Lei das Citações de Teodósio II e Valentino III, dando-se obrigatoriedade à opinião de Papiniano, sendo revogada, posteriormente, por Justiniano.

Apesar de a doutrina não mais ser, atualmente, fonte de expressão de normas jurídicas, mas, em parte, mera explicação destas, não se pode negar a importância por ela assumida, uma vez que, malgrado não ser dotada de prescritibilidade (ao menos cogente), "é tarefa da doutrina esclarecer a significação das fontes do direito".[18]

5. Análise da lei, do costume e da jurisprudência como fontes formais do Direito

[18]REALE, Miguel. Fontes e Modelos Jurídicos: para um novo paradigma hermenêutico. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.107.

5.1- A lei

Discutem os juristas a origem etimológica do vocábulo lei: uns acreditam que provenha do latim *legere* (ler) e outros *ligare* (ligar). A maioria opta, entretanto, pelo primeiro vocábulo, afirmando haver surgido a lei da diferenciação de um direito não escrito (*jus non scriptum*), nascido difusa e espontaneamente, ou seja, o costume, de um direito reflexivamente elaborado (*jus scriptum*), isto é, a própria lei. Alguns, entretanto, ainda consideram que o vocábulo remonta à idéia de ligação ou vinculação de vontades.

É sabido que a palavra lei é, originariamente, um vocábulo jurídico, mas que foi posteriormente utilizado em outras áreas do saber humano. Assim é que a lei passou a ser tomada com o sentido genérico de "relação existente entre fatos ou grupos de fato".[19] Desta forma, adquiriu as acepções de *lei natural*, que estabelece relações necessárias entre os acontecimentos naturais (leis físicas, químicas, etc); *lei sociológica*, que relaciona fatos sociais não enquanto devem ser, mas enquanto são e de *norma*, dentre as quais uma das espécies seria a norma jurídica, que engloba também as leis jurídicas em seu sentido estrito.

A lei já foi considerada, conforme se observou *supra*, a única fonte do Direito. Tal se deu com a ascensão do racionalismo burguês, que engendrou um intenso processo de codificação e de crença na plenitude da ordem legal. Apesar de só ter passado a ocupar um papel fundamental para o Direito com o a ascensão do Estado Moderno, o fenômeno legal é bastante antigo. Desde primórdios tempos, esteve presente, por exemplo, na Babilônia, com o Código de Hamurábi; na Índia, com o Código de Manu; em Roma, com as Leis das Dozes Tábuas. Hodiernamente é, no sistema da *Civil Law*, a principal fonte do Direito, possuindo como vantagens o maior grau de certeza e segurança que proporciona se comparada às demais fontes formais do Direito.

Mister se faz diferenciar a lei das demais fontes de expressão normativa. Caracteriza-se, basicamente, por ser uma *norma geral escrita* elaborada por um *órgão* dotado de poder de legislar através de um *processo* previamente determinado. A doutrina costuma classificar estes seus elementos em *instrumental*, *material* e *formal*.[20] O elemento instrumental da lei é a sua manifestação escrita, sem a qual não existiria. A elaboração de acordo com um processo prefixado no sistema e por uma autoridade competente são seus elementos formais, ao passo que a condição de norma geral é seu elemento

[19] TORRÉ, Abelardo. Introducción al Derecho. 10.ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1991, p.348.

[20] Cf. MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 21.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.332-333.

material. Assim, a ausência de um desses fatores implica a inexistência da lei no sentido pleno da palavra.

Diz-se de uma norma jurídica geral aquela que, regulando condutas em interferência intersubjetivas, refere-se a todos os cidadão (universalidade absoluta), a apenas partes deles por se referir a condições que tão-somente alguns cidadãos possuem (universalidade relativa) ou a apenas um cidadão através de seu cargo ou função. Assim, uma lei que se refira especificamente e nominalmente a um indivíduo é tão-somente lei formal, mas aquela que obrigue o Presidente da República (isto é, qualquer pessoa que esteja ocupando este cargo) a ter certo comportamento é uma lei geral, pois a generalidade não se refere ao número de sujeitos obrigados pela lei, mas sim à objetividade de critérios na determinação desses sujeitos. A lei que declare a utilidade pública de uma certa instituição é, assim, lei apenas em sentido formal. Da mesma maneira, não regulando conduta em interferência intersubjetiva, não há de se falar com propriedade em lei e, nem mesmo, em norma jurídica. Desta forma, a famosa e antiga disposição constitucional francesa que determinava acreditarem os franceses na imortalidade da alma não é lei em sentido material, mas apenas lei formal, pois seu conteúdo nem mesmo jurídico é. Assim, não estando presente o seu elemento material (a lei não constitui uma norma geral por se referir nominalmente a uma pessoa ou grupo de pessoas ou por não regular condutas em interferência intersubjetiva), diz-se que é apenas lei em sentido formal ou, tão simplesmente, lei formal.

A contrario sensu, uma norma jurídica que, em sendo escrita e geral, não foi elaborada mediante um processo legislativo, é denominada lei em sentido material ou tão-somente, lei material. Tal é o caso, por exemplo, dos regulamentos administrativos, editados pelo Poder Executivo.

As leis guardam entre si uma gradação hierárquica, a saber: em primeiro lugar está a legislação constitucional, posteriormente, as emendas constitucionais, em seguida, as leis complementares, às quais se seguem as leis ordinárias, delegadas, medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções.

Interessante é observar que, mesmo em países que adotam o sistema jurídico da Common Law, vem a lei assumindo maior importância como fonte de Direito. Isto se dá, sobretudo, em virtude de que as grandes transformações econômicas e sociais por que vêm passando as sociedades modernas precisam de regulamentação que não pode ficar à mercê de uma manifestação jurisdicional apenas diante de um caso concreto.[21]

[21] Cf. AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José. Introducción al Derecho.2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, pp. 683-684.

5.2- O costume

O costume é a mais antiga das formas de expressão normativa. O ordenamento jurídico dos povos primitivos, como é sabido, se confundia com seu ordenamento costumeiro. Com o desenvolver da História, no entanto, o costume passou a dividir seu *status* de fonte formal do Direito com outras esferas normativas, chegando até mesmo a conhecer uma fase de total negação desta sua condição, o que se deu com a ascensão da idéia de exclusividade da lei como fonte normativa, nos séculos XVIII e XIX. Na era moderna, a Escola Histórica foi responsável pelo reavivamento dos costumes como fonte de Direito.

A rigor, o costume pode ser tanto fonte formal quanto material de Direito. Será fonte material quando o conteúdo de uma norma jurídica nele for inspirado. Tal ocorre, por exemplo, quando, baseado no costume vigente, cria-se uma lei que o reafirme. Neste caso, a lei será fonte formal do Direito e o costume, fonte material. Apesar de baseada nos costumes, a lei passa a ter uma existência autônoma, pois, mesmo que o costume desapareça, não perderá a norma legal sua validade.

O costume jurídico diferencia-se em inúmeros aspectos da lei. Quanto à *elaboração*, observa-se que, enquanto o costume surge difusamente, de tal modo que não se pode identificar quando e por quem foi elaborado, a lei é criada por um órgão determinado através de um procedimento pré-fixado, daí porque é dotada de maior certeza e segurança. Observa-se, do exposto, que, como o costume não é dotado de alto grau de certeza, muitas vezes precisa ser provado por quem o alega para ser reconhecido em juízo.

Quanto à forma de *revelação*, verifica-se que, enquanto a lei é sempre escrita, o costume é originariamente não escrito. Trata-se da antiga dicotomia romana entre o *jus scriptum* e o *jus non scriptum*. Cabe ressaltar, entretanto, que o costume poderá ser compilado para que sua existência passe a ser por todos conhecida. O fato de passar a ser escrito, porém, é apenas um meio de prova de sua existência, o que não faz com que ele perca sua condição de costume. Antigas e famosas são as compilações costumeiras *Consuetudines* de Gênova, realizada em 1506, e *Constitutum Usus* de Pisa, elaborada em 1161. Hodiernamente, os costumes são consolidados e publicados por órgãos administrativos para que sejam por todos conhecidos.

A lei e o costume também se diferenciam em função da relação que mantêm com as noções de *validade*, *vigência* e *eficácia*. Todo costume vigente, ou seja, que pode ser tomado como ponto de partida na argumentação dogmática,

é, necessariamente, eficaz. Assim, só será também válido se for eficaz, o que não significa dizer que todo costume eficaz é juridicamente válido, pois, para que possa pertencer à ordem jurídica, necessário se faz que não esteja em contradição com normas juridicamente superiores. Entretanto, é condição de sua validade a sua eficácia, pois sem eficácia não há de se falar nem mesmo em costume (trata-se de costume inexistente e, por conseguinte, o que não existe não pode ser considerado válido ou inválido).

Já com a lei ocorre o oposto, pois, para que seja válida e vigente, não é preciso que seja eficaz. A lei é válida tão simplesmente se não se choca nem materialmente, nem formalmente com uma norma a ela superior. Em sendo válida e findo a *vacatio legis* (caso haja) será a lei vigente, isto é, poderá ser tomada como ponto de partida na argumentação dogmática. Raciocínio análogo deve ser considerado na determinação do fim da vigência da lei e do costume. Enquanto este deixa de ser vigente quando se torna ineficaz, ou seja, pelo desuso, aquela só perde sua vigência quando se torna inválida, isto é, quando é revogada.[22]

No exclusivo plano da validade, outra significativa diferença é que, enquanto com relação à lei existe sentido em se discutir sua validade formal, no costume, esta noção torna-se vazia, visto que ele brota, conforme já se observou, espontaneamente do meio social, não estando preso a nenhum procedimento específico de formação para ser recepcionado pelo ordenamento jurídico.

Analisadas as principais diferenças entre a lei e o costume, deve-se perquirir as maneiras de reconhecimento de um costume *jurídico*, analisando-se, em primeiro plano, o conceito de costume e, em seguida, o da espécie costume jurídico.

O costume origina-se de uma repetição de conduta à qual se acrescenta a convicção de sua obrigatoriedade. Assim, o costume é dotado de dois elementos: um elemento material ou objetivo, isto é, a reiteração da conduta, e um elemento espiritual também chamada de *opinio necessitatis*, ou seja, a crença na sua necessidade e na sua conseqüente obrigatoriedade. Este último elemento, aliás, é o que distingue os costumes dos meros usos sociais, que são formados apenas por uma repetição de comportamento.

Muito se questiona o fundamento desta *opinio necessitatis*. Savigny já afirmava que o fundamento da obrigatoriedade de todo o Direito seria o *Volksgeist*, noção imprecisa, vaga e que, portanto, pouco explica. Alguns

[22] Miguel Reale, em sua obra Lições Preliminares de Direito. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, trata desta questão em termos de vigência e eficácia. Tomamos a liberdade de estender a argumentação para o âmbito da validade.

afirmam que seria a expectativa de um sanção pela inobservância da prática, o que constitui um fundamento tautológico, pois está-se querendo explicar o antecedente pelo seu conseqüente. Outra corrente ver a *opinio necessitatis* fundamentada em um consenso social, isto é, na aceitação geral, expressa ou tácita, daquela prática reiterada como necessária.[23]

Definido o costume, deve-se perquirir o momento em que passa à condição de jurídico, uma vez que existem costumes *secundum legem*, isto é, aqueles aos quais a lei faz expressamente menção, *praeter legem*, ou seja, aqueles que, embora a lei não mencione, não a afrontam, e os costumes *contra legem*, isto é, os que a ferem.

Muito expressiva é a afirmação de Miguel Reale: "um costume adquire a qualidade de *costume jurídico* quando passa a se referir *intencionalmente* a valores do Direito, tanto para realizar um valor positivo, considerado de interesse social, como para impedir a ocorrência de um valor negativo, de um desvalor"[24] Assim, para integrar a ordem jurídica, é necessário que ele encontre seu fundamento de validade no próprio ordenamento. Isto não quer dizer que deva haver uma norma que se refira expressamente ao costume para que se torne jurídico. Absolutamente. O costume pode, por exemplo, estar conforme um princípio do Direito ou ainda um valor jurídico, caso em que se poderá mobilizar o aparato judicial para se tê-lo cumprido. Desta forma, a mera consciência de obrigatoriedade da conduta reiterada não basta para conferir ao costume a qualidade de jurídico. É necessário, pois, que ele realize um valor jurídico para que possa integrar o ordenamento, podendo ser, assim, alegado judicialmente.

Do exposto, infere-se que todo costume *secundum legem* é jurídico, pois encontra seu fundamento de validade na própria lei. Por outro lado, nem todos os costumes *praeter legem* são jurídicos, pois podem não se reportar a nenhum valor consagrado em princípios ou normas do Direito, sendo, portanto, um irrelevante jurídico. É válido lembrar que nem sempre se aceitou o costume *praeter legem* como fonte do Direito, mas tão-somente o *secundum legem*. A Escola da Livre Investigação Científica foi uma das principais responsáveis pela admissão do costume *praeter legem* como fonte formal do Direito. Em nosso ordenamento, é pacífica a sua aceitação, principalmente quando se depara com

[23] Cf. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direto. 3.ed. São Paulo: Atlas S.A, 1990, 217-219. O jurista é adepto à última tese, por ele chamada de processo de institucionalização.

[24] REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.158.

o art.4º da LICC, o qual ordena que, em casos de lacunas legais, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.

Quanto à aceitação do costume *contra legem* como fonte de Direito, deve-se analisar cada ordem jurídica, pois algumas admitem-na expressamente e outras, não. Em nosso ordenamento, ele não poderá, a princípio, ser costume jurídico, a menos que se fundamente em um valor consagrado em norma superior à lei considerada, caso em que a lei, ao menos para uma determinada situação, terá sido revogada, mas não pelo costume, que lhe é, pelo nosso sistema jurídico, inferior, mas sim por aquela norma superior, que indiretamente impõe outra regulamentação à matéria.

Neste ponto, pois, é que se faz mister avaliar as questões do *desuetudo* e do *consuetudo abrogatoria*. Ambos possuem a mesma natureza, diferenciando-se tão-somente pela conduta positiva e negativa que pressupõem. O *consuetudo abrogatoria* é o costume de se praticar atos que firam frontalmente a lei. Já o *desuetudo* é o costume de não agir de certa maneira quando a lei assim o ordena. Desta forma, enquanto o primeiro caracteriza-se pela ação, o segundo se configura com a inércia. Entretanto, como se pode observar, ambos possuem o mesmo fundamento, a saber: o costume de desobedecer à lei. Muito se questiona a possibilidade de um costume *contra legem* revogar uma lei no Direito brasileiro. A grande maioria dos juristas, sabiamente, nega esta possibilidade, afirmando que, pelos princípios em nosso ordenamento reconhecidos, só pode haver a revogação de uma lei por duas vias: uma norma a ela superior a revoga implícita ou tacitamente (*lex superior derogat inferior*) ou ainda uma norma do seu patamar, porém posterior, fá-lo (*lex posteriori derogat anteriori*). Assim, como o costume está hierarquicamente subordinado à lei, não poderá revogá-la, a não ser que exista, no ordenamento jurídico de algum país que adote o sistema europeu continental, alguma disposição legal que prescreva contrariamente, caso não,previsto, entretanto, no Direito brasileiro.

Renomadas vozes surgem, entretanto, no sentido de admitir a possibilidade de revogação de uma lei por um costume, mesmo na *Civil Law*. Fazem-no sob o fundamento de que a validade de uma norma está condicionada a um mínimo de eficácia. Tal é o caso, por exemplo, de Clóvis Beviláqua, Carlos Maximiliano, Pontes de Miranda, Serpa Lopes, Wilson Batalha e de Hans Kelsen. Assim, afirma Serpa Lopes: "Uma lei pode impor tudo, menos a sua própria irrevogabilidade, e, embora ela prescreva, como medida de segurança, que a sua revogação só se pode dar em razão de lei escrita, a realidade, entretanto, é mais forte do que os preceitos"[25] Expressiva se

[25] LOPES, Miguel Maria de Serpa. Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil, V.I, N.39. 2.ed., 1959, *apud* VINAGRE, Marta. Costume: Forma de Expressão

mostra, igualmente, a assertiva de Wilson Batalha: "pode a lei desaparecer quando o ordenamento jurídico deixa ostensivamente de ser respeitado. Para que a ordem jurídica legislativa seja *eficaz*, não basta que seja *válida* ou *vigente*: é necessário um mínimo de observância (*circunstância de fato*)".[26]

Entretanto, pelo princípio da inegabilidade dos pontos de partida, sobre o qual se assenta a Dogmática Jurídica, toda e qualquer decisão jurisdicional deve se basear em norma ou princípio pertencente ao sistema jurídico considerado. Assim, o costume *contra legem* não encontra no sistema da *Civil Law*, em geral, respaldo no ordenamento jurídico, daí porque não poderá ser considerado fonte do Direito, e, por conseguinte, não poderá revogar uma lei a menos que exista na ordem considerada dispositivo que possibilite esta revogação ou ainda que a própria lei desobedecida tenha sido mediata ou imediatamente por outra norma jurídica revogada, caso em que não há de se falar em costume *contra legem*, uma vez que lei revogada não é mais lei.

5.3- A jurisprudência

O termo "jurisprudência" remonta ao latim *juris prudentia*, sendo concebido tanto como a própria Ciência do Direito (acepção anglo-americana), quanto como um conjunto de decisões jurisdicionais. Esta última acepção é adotada por todos os países que seguem o sistema jurídico europeu continental. Neste sistema, na verdade, o termo pode adquirir variadas acepções amplas e estritas, as quais cambiam em função de dois critérios: a concordância das decisões e o órgão de que estas emanam. No primeiro aspecto, jurisprudência *lato sensu* seria um conjunto de decisões jurisdicionais sobre uma mesma matéria concordantes ou discordantes. É nesta acepção que se pode, corretamente, falar em "uniformizar a jurisprudência". Já a jurisprudência em sentido estrito, seria um conjunto de decisões jurisdicionais com orientação uniforme, ou seja, que sob casos semelhantes tenha se expressado num único sentido. No que concerne ao órgão de que emana a decisão (uma vez que a função de dizer o Direito, embora seja primordialmente do Poder Judiciário, pode ser exercida, mesmo que subordinadamente, por órgãos administrativos) a jurisprudência pode ser tomada em sentido estrito, contemplando-se apenas as decisões

do Direito Positivo. Revista de Informação Legislativa. São Paulo. A.25, No.99, jul./set.1988, p.121.

[26] BATALHA, Wilson de Souza Campos. Lei de Introdução ao Código Civil. V.I. São Paulo: Max Limonad, p.624, *apud* VINAGRE, Marta. Costume: Forma de Expressão do Direito Positivo. Revista de Informação Legislativa. São Paulo. A.25, No.99, jul./set.1988, p.122.

proferidas pelo Poder Legislativo, e em um sentido amplo, abarcando decisões emanadas dos órgãos judiciários e administrativos. Neste estudo, consideraremos o termo em seu sentido mais estrito, a saber: o de conjunto de decisões jurisdicionais *uniformes* emanadas do *Poder Judiciário*.

Importante mostra-se o estudo da jurisprudência como fonte do Direito, para delimitar-se seu verdadeiro papel nos ordenamentos jurídicos hodiernos. Na antiga Roma republicana, a jurisprudência foi a principal fonte do Direito. Como é sabido, os romanos deixaram importantíssimos legados em matéria jurídica, os quais primordialmente não se manifestaram na esfera da teoria do Direito, mas sim no Direito criado em face de um caso concreto. Com a queda do áureo período republicano, a jurisprudência teve sua importância como fonte do Direito sensivelmente diminuída. Tal se observou, principalmente, no governo de Justiniano, que, no terceiro prefácio do Digesto, prescreveu como crime a prática da interpretação do *Corpus Juris Civilis*. Embora se saiba hoje que tal mandamento é, a rigor, impossível de ser cumprido, pois toda aplicação do Direito implica sua interpretação, quis-se, com este dispositivo, restringir o papel criativo da jurisprudência, preconizando-se uma interpretação meramente literal dos textos. Proibiu Justiniano, igualmente, o poder de se decidir meramente com base no precedente. Na Idade Média, principalmente entre os séculos XI e XV, assistiu-se à ascensão dos glosadores e pós-glosadores, que, com suas anotações ao *Corpus Juris Civilis*, fizeram ascender o argumento de autoridade em detrimento da inventividade dos órgãos jurisdicionais, tolhendo-lhes a importância. Ao cabo deste período, o destino da jurisprudência ocidental bifurcou-se, dando origem, hodiernamente, a dois sistemas diversos: a *Common Law* e a *Civil Law*.

No sistema do *Common Law* ou anglo-saxão, o Direito é primordialmente ditado pelos próprios órgão jurisdicionais. Assim, diz-se que a jurisprudência apresenta-se como a principal fonte de normas jurídicas. A rigor, entretanto, não se faz necessário que exista um conjunto de decisões uniformes para que a decisão torne-se vinculante, no sentido de que, se o caso concreto em pauta possuir características juridicamente relevantes semelhantes à decisão anteriormente proferida, está o juiz obrigado a decidir de igual maneira. Apenas um precedente judicial se torna fonte do Direito dos casos a serem julgados no futuro. Isto quer dizer que a instância da jurisdição que prolatou a sentença, bem como as suas inferiores, estão obrigadas a decidir conforme aquela decisão, desde que no caso em pauta, exista a mesma *ratio decidendi*. É o chamado *stare decisis*. Assim, como bem esclarece Jean Carbonnier, "*le sens général du système anglais est que toute décision rendue par une juridiction a désormais par elle-même (sans avoir besoin d'être consolidée par la répétition) valeur de règle obligatoire pour cette*

juridiction et les juridictions coordonnées. Aucun changement est désormais possible (le "stare decisis" a été introduit pour donner une rigidité, donc une sécurité au droit, tandis que, ce qui nous plaît dans la jurisprudence, c'est sa souplesse)".[27] Interessante se faz observar este último aspecto assinalado por Carbonnier sobre o sistema da *Common Law*, a saber: a de que o precedente judicial nunca perderá seu valor como Direito positivo. Uma vez proferida a decisão, ela se torna obrigatória para aquela instância jurisdicional e para as inferiores, não importando quão antiga seja.

Este é, sem dúvida, um aspecto que carrega consigo uma importante diferença axiológica e principiológica entre os dois sistema: enquanto no anglo-saxão, quanto mais antiga for o precedente, mais consagrado será, o romanístico valoriza prioritariamente a jurisprudência mais recente, transformando a anterior em mera fonte histórico-doutrinária.[28]

Entendido está, pois, que o precedente será sempre obrigatório, estando, inclusive, a decisão que o contrariar, sujeita à censura. Esta obrigatoriedade, entretanto, restringe-se aos casos juridicamente semelhantes, nos quais deverá, por conseqüência, haver a mesma *ratio decidendi*. Esta exigência faz com que o Direito anglo-saxão se enquadre à realidade considerada, adaptando-se aos novos tempos. Para considerar um caso juridicamente semelhante à outro, faz-se mister atentar para as situações a que se dá relevância jurídica em ambos os casos. Assim, se no caso concreto, existir outros fatores de relevância jurídica não presentes no precedente, este não o vinculará, o que possibilita o enquadramento da jurisprudência às expectativas axiológicas de seu tempo.

Importante, neste ponto, mostra-se o papel do magistrado da *Common Law*, pois a ele cabe a função fundamental de determinar os aspectos relevantes do caso analisado, bem como a existência ou não de algum precedente. Observa-se, assim, que no referido sistema, o magistrado é também legislador, proferindo uma sentença que traz efeitos jurídicos não apenas às partes nela envolvidas, mas a todas as pessoas sujeitas àquela jurisdição. Isto explica a

[27] CARBONNIER, Jean. Droit Civil, Introduction. 17.ed. Paris: PUF, 1988, p.247. "O sentido geral do sistema inglês é que toda decisão proferida por uma jurisdição possui, a partir daí, (sem necessidade de ser consolidada pela repetição) valor de norma obrigatória para esta jurisdição e para as suas coordenadas. Nenhuma mudança é, desde então, possível (o *stare decisis* foi introduzido para conferir uma rigidez, e, conseqüentemente, uma segurança ao direito, ao passo que, concomitantemente, o que nos agrada na jurisprudência, é sua flexibilidade" (tradução livre da autora).

[28] Cf. FERRO, Marcelo Roberto. A Jurisprudência como Forma de Expressão do Direito. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo. A.14. No.51., jan./março. 1990, p.95.

forma diversa de se encarar o órgão jurisdicional nos dois sistemas. Como bem assinala Tércio Sampaio Ferraz Júnior, "até hoje o juiz anglo-saxão não é considerado um mero funcionário da administração estatal, não tem uma carreira funcional como ocorre entre nós, sendo escolhido dentre os melhores advogados do país, para os quais a designação é vista como uma honra especial, que lhe confere grande prestígio."[29]

O sistema da *Civil Law* ou europeu continental é impropriamente chamado de romanístico. Sabe-se que a Roma Clássica, em seu apogeu, considerava a jurisprudência como principal fonte do Direito, assemelhando-se, assim, ao sistema que hodiernamente chamamos de anglo-saxão. Apenas no período de sua decadência, com a ascensão do Império, foi a jurisprudência perdendo importância para outras fontes do Direito. Desta forma, romanístico - no sentido de que provém de Roma - é, a rigor, o sistema *supra* analisado.

A jurisprudência possui, basicamente, duas funções na *Civil Law*: o de aplicar a lei, adaptando-a aos novos tempos e o de preencher suas lacunas.[30] Em ambos os casos, a jurisprudência mostra sua capacidade de criação do Direito. Mesmo no caso da aplicação da lei, ela sempre cria, pois, como se sabe, uma atividade pressupõe sempre a outra. Inúmeros são os exemplos do papel inventivo da jurisprudência, que chegou até mesmo a criar institutos jurídicos, tais como a *exceção de pré-executividade*, com o intuito de ampliar as possibilidades de defesa do réu num processo de execução, em nome do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, e a *dissolução parcial* das sociedades comerciais, em concordância com o também princípio constitucional de preservação da empresa e a despeito do velho Código Comercial de 1985, que só vislumbrava uma forma de dissolução, apelidada hodiernamente de total, dentre outras inúmeras criações. Concebeu, ademais, na época em que não se previa constitucionalmente o instituto do *habeas corpus*, a aplicação do mandado de segurança nas hipóteses de ilegítima ameaça à liberdade ou efetiva lesão a este direito. Desta forma, verifica-se como, mesmo no sistema europeu continental, a jurisprudência desempenha importantíssimo papel na criação do Direito.

Apesar de a *Civil Law* caracterizar-se pela supremacia da lei como fonte de Direito, o papel da jurisprudência não se mostra uniforme em todos os ordenamentos jurídicos que adotam tal sistema, daí porque o grau de discussões

[29] Cf. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direto. 3.ed. São Paulo: Atlas S.A, 1990, p.220.

[30] Cf. FERRO, Marcelo Roberto. A Jurisprudência como Forma de Expressão do Direito. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo. A.14. No.51., jan./março. 1990, p.95.

sobre a questão da jurisprudência como fonte de Direito varia em função do país considerado.

Diz-se que a jurisprudência, tida como um mero conjunto amorfo de sentenças, é sempre fonte de normas jurídicas individuais. A rigor, fonte de Direito, neste caso, são as sentenças, quer quando sejam produto da aplicação de uma norma jurídica geral, criando, por conseqüência, uma norma individual, dentre as várias possíveis, quer quando crie uma norma individual diante de uma lacuna da lei. Embora não se arvorando de um rigorismo terminológico adequado, pode-se afirmar que, neste sentido, é pacífico o entendimento de que a jurisprudência é sempre fonte particular de Direito.[31]

O ponto mais controverso, entretanto, mostra-se na consideração da jurisprudência como fonte de normas jurídicas gerais. Renomados juristas, chamados por Limongi França de *negativistas*, manifestam-se veementemente contra a colocação da jurisprudência como fonte formal de Direito. É o caso, por exemplo, de Clóvis Beviláqua, Orlando Gomes e Paulo Neto. Os denominados jurisprudencialistas, como Washington de Barros Monteiro, Vicente Rao, dentre outros, conferem-lhe, por sua vez, a plena condição de fonte formal do Direito, não pondo em questão seu valor.[32] Outros, a seu turno, assumem uma posição intermediária, afirmando que apenas em face de uma lacuna legal, a jurisprudência é fonte de Direito e que, nas hipóteses de previsão legal, a fonte seria a própria lei e não a jurisprudência, que seria um mero parâmetro interpretativo. A solução da controvérsia, entretanto, não está no *conteúdo da decisão*, mas sim em sua *força obrigatória*.

Sabemos que toda fonte formal do Direito pressupõe uma esfera de poder, sendo sempre dotada de obrigatoriedade. Assim, a jurisprudência só será realmente fonte de Direito (entendendo-se aqui de normas jurídicas *gerais*) se houver algum mecanismo que possibilite seu respeito pelas instâncias judiciais. Caso contrário, a jurisprudência assumirá o mesmo papel da doutrina, a saber: o de modelo interpretativo.

Nos ordenamentos jurídicos que prevêem a vinculação da decisão de tribunais superiores, através de certos mecanismos como, por exemplo, súmulas vinculantes ou recursos de cassação, clara está a posição da jurisprudência destes tribunais como fonte (geral) do Direito. Tal é o caso, por exemplo, de tribunais da Espanha, Argentina e, mais recentemente, do Brasil, com a previsão de súmulas vinculantes do STF.

---

[31] Cf. TORRÉ, Abelardo. Introducción al Derecho.10.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, pp.406-411.

[32] Cf. WOLKMER, Antônio C. A Jurisprudência no Brasil. Estudos Jurídicos. São Paulo. A.XVIII, No.42, 1985, pp.113-115.

Neste ponto, deve-se questionar a situação dos tribunais cujas decisões não vinculem de forma expressa e direta outras instâncias jurisdicionais. No referido caso, as jurisdições inferiores estão livres para decidir diferentemente das superiores. Esta liberdade, entretanto, embora *efetiva*, não expressa algo *definitivo*. Isto porque da decisão caberá recurso a um tribunal superior, o qual fará observar seu entendimento sobre a matéria. Não se pode dizer, porém, que aquela jurisprudência obrigue as instâncias inferiores a decidir em sua conformidade, e, por conseqüência, que é, a rigor, fonte de Direito (no sentido de determinar pontos de partida que por si só possam servir de suporte para uma argumentação dogmática). No caso, em pauta, portanto, a jurisprudência, embora possa ser obedecida, não obriga as outras instâncias. Distinta é, pois, a natureza da argumentação de uma sentença que se fundamente na decisão *vinculante* de um tribunal superior daquela que se refira a uma jurisprudência *não vinculante*: no primeiro caso, segue-se o entendimento, porque se é *obrigado* a fazê-lo (a jurisprudência é norma jurídica geral); já no segundo caso, segue-se a jurisprudência com a justifica de que com ela se *concorda*.

6. Conclusão

Em sentido jurídico-positivo, uma teoria das fontes do Direito referir-se-á às chamadas fontes formais do Direito, pois estas, como foco de expressão normativa, traduzem seu caráter cogente. Analisando-se, portanto, a noção jurídico-positiva das fontes, conclui-se que:

a) a doutrina não é fonte hodierna do Direito, mas mero modelo hermenêutico, justamente porque é desprovida de coercitividade;

b) a lei assume um patamar de importância variável, conforme se considere o sistema da *Civil Law* ou o da *Common Law*. Neste último, é hierarquicamente inferior aos costumes, sendo, portanto, mais ampla a possibilidade de sua revogação por normas costumeiras. Já naquele, por ser fonte primária de Direito, a lei, a princípio não poderá ser revogada pela *desuetudo* ou pelo *consuetudo abrogatoria*, a não ser que haja disposição legal prevendo o contrário;

c) uma norma costumeira não integra o ordenamento jurídico tão-somente pela consciência comunitária de sua obrigatoriedade, mas sim por se reportar a um valor consagrado pela própria ordem jurídica ou por haver uma norma que lhe faça mediata ou imediatamente menção. Infere-se, desta forma, que todo costume *secundum legem* é jurídico, nem todo costume *praeter legem* o é e que um costume *contra legem* não é, a princípio, jurídico;

d) a jurisprudência apenas será fonte de normas jurídicas gerais quando a própria ordem jurídica proporcionar mecanismos que tornem obrigatória as suas decisões aos órgãos jurisdicionais inferiores. Caso contrário, será simples modelo hermenêutico.

7. Bibliografia

7.1. Livros

1- AFTÁLIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José. Introducción al Derecho. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991. 1177p.

2- CARBONNIER, Jean. Droit Civil, Introduction. 17.ed. Paris: PUF, 1988.

3- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direto. 3.ed. São Paulo: Atlas S.A, 1990. 335p.

4- GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 480p.

5- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad . Portuguesa. 3. ed. São Paulo: Martins Fonseca, 1997. 427p.

6- MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito.21.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 620p.

7- PINTO, Fernando. Jurisprudência : Fonte Formal do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. 126p.

8- REALE, Miguel . Fontes e Modelos Jurídicos : para um novo paradigma hermenêutico. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 124p.

9- _____. Lições Preliminares de Direito. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 381p.

10- TORRÉ, Abelardo . Introducción al Derecho . 10. ed . Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991. 1028p.

7.2. Artigos de Revistas

1- FERRO, Marcelo Roberto. A Jurisprudência como Forma de Expressão do Direito. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo. A.14. No.51., jan./março. 1990, pp. 89-103.

2- FRANÇA, Rubens Limongi. Da Jurisprudência como Fonte Positivo. Revista da Faculdade de Direito. São Paulo : Universidade de São Paulo. V. LXVI, 1971, pp.201-222.

3- HEGENBERG, Leonidas. Normas e Leis. Convivum. São Paulo. A.XIV, No.1, 1975, pp.79-84.

4- REALE, Miguel. A Jurisprudência à Luz da Teoria Tridimensional do Direito. Revista Brasileira de Filosofia. São Paulo. V. XI, fase 41, jan./março, 1969, pp.3-18.5- VINAGRE, Marta. Costume : Forma de Expressão do Direito Positivo. Revista de Informação Legislativa. São Paulo. A.25, No.99, jul./set.1988, pp. 109-127.

6- WOLKMER, Antônio C. A Jurisprudência no Brasil. Estudos Jurídicos. São Paulo. A.XVIII, No.42, 1985, pp.111-123.

O CONCUBINATO ENQUANTO ENTIDADE JURIDICAMENTE PROTEGIDA

Roberta Fragoso de Medeiros Menezes (Acadêmica do 9ºPeríodo da UFPE - FDR,, ex-monitora de Introdução ao Estudo do Direito II, ex-pesquisadora Científica Bolsista do CNPq, 3° Lugar Prêmio Jovem Cientista Joaquim Amazonas 1997 e 1998)

Sumário: 1- Introdução; 2- Conceito- modalidades; 3- Histórico e desenvolvimento; 4- Aspectos jurídicos e sociais controvertidos quanto ao concubinato; 5- Conclusão; 6- Bibliografia

1. Introdução

Cada época histórica vive um complexo de normas que lhe são próprias: não desprezam o passado, não rompem com as tradições, mas modelam ou regulamentam os fatos humanos segundo as injunções de seu momento. Contingente como a vida, o Direito é igualmente mutável. Não pode o jurista olvidar que o material com o qual trabalha deve ser colhido em plena vida, ou seja, se a sociedade fosse estática, o Direito também seria, impondo assim à vida social um imobilismo incompatível com o senso evolutivo da civilização. Observa-se que a normatização do concubinato adveio como uma resposta às expectativas da sociedade. Segundo estatísticas de registro civil divulgadas em 1995 pelo IBGE, houve, entre 1980 e 1994, uma redução de 38% (trinta e oito) na taxa de nupcialidade; enquanto que em 1980 a taxa foi de 8 por mil, em 1994 ficou em 4,96 por mil[1]. Estima-se, em contrapartida, que pelo menos um terço de todos os casais brasileiros nunca tenha estado na presença de um juiz. Embora vivam sob as mesmas regras de um casamento convencional, jamais se preocuparam em oficializar o relacionamento e ter o famoso "papel passado". Ao contrário, sentem-se felizes com a opção que fizeram, apesar de esse tipo de relação ainda não ser muito bem aceita por nossa sociedade. Dom Eugênio de Araújo Sales, Cardeal-arcebispo do RJ, comentando o concubinato como uma

[1] JORNAL DO BRASIL. P.15, publicado em 22/11/96.

forma de evolução da família, assim dispôs: "Durante toda a nossa existência, constantemente é posto à prova o reto uso do livre-arbítrio, e a convivência doméstica a isso não foge. Por outro lado, continua a destruição dos valores morais. Os últimos atos desse drama foram a oficialização do concubinato[2]". Além dele, D. Lucas Moreira Neves, presidente da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), externou sua preocupação: "Tememos que a lei desestimule os casamentos, dando lugar a uniões efêmeras que colocam em risco a estabilidade emocional dos filhos"[3]. O Direito, enquanto subsistema social, busca adequar suas normas à evolução da comunidade a que faz parte. A aparente solidez da estrutura familiar não conseguiu resistir às inúmeras e constantes exigências da ordem social moderna.

A família, como organismo ético e social, não tem suas normas baseadas somente no Direito, buscando-as também na religião, moral e costumes. Internamente, conforme demonstrou Jhering em sua obra "O Espírito do Direito Romano", a família é um corpo social impenetrável, protegido inclusive da ordem jurídica. ***"Das Haus, ein Asyl"*** (a casa, um asilo). Com isto o jurista alemão demonstra seu pensamento de que a família é um bem jurídico que se deve proteger contra qualquer perturbação violenta vinda do exterior. A moral interna da família traz limites à atuação do Estado, pois não poderia um governo que se proclamasse democrático impor normas de condutas minuciosas no que pertine à forma de educar, como deve ser a coabitação entre os cônjuges, sendo suficiente as regulamentações genéricas, impondo direitos e deveres a serem observados. Não pode um cônjuge ir a juízo pleitear a freqüência sexual a que o outro deve obedecer, porém lhe é facultado entrar com uma Medida Cautelar de Separação de Corpos ou mesmo uma Ação de Separação Judicial, por quebra de dever de coabitação do matrimônio. Este fenômeno da "concentração interior" da família é o que impede o Direito de se aproximar, devendo ficar à margem, através de normas genéricas que disciplinem o assunto. Partindo desta visão propedêutica da Família, base da sociedade, enquadraremos o tema proposto.

Acerca do tema, assim foi a lição constitucional: ART. 226, §3°: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Deste modo, se é para efeito de proteção do Estado que o concubinato foi reconhecido como entidade familiar, até que ponto o Ordenamento Jurídico deve se ater sobre o assunto? Com o surgimento de novas disposições normativas, inclusive de ordem constitucional, estaria este

[2] JORNAL DO BRASIL. Editoria: Opinião. P.09, publicado em 04/01/97
[3] JORNAL DO BRASIL. Editoria: Brasil. P.13, publicado em 31/05/96

instituto equiparado ao casamento? Há algum tempo mínimo de convivência que assegure a existência de uma união estável? Somente é passível de proteção as convivências puras, ou sejas, aquelas cuja posterior conversão em matrimônio possa juridicamente ocorrer? Veda-se a proteção para os companheiros de pessoas legalmente impedidas de casar?

A questão aumenta de relevância quando se denota que embora a sociedade reprovasse o concubinato, o certo é que a aprovação tardia da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 26/12/77) fez com que aqueles que se encontravam desquitados, uma vez impossibilitados de constituírem novas famílias, formassem outras, mesmo à margem do Ordenamento Jurídico.

Com a presente pesquisa não chegaremos a bloquear os questionamentos, mesmo porque a racionalidade é intrínseca ao homem, porém tentaremos levantar os principais pontos em discussão a nível de doutrina, legislação e jurisprudência. A questão ganhará nitidez à medida que seus contornos forem sendo definidos.

2. Conceito- modalidades

Etimologicamente, concubinato significa "dormir com", "copular com", advindo do vocábulo latino "*concubinatus*" ou "*cun cunbare*". Clóvis Beviláqua caracterizava-o com a perspectiva da ilicitude: "concubina é a mulher que vive em união ilícita, mais ou menos duradoura[4]". Ruggiero concede o conceito amplo do tema: "consiste o concubinato na união entre o homem e a mulher, sem casamento[5]". Partindo da ampla noção acerca do tema, este pode ser dividido em concubinato puro, impuro e uniões juridicamente irrelevantes para o Direito. De qualquer forma, é sempre necessário que esta comunhão seja realizada entre um homem e uma mulher, de tal modo que as uniões homossexuais ficaram à margem do ordenamento jurídico. Álvaro Villaça Azevedo, autor do projeto de lei que deu origem à Lei nº 9.278/96, conceitua: "O concubinato puro ocorre quando se constitui a família de fato, sem qualquer detrimento da família legítima ou de outra família de fato. Assim ocorre, por exemplo, quando coabitam solteiros, viúvos e separados judicialmente, sob essa forma familiar. Impuro é o concubinato adulterino, incestuoso ou desleal[6]".

---

[4] *Apud* OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes. **Alimentos e Sucessão no casamento e na União Estável.** 2ºed. RJ: Lumen Juris, 1996, p. 77.

[5] *Apud* MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. SP: Saraiva, 1976, p.14.

[6] AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Revista Literária de Direito.** Nº 04, março/abril de

O concubinato será tido como puro quando preencher os requisitos dispostos nas leis que o regulamentaram, tais como a publicidade, estabilidade, continuidade, possibilidade de conversão em casamento, ausência de impedimentos matrimoniais. Não requisita, sobremaneira, a vida em comum sob o mesmo teto, segundo disciplina a Súmula 382 do STF. Não basta a vontade inicial manifestada pelas partes, é preciso que haja uma renovação, ainda que tácita, da intenção de persistir naquela relação, conferindo-lhes, destarte, o requisito da estabilidade. Este é um ponto diferencial em relação ao matrimônio, pois neste, declarada a vontade geradora do casamento, o ato está perfeito e acabado, pouco importando que o relacionamento seja ou não estável, pois somente ocorrerá seu desfecho se por ventura uma das partes intentar competente ação de separação ou divórcio direto. O concubinato será considerado impuro quando lhe faltar algum desses pressupostos, em especial quando um dos conviventes é legalmente impedido de converter o concubinato em matrimônio, geralmente se já for casado. Já as uniões irrelevantes seriam aquelas fortuitas, esporádicas, resultante de momentânea atração física, sem que delas haja compromisso, mesmo que advenham filhos.

Diversas foram as características elencadas pela doutrina e pela própria legislação, ao longo dos anos que discutiram os projetos de lei, visando à melhor caracterização do concubinato puro, ao mesmo tempo em que o distinguia das demais formas de união. Versaremos no presente tão somente acerca dos caracteres mais pertinentes, a saber:

2.1. Diversidade dos sexos/ ausência de impedimentos matrimoniais

A união entre pessoas do mesmo sexo ou impedidas de convertê-la em matrimônio não dará ensejo à união estável, todavia, conforme se tem admitido jurisprudencialmente, a união homossexual, tal qual o concubinato impuro, uma vez provada a existência de uma sociedade de fato, traz a possibilidade de partilha dos bens adquiridos na vigência da comunhão. Isto porque não se pode confundir institutos jurídicos diferentes como a sociedade de fato e a união estável. A existência de um concubinato puro não é requisito necessário nem suficiente para o reconhecimento de sociedade de fato, uma vez que esta prescinde unicamente da efetiva contribuição de uma das partes para formação do patrimônio que pretende partilhar. Admitir efeitos patrimoniais à sociedade de fato, nos casos de adultério, por exemplo, não seria criar dupla meação em detrimento da família legítima, mesmo porque os fundamentos que norteiam cada uma das espécies da meação são diferentes. Tal partilha societária funda-se

1995, p.29.

não no princípio de assistência material encontrado no concubinato puro ou no matrimônio e sim na vedação da possibilidade do enriquecimento sem causa ou locupletamento ilícito. A convivência homossexual, só por si, não presume concubinato, mesmo porque juridicamente impossível, além de inconstitucional, posto que a Constituição Federal de 1988 somente elevou à categoria de entidade familiar as uniões estabelecidas entre um homem e uma mulher. Analogamente em relação ao concubinato impuro, pois a Carta Magna somente protege as uniões que possam ser convertidas em casamento, o que não se poderia conceber quando do concubinato impuro. Pode, entretanto, tanto o concubinato impuro como a união homossexual, gerar direitos à partilha, sendo necessário que exista patrimônio constituído pelo esforço comum e que a prova deste esforço comum seja conclusiva. Poderá o Judiciário, de acordo com as peculiaridades de cada caso, promover variações na definição do montante devido aos consortes, ficando na dependência da inequívoca comprovação do esforço individual, mas com reflexo na composição de bens. A mera alegação da participação societária conjunta e exposição das provas unicamente no que pertine à relação amorosa homossexual ou impura não são suficientes para dar procedência ao pedido de partilha. Sobre o tema, Cahali explica: "em cada situação específica, e verificadas as circunstâncias do caso concreto, admite-se, em tese, a aplicação das regras próprias do direito das obrigações relativamente aos aspectos patrimoniais decorrentes das relações homossexuais, enquanto sociedades de fato nascida pela formação de patrimônio com participação econômica comum[7]."

Doutrina e Jurisprudência vêm admitindo exceções quanto a esta característica, quando um dos conviventes, a despeito de constituir união estável por muitos anos, com todos os demais aspectos ensejadores, como fidelidade, respeito e assistência mútua, estabilidade, na verdade não pode convertê-la em casamento, porque não está separado judicialmente de seu cônjuge, mas sim tão somente separado de fato. Cada episódio deve ser analisado em particular; deve haver um cuidado redobrado, sobretudo no que pertine ao alargamento do conceito de concubinato enquanto entidade juridicamente protegida, sob pena de as exceções serem multiplicadas e desvirtuarem as normas tendentes à proteção do concubinato puro.

2.2. Estabilidade-

[7] CAHALI, Francisco José. **União Estável e Alimentos entre Companheiros**. SP: Saraiva, 1996, p 59-60.

Requisito conseqüente de uma relação firme, constante, sólida, contínua. A vontade de constituir família reflete a estabilidade da convivência. Um dos aspectos polêmicos em relação às normas que regulamentaram a matéria decorre da necessidade de se demonstrar um tempo mínimo de convivência para que fique caracterizado o concubinato; a princípio, o legislador de 1994 determinou que somente seriam consideradas uniões estáveis aquelas cujo tempo era igual ou superior ao prazo de cinco anos. Todavia, a lei nº 9.278/96, à medida que não se pronunciou acerca do lapso temporal, deixou em aberto a questão: é preciso um tempo mínimo para configuração do concubinato? Com quantos anos se faz uma convivência protegida? Aspecto de relevo ocorre quando a convivência se perfaz durante um longo lapso de tempo, sem que contudo se vislumbre a estabilidade ou a *intentio* de constituir uma família. Na verdade, não se pode dar conseqüências jurídicas à ligação, mesmo que por muitos anos, limitada à comunhão sexual, se ausentes requisitos como comunhão de vidas e de interesses, mesmo porque o próprio art. 1º da lei afirma a necessidade da intenção de constituir uma família.

2.3. Notoriedade e publicidade-

Trata-se de convivência pública, conhecida por todos, manifesta, notória e ostensiva. Basílio da Gama considera a notoriedade "a marca mais veemente da união livre estável, dado que gera perante os circunstantes a presunção de casamento legal[8]". Tal requisito aponta para a importância da prova testemunhal, haja vista a dificuldade relativa à prova por outros meios, quando as partes não tiveram filhos em comum, nem forem muito afetas a demonstrações amorosas via cartas, cartões, entre outras provas documentais. A intenção de ocultar um dos parceiros da relação denota, senão a existência de um impeditivo matrimonial, a falta de consideração para com este, a não incidência do desejo de com este constituir família. Esta notoriedade não pode ser medida através da freqüência que determinado casal comparece a festas ou eventos sociais juntos, posto que muitas vezes há uma preferência pela reclusão, pela intimidade dos lares. De outra forma, significa a desnecessidade em negar o relacionamento, a satisfação em ter o companheiro ao lado quando determinadas ocasiões.

3. Histórico e desenvolvimento

[8] OLIVEIRA, Basílio. **O concubinato e a Constituição atual**. 3ºed. RJ: AIDE, 1993, p.49.

3.1. Origens- Antecedentes Históricos

O concubinato, ou casamento de fato, remonta suas raízes desde os diplomas mais antigos, conforme se observa através de referências nos Cinco Livros de Moisés, Código de Hamurábi, Código Chinês, entre outros. Mas foi sobretudo no Direito Romano que o concubinato teve a maior regulamentação como união diversa das *Justae Nuptiae*. Diverso do matrimônio, o concubinato era o casamento de fato que a princípio não gerava efeitos jurídicos. Considerado como uma união de natureza inferior, pois não nivelava socialmente a mulher ao marido, nem subordinava os filhos ao pátrio poder, ocorria entre as pessoas que por motivos políticos estariam privadas do *Jus Conubii*. Traduzia efeitos jurídicos, como a fidelidade e direito a alimentos. A legitimação era o meio hábil para se transformar o concubinato em casamento.

3.2. Desenvolvimento do Instituto no Direito Brasileiro

3.2.1. Sociedades de Fato - Direito Obrigacional

Washington de Barros Monteiro diz que a verdadeira história das grandezas e misérias do concubinato somente pode ser encontrada nas decisões pretorianas. A história da jurisprudência, no que pertine ao tema, demonstra claramente o conflito entre os fatos e as normas, revelando o processo de marginalização de uma das mais antigas experiências humanas.

Inicialmente, quando não havia disposição legal que regulamentasse a matéria, houve a vinculação do instituto às chamadas sociedades de fato, situando-se no plano das obrigações, sem dar margem aos aspectos pessoais e espirituais da convivência. Diz-se sociedade de fato em alusão às sociedades comerciais legitimamente constituídas, em que os sócios têm direito individual ao seu quinhão, proporcionalmente à sua participação societária. Não requisita, sobremaneira, a presença de qualquer instrumento contratual, bastando que haja o intuito de cooperação, ânimo de contribuir para atingir a um fim comum, ainda que implícito. A rigidez das normas sobre Direito de Família levou à solução dos problemas decorrentes da união more uxorio para o campo do Direito das Obrigações. Para isto baseava-se no art. 1.363 do Código Civil ("Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns"), emprestando socorro aos conflitos surgidos da comunhão de vida, cristalizando-se o entendimento pela orientação da Súmula 380 do STF: ("Comprovada a

existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum").

Este entendimento materialista tratava de demonstrar uma participação concubinária na aquisição patrimonial a título oneroso. Para caracterização da sociedade fática, a princípio, era necessário demonstrar a contribuição material efetiva, em dinheiro, em bens ou em trabalho. Os tribunais pátrios se esqueciam do lado pessoal e imaterial do concubinato[9]. O STF, em várias oportunidades, entendeu que o concubinato, ainda que de longa duração, não acarretava automaticamente a admissão da sociedade de fato, exigindo ainda que o patrimônio houvesse sido construído com efetiva ajuda econômica de cada um dos conviventes.

3.2.2. Indenização por serviços domésticos prestados

Em um segundo momento, passou a jurisprudência a observar que nem todas as relações estáveis convergiam à possibilidade de dissolução da sociedade de fato; ora não se comprovava o esforço comum, ora não havia incremento no patrimônio do casal após a dissolução. Leciona Fabrício Matielo: "Idealizou-se, então, uma forma de a mulher pleitear judicialmente indenização por serviços domésticos prestados ao homem, como contraprestação do tempo de dedicação à casa e ao trabalho em si mesmo. Justificava-se a faculdade com o argumento de que a indenização concedida permitiria à mulher obter recursos para reiniciar a vida sozinha, recompensada pecuniariamente após o desfazimento da relação, naturalmente traumático. Ademais, evitar-se-ia o enriquecimento sem causa do homem, que deixara de ter gastos com a contratação de empregada doméstica e pudera dedicar-se com maior tranqüilidade às ocupações habituais. O sustentáculo supremo da teoria, fora de dúvida, foi o de que a mulher estaria recebendo a justa remuneração do labor (...). Alguns julgados e vários doutrinadores chegaram ao extremo de afirmar que a indenização seria alcançada à mulher em função da presunção de que entre ela e o homem em cuja residência desenvolveram-se as atividades domésticas havia uma espécie de contrato civil de prestação de serviços. Ao término do relacionamento, inexistindo partilha de bens porque não comprovada a sociedade fática, ou por outro motivo qualquer, de imediato restaria facultado à mulher o ajuizamento de ação destinada à obtenção de valor

[9] O STF firmou entendimento de que "a sociedade de fato se situa no terreno do direito das obrigações, razão por que não dão margem a ela aspectos pessoais e espirituais da convivência more uxorio" (RTJ 101/323).

pecuniário a título de contraprestação do labor[10]", resultando num completo absurdo.

Todavia, não se deve desvirtuar o alcance do entendimento. Se cabia à convivente pleitear indenizações por serviços prestados é porque não existia nenhum dispositivo normativo que lhe concedesse direitos a alimentos, bem como à partilha dos bens adquiridos na constância da união. Era a atuação pretoriana que buscava consertar discrepâncias entre a evolução social e o Direito.

Hoje a questão está praticamente superada, porque a Constituição da República e as Leis 8.971/94 e 9.278/96 inequivocamente outorgaram proteção alimentar aos que constituem união estável. Nada dispuseram em torno das outras formas de união, de modo que, silenciando, excluíram nesse particular o concubinato impuro e as uniões homossexuais do resguardo legal como entidade familiar. Destarte, o único caminho para que um dos envolvidos possa pleitear o recebimento de valores é comprovando a vigência de sociedade de fato, com o que lhe será alcançado montante correspondente à participação demonstrada. Todavia, o principal fator de insurgência contra as aviltantes demandas continua sendo o de que os parceiros devem ter dignidade bastante para auferir os lucros e suportar os prejuízos decorrentes da relação.

3.2.3. Releitura da súmula 380 do STF- a contribuição indireta

Posteriormente, o chamado "esforço comum" a que alude a Súmula 380 passou a ser entendido em sentido amplo, pois nem sempre resultava de natureza econômica, podendo ser a nível pessoal, muitas vezes de maior valia. Este novo entendimento jurisprudencial versa que o direito à partilha persiste mesmo quando a contribuição de um dos concubinos não tenha sido direta, admitindo também a indireta, que é a efetuada pela realização das tarefas necessárias ao regular gerenciamento da casa. Os julgados, evoluindo com o instituto, passaram a reler a Súmula 380 do STF, no sentido de libertar o requisito do esforço comum à exigência necessária da participação pecuniária. Chegaram à conclusão de que não havia mister que a colaboração da concubina ocorresse necessariamente com a entrega em dinheiro ao concubino, derivado ou não de trabalho realizado. Admitiu-se que essa colaboração decorresse do próprio labor doméstico, nos casos em que, graças à administração do lar pela mulher, traduzidos na educação e criação dos filhos, na administração da casa,

[10] MATIELO, Fabrício Zamprogna. **União Estável - Concubinato**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997, p.53.

no amparo moral concedidos ao companheiro, façam-se, ou ampliem-se, economias, às quais se forma o patrimônio comum.

Deve-se fazer a ressalva de que hodiernamente, à medida que já há regulamentação específica para o instituto, através das Leis nº 8971/94 e 9278/96, não cabe mais a aplicação da tese de sociedade de fato, jurisprudencialmente construída para tutelar aqueles que se encontravam à margem do Ordenamento Jurídico. Atualmente, a sociedade de fato somente será aplicada aos casos do concubinato impuro ou nas uniões homossexuais, com as observações dispostas no item 2.1 *supra*.

3.2.4. A Constituição Federal de 1988- Lei nº 8.971/94

A Constituição Federal de 1988, grande responsável pelos novos rumos do Direito de Família, abriu horizontes novos no que pertine a 03 pontos relevantes: entidade familiar, planejamento e assistência direta à família (art. 226, §§3º a 8º). Ao reconhecer as uniões extra-matrimoniais como realidades jurídicas, e não meros fatos sociais, retirou-lhes o aspecto estigmatizante, no momento em que as colocou sob proteção do Estado. Das três inovações, a que tem despertado maior interesse, suscitando até grandes polêmicas, é o "casamento de fato", convivência ou concubinato.

A Constituição Federal realmente inovou sobre o assunto, porém sua regulamentação só foi efetuada a partir da Lei 8.971, de 29/12/94, dispondo acerca dos direitos a alimentos, sucessão dos bens, além do usufruto legal sobre a parte dos bens do companheiro morto. Arnoldo Wald afirma: "O fato é que as restrições que antes podiam ser feitas àqueles que viviam em concubinato, já não mais o poderão ser, pois não se trata de um comportamento ilícito ou desabonador, passando, a partir de 1988, a gozar da proteção constitucional[11]". Entretanto, esses direitos só eram devidos quando a relação concubinária se perfazia entre companheiros solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos (não fossem impedidos de casar), quando a relação durava mais de 05 (cinco) anos, sem prole ou quando havia presunção de estabilidade, se houvesse prole. Não poderiam constituir uma outra união, para poderem efetuar seus direitos, e deviam provar necessidade, no caso de alimentos. Ainda é bom lembrar que aqui já emerge um tratamento diverso do exigido pela Lei de Divórcio (Lei nº 6.515/77), pois para que haja direito aos alimentos para o ex-cônjuge, mister se faz necessária a comprovação de culpa pela parte adversa. Na verdade, são situações distintas: enquanto que no concubinato os alimentos são

[11] WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro- Direito de Família.** 7º ed. SP: RT, 1990, p.65-66.

devidos a título de solidariedade, no divórcio eles existem devido à penalidade. Esta Lei trouxe algumas questões doutrinárias de menor relevo se comparada à Lei nº 9.218, de 10/05/96, cujos comentários faremos mais adiante. Colocou-se a questão da prova: como diferenciar uma relação concubinária de um namoro, por exemplo, pois há casos em que um homem e uma mulher estão juntos há mais de 05 anos, porém sem o intuito de permanência (não há o ânimo de estabilidade), bem como há diversos outros que comprovam ser fraca a alegação de que um filho presume estabilidade de uma relação, pois este poderia ter sido fruto de uma "aventura" ou relação menos compromissada do que uma convivência. Outro problema pertine à questão da boa- fé, uma vez que somente é dada a proteção legal àqueles que não estejam impedidos de converter a relação em matrimônio, o que dizer então das relações baseadas em mentiras, sem que uma das partes soubesse o real estado civil da outra? Ficaria então desprotegida após toda a convivência?

No que tange aos direitos sucessórios, o legislador de 1994 cuidou da seguinte maneira: **sucessão universal** (art.2º, III)- direito à totalidade dos bens quer haja contribuído ou não para a aquisição dos mesmos, desde que ocorra a ausência de descendentes e ascendentes do *de cujus* ; **sucessão singular** (art. 3º)- quando há descendentes e/ou ascendentes, se o convivente colaborou (podendo ser esta colaboração ser entendida como direta ou indireta) para a aquisição destes bens, terá direito à meação; **usufruto da quarta parte dos bens**- se acaso o *de cujus* tiver descendentes; **usufruto da metade dos bens**- se o convivente falecido tiver deixado somente ascendentes. Para que seja devido o usufruto, a única exigência legal é que o concubino não constitua nova união.

3.2.5. A Lei nº 9278/96- O Estatuto dos Concubinos

A Lei nº 9.218, de 10/05/96 buscou regulamentar o §3º do art. 226 da Constituição Federal. Seu art. 1º revoga o art. 1º da Lei 8.971, pois à medida que define a entidade familiar como a convivência duradoura, pública e contínua entre um homem e uma mulher, desde que estabelecida com o objetivo de constituir família, retira o aspecto da quantidade de anos necessários para configuração do concubinato, atualmente não se exigem os 05 anos de convivência; deve apenas ser duradoura e contínua, ampliando a responsabilidade pretoriana de analisar caso a caso. Inova ainda quando não dispõe acerca do prévio estado civil dos companheiros, já que não traz a necessidade de os conviventes serem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, levando muitos doutrinadores e magistrados a entenderem que na prática estar-se-ia protegendo o concubinato adulterino ou

impuro. Versa a mencionada lei sobre os direitos e deveres dos concubinos (respeito e consideração, assistência moral e material recíproca, guarda, sustento e educação dos filhos), a presunção da comunhão parcial dos bens adquiridos na constância da convivência, salvo estipulação em contrário em contrato escrito, bem como o direito real de habitação no imóvel onde residiam, se acaso um deles vier a falecer (desde que o outro não configure nova união). Nova disposição também em seu art. 9º, remetendo para as Varas de Família a competência para o julgamento da matéria (antigamente a Vara competente no Recife era a de Acidentes de Trabalho, Falências e Concordatas, devido à concepção de sociedade de fato formada pelos companheiros). Propõe a Lei a conversão do concubinato para o casamento, porém esta conversão não foi facilitada, devendo obedecer a todos os requisitos constantes no art. 180 do Código Civil. Deveras, esta conversão não faz retroagir o regime jurídico de bens adotado à data de início da convivência, somente passando este a vigorar quando do matrimônio. Questão bastante controversa seria sobre o termo inicial do concubinato; enquanto que o casamento traz um início certo, cabe ao concubino provar seu começo, cautelarmente podendo até a intentar uma Ação prévia de Justificação de União Estável.

4. Aspectos jurídicos e sociais controvertidos quanto ao concubinato

Hodiernamente, no Brasil, há uma notável e crescente tendência à queda da taxa de nupcialidade (entre 1980 e 1994 houve uma redução de 38%), em contrapartida, o número de divórcios parece aumentar. Em São Paulo, por exemplo, o número de casamentos detectados pelo IBGE em 1984 foi de 217.019, em 1990 foi de 205.898. Nesse mesmo período, o número de divórcios quase triplicou, passando de 10.429 para 27.276. Em 1994, em todo o Brasil, o número de Separações e Divórcios chegou a 143.899, segundo dados do IBGE.12. Enquanto isso, o número de casamentos não legalizados aumenta no país a cada dia, levando o Congresso Nacional a publicar novas leis acerca do assunto, geradoras de grandes celeumas.

Tema bastante controverso, ensejador de inúmeras dúvidas, o concubinato ainda não foi definitivamente regulamentado. Isto porque, segundo opinião do Juiz Antônio Carlos Malheiros: "a nova lei sobre união estável, na verdade, acabou com ela. As pessoas que moravam juntas, porque queriam uma vida em comum mais livre, sem envolver aspectos patrimoniais no relacionamento, hoje estão se casando13". Sílvio Rodrigues,

[12] www. sidra.ibge.gov.br, 30 de agosto de 1998
[13] FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Leis. P. 2-3, publicado em 31/08/96.

concomitantemente, afirma que a despeito de a lei 9.278/96 ter sido reclamada há muito tempo, chegou cheia de imperfeições, conduzindo à idéia de que o legislador ainda está devendo a consolidação da matéria em um único diploma, coerente e sistemático.

A lei nº 9.278/96, que teve origem no projeto nº 1.888/91, da deputada Bete Azize (PDT-AM), passou anos em discussão, sofreu modificações, emendas, substitutivos, alguns vetos, até ser aprovada, refletindo tão somente a desorganização do Congresso e do próprio Presidente da República, posto que em desconexo com a lei 8.971/94, regulamentadora da mesma matéria. Há a repetição de erros, incorreções e incoerências, levando a uma confusão jurídica que os tribunais, certamente, levarão anos para desfazer.

Ao tentar preservar direitos legítimos, a nova lei, por tão vaga, acaba criando uma série de constrangimentos que já tem levado casais de namorados a procurarem advogados para realizar contratos, deixando claras as pretensões de cada um. Sabe-se, no entanto, que é discutível a renúncia a meras expectativas de direito, em conseqüência, em muitos casos esses contratos poderiam ser considerados nulos, facilmente derrubáveis no Judiciário. Ao revés de coibir injustiças, estaria o legislador ocasionando uma insegurança de tal modo a transformar artificialmente namoros em negócios e submeter o direito de cada um à habilidade de seu advogado. O advogado Ricardo Penteado, especializado em Direito de Família, afirma que inúmeros casais o procuraram na tentativa de regularizar a situação patrimonial. Para ele, a solução ideal para as relações informais após a vigência da lei 9.278/96 seria, hilariamente, o casamento![14]. Já o advogado Paulo Elísio de Souza, do Rio de Janeiro, afirma que em pouco mais de 03 meses da data da publicação da lei, mais de 350 pessoas já o procuraram, de forma que o causídico achou por bem formular um documento, intitulado "termo de renúncia", em que o casal abre mão dos "direitos e deveres" previstos na lei. O curioso é que dentre os signatários do termo encontram-se também advogados, talvez confiantes de que se poderia renunciar dispositivos de ordem pública, em regra irrenunciáveis. O termo de renúncia deve ser registrado em cartório, afirmando que a relação constituída "não implica convivência pública, duradoura e contínua, pois não tem por objetivo constituir família, mesmo que habitualmente estejam juntos em passeios, viagens, festas, outras atividades sociais, inclusive mantendo ou não, ocasionalmente ou de forma habitual, relacionamento sexual e íntimo".

Aproximadamente quatro meses após a aprovação da lei 9.278/96 a confusão já era tão grande e tão generalizada (já que seus dispositivos se

[14] JORNAL DO BRASIL. Editoria: Dinheiro. P. 1-2, publicado em 11/08/96.

chocam frontalmente com os artigos da lei 8.971/9415, em nada versando sobre o prévio estado civil dos envolvidos, nem mesmo sobre o tempo mínimo que caracterizaria uma união estável, sem que, no entanto, revogue expressamente a primitiva lei) que o Ministro da Justiça Nelson Jobim nomeou uma comissão composta por onze juristas, dentre os quais advogados, juízes e professores de Direito, presidida pelo Profº Arnoldo Wald, com o objetivo de sugerir alterações que viessem a esclarecer os inúmeros pontos controvertidos. Wald chegou até a afirmar sua intenção: "Vamos deixar bem claro que nas mudanças que estamos propondo ninguém mais precisará se preocupar com os efeitos jurídicos de um simples convite para jantar ou fazer recibo prévio em relação aos direitos de meação16". Tais mudanças buscam atenuar as polêmicas existentes em torno das leis 8.971 e 9.278, clareando as discussões e interpretações que foram dadas a elas. Cláudio Antônio Mesquita Pereira, presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), encaminhou no final de julho/96 uma representação ao Procurador Geral da República, Geraldo Brindeiro, afirmando que a Lei 9.278 trazia uma série de inconstitucionalidades. Enquanto essas sugestões não se transformam em leis, os Estados vão passando acima do Congresso Nacional e regulamentando cada um per si as matérias passíveis de diversas interpretações. A exemplo, temos o Estado do Rio de Janeiro, tomando a iniciativa de organizar e sistematizar a questão, através da Corregedoria Geral de Justiça, que expediu o aviso nº 137, publicado em 20/08/96, cujo enunciado de número 3 era do seguinte teor: "A circunstância de serem um ou ambos os conviventes separados de fato do respectivo cônjuge, descaracteriza a estabilidade da união". A Associação dos Magistrados do RJ preferiu também não esperar pelas mudanças, de forma que somente terão direito aos bens aqueles cuja união estável perfaça um tempo mínimo de cinco anos de convivência. Em São Paulo, o entendimento dos Juízes é unânime em acatar que dois anos é prazo suficiente para configurar a relação. Assim, cada estado terá seu tipo de união estável próprio, dependendo

[15] Vide por ex. o art. 1º da lei 8.971/94: "A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se da lei 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade". E o art. 1º da lei 9.278/96: "É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família". Clara é a diferença entre as leis, à medida que regulamentam de forma completamente distintas assunto semelhante.

[16] JORNAL DO BRASIL. Editoria: Mulher. P. 51, publicado em 07/09/96.

da interpretação que lhes for mais conveniente, gerando um total clima de incerteza e insegurança jurídica.

O novo projeto de lei que trata sobre a matéria foi elaborado pela Comissão, entregue ao Governo no dia 12/09/96 e enviado ao Congresso no dia 26/12/96, recebendo a denominação de "Estatuto da União Estável". De acordo com esta nova proposta, considerada mais rígida do que as leis anteriores, somente será reconhecida como entidade familiar a convivência por período superior a cinco anos, ou dois anos se houver filhos, desde que ocorra sob o mesmo teto, entre um homem e uma mulher não impedidos de realizar matrimônio ou desde que separados de fato de seu cônjuge. O ilustre advogado Ives Gandra Martins afirma que o estatuto ficou mais claro no que diz respeito à natureza patrimonial e societária da união. Celso Ribeiro Bastos, por sua vez, acredita que um prazo menor do que cinco anos daria margem a muitos golpes, criando situações conflituosas. Outro ponto polêmico que ainda não recebeu a devida preocupação, nem mesmo no novo projeto de lei enviado pelo governo é a questão da competência das ações relativas a tal modalidade de entidade familiar. Isto porque na lei 9.278/96 havia a previsão, no art. 9º, da remessa de todas as ações para as Varas de Família. Há casos, no entanto, em que não se configuram uniões estáveis, devendo então o caso ser solucionado nas Varas Cíveis, competentes para solucionar e julgar os feitos relativos às sociedades de fato, uma vez que se tratam de Direito Obrigacional. Essa questão tem suscitado muitos conflitos de competência perante os Fóruns brasileiros; o Juiz Bráulio Stivanin, da 30º Vara Cível de Belo Horizonte, declara-se incompetente para julgar tais feitos, por entender que a competência é da Vara de Família, opinião discordante da do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

A conversão da união estável em casamento traz outra inovação deste projeto da união estável. A lei de 96, em seu art. 8º determina: "Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição do seu domicílio". Partindo de uma interpretação exegética da lei, parece admitir que se chegue ao casamento, sem as formalidades de habilitação e publicação dos proclamas (voltadas para verificar a inexistência de impedimentos matrimoniais) e sem a solenidade da celebração (garantindo a livre manifestação das vontades). Sem nenhuma interferência do Juiz, resumir-se-ia a um simples requerimento ao Oficial do Registro Civil, independentemente da satisfação de quaisquer exigências. Esse entendimento, entretanto, não é aceitável, porque se deve ao menos fazer prova da existência da união estável, e, como corolário lógico, da ausência de impedimentos matrimoniais. À medida que a norma não trouxe regulamentação específica,

não resta outra alternativa a não ser cumprir as formalidades exigidas no art. 180 do Código Civil, equiparando às exigências do casamento. O novo Estatuto dos Concubinos, em tramitação no Congresso Nacional, passa a regulamentar o que o art. 8º da lei 9.278 não fez. Para tanto, dispensam-se requisitos como os proclamas e os editais, substituídos por declaração dos companheiros e a assinatura de duas testemunhas.

Questão também modificada diz respeito aos direitos sucessórios do convivente em relação ao de cujus. A partir deste novo projeto, o usufruto e o direito real de habitação somente incidirão sobre os bens adquiridos na vigência do concubinato, e não sobre a totalidade dos bens, como ocorre atualmente.

5. Conclusão

A principal crítica da cidadania atinge a incapacidade do legislador de se ajustar aos problemas característicos da sociedade moderna. No decorrer deste estudo analisamos os aspectos mais importantes e significativos das leis que regem o concubinato, levantamos as polêmicas mais suscitadas e as opiniões, tanto de juristas entendidos do assunto, como da sociedade em geral. Chegamos à conclusão de que o instituto, apesar de não ser mais alvo de críticas veementes como outrora, ainda não recebeu o cuidado legislativo adequado para sua idônea interpretação. Montesquieu já afirmara, no seu "Espírito das Leis" a necessária tripartição dos poderes, de forma independente, mas harmônica entre si. Ora, tal pesquisa denota a completa falta de harmonia, não somente entre os Poderes que compõem a República Federativa, mas sobretudo a desorganização interna existente dentro deles. As leis analisadas revelam um total desconexo entre si, parecendo até terem sido frutos de Poderes não somente distintos, mas deveras antagônicos, face às incontrovérsias e dilemas dentro delas apresentados.

Desde logo, evidencia-se a importância desse estudo, tão de perto ligado à própria vida. Conforme ensinamento de Washington Monteiro, dentre todas as instituições públicas e privadas, a da família se reveste da maior significação. Conforme leciona a própria Constituição Federal, é ela a base do Estado, núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Como modo de constituição de entidade familiar, o concubinato, ao longo dos anos, passou do estágio pejorativo ao atual reconhecimento da sociedade, com conseqüente proteção estatal, de tal forma que se fazia necessário um maior aprofundamento sobre o tema, ainda repleto de controvérsias.

Deve-se ter claro que as críticas apontadas contra as atuais leis que regem o concubinato não visam a afastar as conquistas tão duramente perpetrada ao

longo de diversos anos, mediante a conservadora visão dos nossos Tribunais. Não se trata, evidentemente, de extinguir direitos já consagrados. Ao contrário, buscou-se no presente tentar aprimorar o incipiente projeto, para que não incida nos mesmos erros que resvalaram seus antecessores. A reforma da lei é necessária para melhor proteção de todos os cidadãos, mas desde que não haja retrocessos quanto aos direitos e deveres outrora elencados.

Buscamos, a princípio, levantar a importância do tema e apresentar seus caracteres ensejadores, situando-o no contexto da sociedade hodierna. Apesar de não termos números precisos da quantidade de famílias brasileiras que se organizaram sob a forma concubinária, o certo é que apresentamos as estatísticas quanto à queda do índice de nupcialidade, além dos números fornecidos pelo IBGE quanto aos divórcios e separações ocorridos no país, cada ano mais crescente. As diversas modalidades apresentadas pelo instituto também foram objetos dessa pesquisa, na medida em que diferenciamos a forma pura da impura, além de observar os direitos e deveres pertinentes a cada uma delas. Para configurar o instituto enquanto entidade juridicamente protegida, mister se faz a presença de determinados requisitos, como a estabilidade, publicidade, notoriedade, diversidade dos sexos, ausência de impedimentos matrimoniais, todos eles analisados dentro do estudo. Por fim, *at last but not at least*, observamos o desenvolvimento do concubinato enquanto histórico e sua evolução dentro do Direito Brasileiro, passando da inicial conceituação como sociedade de fato, indenização por serviços prestados até chegarmos à proteção constitucional, Lei nº 8.971/94, Lei nº 9.278/96 e o projeto ainda em tramitação no Congresso Nacional.

Trata-se, do exposto, de tema bastante controverso, ensejador de muitas dúvidas que por hora não podem ser solucionadas. Algumas das erronias poderão ser corrigidas através da atuação pretoriana; outras, pela natureza estrutural de maior complexidade, dependerão necessariamente de novo pronunciamento legislativo, o que por certo ocorrerá, na medida em que a aplicação prática das Leis revela as suas imperfeições.

6. Bibliografia

LIVROS

01. CONCUBINATO. Série Jurisprudência. Coordenação: Ana Maria Domingues de Moraes. RJ: Esplanada: ADCOAS, 1995.

02. CZAJKOWSKI, Rainier. **União Livre**. Curitiba: Juruá, 1996.

03. FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção. Guarda. Investigação de Paternidade e Concubinato**. 7° ed. RJ: Forense, 1995.

04. GOMES, Orlando. **Direito de Família**. RJ: Forense, 1997

05. MATIELO, Fabrício Zamprogna. **União Estável- Concubinato.** 2° ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997.

06. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito de Família.** SP: Saraiva, 1976.

07. OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes. **Alimentos e Sucessão no Casamento e na União Estável.** 2°ed. RJ: Lumen Juris, 1996.

08. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, vol. V.** 11° ed. RJ: Forense, 1996.

09. RIBAS, Majupiraja Ramos. **A união estável**. Recife: Nossa Livraria, 1996.

10. SANTOS, Gizelda Maria Scalon Seixas. **União Estável e Alimentos**. SP: LED, 1996.

REVISTAS E JORNAIS

01. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Cotidiano. P. 2-3. Publicado em 18/05/96.

02. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Cotidiano. P. 2-3. Publicado em 01/06/96.

03. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Cotidiano. P. 2-3. Publicado em 28/06/96.

04. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Cotidiano. P. 2-3. Publicado em 06/07/96.

05. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Opinião. P. 1-2. Publicado em 08/07/96.

06. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Dinheiro. P. 1-6. Publicado em 11/08/96.

07. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Opinião. P. 1-2. Publicado em 15/08/96.

08. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Cotidiano. P. 3-6. Publicado em 22/08/96.

09. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Leis. P. 2-3. Publicado em 31/08/96.

10. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Cotidiano. P. 2-3. Publicado em 31/08/96.
11. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Cotidiano. P. 2-3. Publicado em 07/09/96.
12. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Leis. P. 2-3. Publicado em 13/09/96.
13. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Cotidiano. P. 2-3. Publicado em 14/09/96.
14. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Cotidiano. P. 2-3. Publicado em 28/09/96.
15. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Cotidiano. P. 2-3. Publicado em 02/10/96.
16. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Cotidiano. P. 3-4. Publicado em 15/10/96.
17. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Cotidiano. P. 3. Publicado em 27/10/96.
18. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Cotidiano. P. 2-3. Publicado em 16/11/96.
19. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Cotidiano. P. 2-3. Publicado em 21/12/96.
20. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Cotidiano. P. 3-6. Publicado em 27/12/96.
21. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Cotidiano. P. 3-7. Publicado em 28/12/96.
22. FOLHA DE SÃO PAULO. Editoria: Opinião. P. 1-2. Publicado em 30/12/96
23. JORNAL DO BRASIL. Editoria: Cidade. P. 19. Publicado em 07/05/96.
24. JORNAL DO BRASIL. Editoria: Brasil. P. 05. Publicado em 14/05/96.
25. JORNAL DO BRASIL. Editoria: Brasil. P. 13. Publicado em 31/05/96.
26. JORNAL DO BRASIL. Editoria: Opinião. P. 09. Publicado em 01/06/96.
27. JORNAL DO BRASIL. Editoria: Cidade. P. 20. Publicado em 08/06/96.
28. JORNAL DO BRASIL. Editoria: Caderno B. P. 41. Publicado em 19/06/96.
29. JORNAL DO BRASIL. Editoria: Primeira Página. P. 06. Publicado em 06/07/96.

30. JORNAL DO BRASIL. Editoria: Cidade. P. 13. Publicado em 22/07/96.
31. JORNAL DO BRASIL. Editoria: Mulher. P. 51. Publicado em 07/09/96.
32. JORNAL DO BRASIL. Editoria: Brasil. P. 15. Publicado em 13/09/96.
33. JORNAL DO BRASIL. Editoria: Internacional. P. 15. Publicado em 22/11/96.
34. JORNAL DO BRASIL. Editoria: Política. P. 04. Publicado em 28/12/96.
35. JORNAL DO BRASIL. Editoria: Opinião. P. 09. Publicado em 04/01/97.
36. JORNAL DO BRASIL. Editoria: Cidade. P. 17. Publicado em 14/04/97.
37. JORNAL DO BRASIL. Editoria: Cidade. P. 24. Publicado em 15/04/97.
38. REVISTA LITERÁRIA DE DIREITO. Ano I. Número 3. Jan/Fev. de 1995.
39. REVISTA LITERÁRIA DE DIREITO. Ano II. Número 11. Maio/Junho de 1996.
40. REVISTA DOS TRIBUNAIS. Nº 701. Março de 1994.

INTERNET

01. MARQUES, Wilson. A união estável. http://www.cepadvir.carioca.br/aunioest.htm.
02. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE) http://www.sidra.ibge.gov.br

O "BUG[1] DO ANO 2000": REPERCUSSÕES JURÍDICAS

Paulo Gustavo Soares G. de Lima
(Aluno do 3º período da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. "Bug do ano 2000": origem, significado, conseqüências; 3. A utilização de seguros; 4. Direitos autorais; 5. Questões de Direitos do Consumidor; 6. Medidas Governamentais e Legislativas; 7. O papel dos advogados; 8. Conclusão; 9. Bibliografia.

"Depois de tantas invenções
em benefício dos mortais,
não posso descobrir um só meio
para pôr fim aos males que me torturam."
(ÉSQUILO. *Prometeu Acorrentado.*)

1. Introdução

O presente trabalho tem como escopo determinar o alcance jurídico de um problema inusitado, aparentemente restrito ao setor de informática, mas de sérias repercussões sobre a vida de qualquer pessoa, ainda que alheia à todo tipo de tecnologia: o chamado *Bug do Ano 2000*. Procura-se aqui mostrar o impacto sobre a atividade humana e conhecer as conseqüências desse tema ainda tão pouco discutido no Direito Nacional.

Para atingir tais objetivos, descreve-se o surgimento do problema, as dificuldades em combatê-lo, seus efeitos sobre as máquinas e a sua extensão global, que pode afetar o funcionamento regular das sociedades. Apresenta-se o papel que o Poder Público vem desempenhando, no Brasil e no mundo, com a edição de leis e a criação de esferas de fiscalização. Esboçam-se as repercussões no direito brasileiro, em face da legislação vigente, sobretudo quanto a direitos do consumidor, contratos de licença de uso, uso de seguros e direitos autorais. Finalmente, em virtude da tendência crescente de surgimento de litígios, que

[1] O estrangeirismo *bug* é utilizado na jargão de informática para designar um erro de programação ou fabricação que cause defeito no funcionamento de um programa ou hardware.

devem multiplicar-se após o ano 2000, delineiam-se as possíveis funções dos advogados frente aos desafios da chegada do milênio.

2. "Bug do ano 2000": origem, significado, conseqüências

Nas décadas de 50 e 60, com a finalidade de economizar memória, cara na época, os projetistas e programadores de computador decidiram usar apenas dois dígitos, em vez de quatro, para representar o ano. Como resultado de tal decisão, decorre que, quando a data mudar de 1999 ('99') para 2000 ('00'), programas e processadores interpretarão a virada do milênio como um retorno ao ano de 1900.

Veja-se o seguinte exemplo: um professor universitário nascido em 1930 fará 70 anos em 2000, quando será aposentado compulsoriamente em função da idade. No entanto, um computador ainda não compatível com o ano 2000 subtrairá 1930 de 1900 e determinará a idade de 30 (ou -30), estendendo a carreira do professor por mais 40 anos.

Em suma, o bug do ano 2000, herança de uma aparentemente inofensível economia de memória, resume-se à incapacidade de os computadores lidarem com datas de 2000 em diante. Infelizmente analistas de sistema e programadores não conseguiram criar uma solução rápida e eficaz. É preciso percorrer linha por linha dos programas e corrigir a representação da data. Existem bilhões de linhas de programação em todo o mundo, sendo preciso, pois, paciência, árduo trabalho e muito dinheiro. Como alguns países se atrasaram no esforço de atualização, as conseqüências podem ser drásticas.

Mas não é preciso esperar a chegada do ano 2000 para conhecer concretamente os efeitos do bug. Há dois anos, por exemplo, o sistema de controle de estoque de um laboratório farmacêutico de São Paulo descartou uma enorme quantidade de medicamentos, por considerar, erradamente, vencida a data de validade. O erro resultou do não reconhecimento das datas posteriores a 2000 e causou prejuízo de milhões de reais.[2]

Computadores não são os únicos afetados pelo bug. Qualquer máquina, seja de uso doméstico ou industrial, que possua chip interno está sujeita a falhas. A título de exemplo, podem-se citar: elevadores, aparelhos de fax, agendas eletrônicas, semáforos, sistemas de vôo de aviões, satélites, caixas eletrônicos, marcapassos, sistemas controladores de energia elétrica ou de refinarias de petróleo, entre outros. Para se ter idéia da gravidade dos efeitos do bug, consultores cogitam que a China, um dos países mais atrasados no

[2] Mais detalhes podem ser encontrados em ETCHEVERRY, Carlos Alberto. *O bug do milênio e o direito*.http://www.jus.com.br/doutrina/bug1.html.

processo de compatibilização com o ano 2000, pode lançar mísseis acidentalmente[3].

Na seara jurídica, as conseqüências não são menos polêmicas, prevendo-se um turbilhão de processos. Tal previsão já é realidade no Brasil: "o São Paulo Futebol Clube ingressou com uma ação contra a Ectel S.A., empresa do grupo Siemens, para que seu sistema de telefonia seja adaptado gratuitamente para funcionar a partir do ano 2000. Essa é a primeira ação no Brasil que discute a responsabilidade dos fabricantes de computadores sobre a adaptação dos sistemas e máquinas"[4].

Nos Estados Unidos, há uma crescente onda de litígios tendo como alvo sistemas defeituosos. Existem diversos processos em andamento envolvendo milhões de dólares em indenizações. A estimativa é de que sejam gastos 5 dólares em despesas jurídicas para cada dólar não investido na adaptação[5].

3. A Utilização de Seguros

A falha dos "softwares" já poderia ter sido eliminada, uma vez que foi diagnosticada há mais de uma década. O fato era previsível, não podendo ser classificado como fortuito. Em virtude de sua previsibilidade e evitabilidade, a maioria dos danos não pode ser considerada acidental, surgindo discussões sobre a viabilidade de utilização de seguros para cobrir as perdas relacionadas ao "bug do milênio". Algumas companhias seguradoras alegam a impossibilidade de segurar "um prédio em chamas". Além disso, à medida que se conscientizam dos riscos e custos envolvidos, tendem a colocar restrições ou se afastarem de negócios afetados pelo "bug".

As seguradoras têm exigido uma série de requisitos, entre os quais a necessidade de as empresas provarem que fizeram todo o possível para se adequarem à mudança de data. Outras vão mais além e exigem da empresa requerente do seguro comprovação de compatibilidade com o novo milênio. Tal exigência tem sido alvo de polêmica, uma vez que não haveria necessidade de recorrer a uma seguradora se a empresa pudesse provar que está totalmente preparada para a mudança de data. Ainda assim, em virtude da dificuldade de se

---

[3] Para uma análise do estágio de atualização dos países ver relatório de BLUM, Renato M. S. Opice. *O Bug do milênio: impactos setoriais.* http://www.jus.com.br/doutrina/bug2000.html.

[4] *Clube processa empresa para evitar prejuízo com bug.* O ESTADO DE SÃO PAULO, 14/01/99.

[5] BLUM, Renato M. S. Opice. *Bug do milênio: quem é o culpado?* http://www.jus.com.br/doutrina/bug20002.html

ter total certeza sobre a compatibilidade dos sistemas, o recurso dos seguros tem sido seriamente considerado pelas organizações empresariais.

As condições do seguro vão depender de variados aspectos dependentes principalmente das características do segurado. Devem ser observados, entre outros, a quantidade de máquinas e sistemas possivelmente afetados; o tempo que ainda resta e as medidas já tomadas visando à adaptação; os planos de compatibilização com os parceiros e usuários que compartilham dados eletrônicos. Ademais, devem ser avaliadas as possíveis reclamações contra a empresa - uma fabricante de produtos hospitalares, por exemplo, pode ser sujeita não só a responsabilidade civil, mas também a responsabilidade penal.

As questões envolvendo a responsabilidade de diretores e altos funcionários, por ausência de atitude e empenho devidos na adequação da empresa, tem sido excluídas dos planos de muitas seguradoras. Esse tipo de causa é uma das que tem mais chance de surgir e terá como autores os investidores lesados pelos prejuízos sofridos pela empresa. Aspectos secundários, diante das somas envolvidas, como perda de produtividade e erros de data sem maiores conseqüências também estão fora do alvo das seguradoras.

4. Direitos Autorais

Objetivando a compatibilização com o novo milênio, muitas empresas têm desenvolvido projetos para modificar seus "softwares". Quando estes são desenvolvidos internamente pela própria empresa, os direitos autorais a ela pertencem, podendo, então, fazer as modificações que bem entender. No entanto, na grande maioria dos casos, os programas de computador são adquiridos de outros fornecedores. A empresa fica autorizada a utilizar o programa adquirido através de um contrato de licença de uso (a falta deste pode ser suprida pela documento fiscal correspondente[6]). Neste contrato de licença, determina-se se a licenciada poderá fazer modificações no programa e, em caso afirmativo, se poderá ou não contratar terceiros para ajudar a executar tal tarefa.

Os direitos sobre tais modificações pertencem a quem as fizer, seja a empresa detentora da licença de uso sobre o produto ou terceiros por aquela contratada, salvo determinação contratual em contrário[7].

Haverá violação de direitos autorais, portanto, em dois casos. Quando a empresa: modificar o programa, sem autorização contratual; delegar a terceiros não autorizados a tarefa de auxiliar ou desenvolver as modificações.

---

[6] Lei nº 9.609/98, art. 9º, Parágrafo Único.
[7] Lei nº 9.609/98, art. 5º.

Apesar de o objetivo almejado, ao modificar os programas seja perfeitamente legítimo, - adequar os sistemas informáticos para evitar prejuízos e danos a terceiros - a legislação brasileira considera tais modificações, quando não autorizadas, violação de direito autoral. Verificada tal ocorrência, o licenciado pode ser responsabilizado, com base na Lei nº 9.609/98, art. 12, com pena variando de multa a detenção de seis meses a dois anos.

5. Questões de Direitos do Consumidor

O primeiro caso relacionado ao "bug" a ir aos tribunais ocorreu nos Estados Unidos, em agosto de 1997, na Corte de Michigan, na qual o estabelecimento *Produce Palace Internacional* ajuizou uma ação contra a *TEC-America Cash Register Inc.* e a *All American Cash Register Inc*[8]. A autora da ação, uma mercearia, alegava violação do contrato e da garantia, negligência na assistência técnica, e outras violações às normas de proteção ao consumidor, por parte do vendedor e do fabricante da caixa registradora informatizada. De fato, o produto em questão além de não aceitar cartões de crédito com datas de vencimento posteriores a 1999, fazia a rede de informática, que controlava as transações da empresa, parar por horas. A essa ação pioneira seguiram-se diversas em todo o mundo, a maioria envolvendo desrespeitos a direitos do consumidor.

Há consenso de que, a partir de 1990, o "bug" já era perfeitamente divulgado e conhecido. Desde então, qualquer produto fabricado e posto em comercialização não compatível com o ano 2000 já sujeitava o fornecedor do produto à responsabilidade por danos produzidos. O fornecedor passa a ter o dever de comunicar se o produto é tolerável ou não à mudança de data. Caso não seja tolerável, deverá informar o tipo de adaptação necessária e, finalmente, se haverá algum encargo adicional ao adquirente.

Parece óbvio que o consumidor não deva pagar por reparos em produtos defeituosos adquiridos, já que com o produto adquire-se também o direito de tê-lo funcionando em perfeito estado. No entanto, para justificar o valor cobrado pelas atualizações, empresas produtoras de "softwares" têm comparado a aquisição de uma versão compatível ao ano 2000 com a simples aquisição de uma versão atualizada de um sistema operacional, por exemplo. Dessa forma, não poderiam imaginar que um consumidor que adquiriu um

[8] Para uma descrição mais detalhada do caso, cf. NADLER, David M. e FONG, Kendrick C. *First Year 2000 Class Action Filed.* http://www.comlinks.com/legal/dmm3.htm.

sistema operacional em 1993 iria se recusar a pagar por uma nova versão melhorada no futuro.

A falácia da comparação é flagrante, na medida em que não se trata de simples reposição de tecnologia velha por nova. O usuário que utiliza um sistema operacional tem a opção de permanecer com o antigo, sem defeito algum. Há possibilidade de escolha; enquanto que, no caso do produto defeituoso, a sua troca é obrigatória para continuar usando-o. Além disto, a correção não pode ser considerada um aperfeiçoamento do sistema e, portanto, não deve ser cobrada do usuário. O próprio Código de Defesa do Consumidor[9] rechaça tal comparação como observa-se em seu artigo 12, §2º: "O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro melhor ter sido colocado no mercado".

O Código de Defesa do Consumidor deduz a essência do "bug do ano 2000" a partir dos seus efeitos sobre os consumidores. Dessa forma, o defeito é classificado em "fato do produto" ou "vício do produto", de acordo com a natureza do dano causado. Se o defeito em "software" e/ou "hardware" envolve risco à vida e/ou segurança do consumidor (marcapasso, controladora de temperatura de caldeiras industrais, sistema de controle de vôo de avião etc), trata-se de "fato do produto". Nesse caso o fabricante, o produtor, o construtor e, mesmo o importador respondem pelos danos causados pelo produto. Não há necessidade de prévia tentativa de resolução amigável e equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento. Já quando não existe qualquer risco à vida ou à segurança, mas perda sofrida pelo consumidor, que não recebeu, em contrapartida do valor pago, o produto conforme ao que foi convencionado (videocassete com problema no relógio, por exemplo) trata-se de "vício do produto". Aqui não existe necessariamente um dano causado pelo produto, mas uma perda do seu valor de compra em virtude da avaria existente. A legislação é mais branda, possibilitando a prévia resolução amigável do vício, antes de outras medidas (troca, redução do preço ou devolução e indenização)[10].

6. Medidas Governamentais e Legislativas

---

[9] Os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor só podem ser aplicados em relação a fatos ocorridos a partir de março de 1991, data de sua entrada em vigor.

[10] Um excelente e exaustivo estudo sobre direitos do consumidor em face do bug do milênio pode ser encontrado em FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. *Bug do milênio: Aspectos jurídicos.* http://cf3.uol.com.br:8000/consultor/chama1.cfm?numero=455.

Em países como Estados Unidos, Austrália e Canadá, líderes nos esforços de compatibilização com o novo milênio, os Governos têm desempenhado papel importante de fiscalização e regulação, principalmente em relação a setores fundamentais como finanças, saúde e segurança. Além disso, os respectivos Poderes Legislativos têm editado leis com a finalidade de apoiar a campanha de adequação dos agentes econômicos.

Na Austrália, há o projeto de lei batizado de "Good Samaritan Law", o qual limita a responsabilidade das empresas na troca de informações sobre seus planos de ação para enfrentar o "bug". O projeto tem o objetivo de impedir que as companhias sejam processadas, com base nas próprias declarações, desde que feitas em boa fé. A proteção, exluindo possíveis pesadelos judiciais, estimularia as empresas a declararem sua real situação e facilitaria a fiscalização estatal sobre os relatórios empresariais.

Nos Estados Unidos, maior usuário e produtor de gêneros informáticos do planeta, vários Estados têm projetos de lei em tramitação relacionados ao tema. A maioria destes projetos tem como objetivo limitar responsabilidades associadas ao "bug", principalmente em relação a divergências entre consumidores e fornecedores. Tal preocupação legislativa ocorre porque, nos Estados Unidos, a exposição a litígios tem sido freqüente, existindo centenas de acordos firmados envolvendo milhões de dólares. Para impedir a real ameaça de as ações superarem o próprio patrimônio líquido das empresas, os projetos de lei em estudo propõem a exclusão de indenizações por danos morais, emergentes e por lucros cessantes[11].

No Brasil, sexto maior usuário de informática no mundo, o tema é preocupante, "especialmente no setor público, que sabidamente possui um sistema operacional complexo, burocrático, dependente de dotações orçamentárias e submetido a legislações rígidas como a Lei de Licitações"[12]. Na esfera federal, o Orçamento da União de 1998, por exemplo, não contemplou recursos para a correção do "bug do milênio", forçando os órgãos públicos a adotarem a política do "Salve-se quem puder". Nesse sentido, o então Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (atual Secretaria da Administração e do Patrimônio) recomendou a cada órgão rearranjar seu orçamento e priorizar o ajuste.

---

[11] Bug do Milênio - O que fazer para combatê-lo. http://www.cni.org.br/f-ps-bug.htm (VER)

[12] QUINTANILHA, Leomar. Discurso no Senado Federal transcrito na ata da Sessão do Plenário do Senado Federal referente a 45ª Sessão Deliberativa Ordinária de 12/05/1998. http://webthes.senado.gov.br/silo.

O mercado financeiro brasileiro seguiu a experiência da Austrália, onde a Bolsa de Valores estipulou um prazo para que as companhias revelassem seus planos relacionados ao "bug", sob pena de terem as suas ações suspensas dos pregões. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) impôs exigência semelhante, com o objetivo de preservar o investidor e o sistema financeiro nacional. A CVM - através da Instrução nº 276/98 e nº 293/98 - estipulou a data-limite de 31/12/98 para que as entidades sob seu controle tomassem as medidas cabíveis no sentido de atualizarem seus sistemas.

As determinações surtiram efeito, mesmo porque o custo de problemas advindos da não adequação não será pago pelo governo, mas sim pelo próprio mercado. Somas expressivas vêm sendo gastas no processo de adequação e, segundo a CVM, a normalidade do funcionamento do mercado financeiro será mantida, conquanto não se possa asseverar 100% de certeza.

O Banco do Brasil, obedecendo às determinações da CVM e do Banco Central (resolução nº 2453), vem tomando medidas como: utilização de consultoria externa para a certificação das adequações já realizadas; análise da capacidade de imunidade dos clientes e/ou parceiros do Banco quanto ao "bug"; nos contratos com os fornecedores passou-se a exigir a imunidade de seus produtos e/ou serviços ao "bug"[13]. Com a quase totalidade de seu parque tecnológico pronto para aguardar a chegada do milênio, o Banco destina o ano de 1999 a proteger as relações com os clientes e parceiros, a fim de que não sejam afetadas com a mudança de data.

7. O Papel dos Advogados

A estratégia de adequação de qualquer empresa deve ser guiada não apenas por administradores e especialistas em informática. Também aos advogados cabe desempenhar específica função na avaliação dos riscos legais, face a possíveis falhas em produtos e serviços, decorrentes de sistemas vulneráveis ao "bug do ano 2000". Poderão municiar a empresa de todos os meios legais para proteger seus negócios, como também preparar o plano de defesa na ocorrência ou iminência de litígio.

O advogado poderá atuar, por exemplo: conduzindo auditoria legal de contratos, licenças de "software" e "hardware", leis aplicáveis, planos de ação em relação a seguros. Dessa forma, pode ser determinado se terceiros são, total ou parcialmente, responsáveis pela tarefa de tornar a empresa compatível com o "bug do ano 2000" e, ainda, se a empresa tem responsabilidade jurídica por

[13] Relatório de acompanhamento do estágio de atualização em *Empresas participantes do IBOVESPA*. http://www.cvm.gov.br/port/a2000/

algum dano causado; orientando o desenvolvimento de procedimentos para documentação dos esforços de compatibilização. A prova do devido empenho na correção do problema será o argumento principal da defesa em caso de ir a juízo; estabelecendo princípios contratuais para evitar aquisições de produtos e serviços não compatíveis com o "bug do ano 2000"; orientando, quando da retificação dos programas, sobre o cuidado em não violação de direitos autorais[14]; informando diretores, altos funcionários e administradores sobre suas responsabilidades legais em promover os esforços exigidos no enfrentamento do problema.

8. Conclusão

Distante da pretensão de esgotar o tema, o propósito do atual trabalho foi chamar a atenção ao assunto ainda pouco explorado no meio jurídico e convidar ao debate, esboçando os traços fundamentais da questão.

Passados vários anos desde a previsão do problema, a comunidade internacional enfim tem procurado solucioná-lo. No entanto, o processo de reconhecimento da gravidade do perigo não foi rápido. Passou-se por um ciclo composto de três etapas: conhecimento, consciência e ação. Hoje, a maioria já conhece o problema, muitos têm consciência da necessidade de agir e uma boa parte tem agido para enfrentá-lo. Ainda assim, o "reveillon" de 1999 pode trazer notícias desagradáveis, muitas delas previsíveis, outras surpreendentes. Devido ao atraso de vários países, entre eles o Brasil, muitos sistemas não estarão prontos para a mudança no calendário.

Devido aos danos que advirão, haverá crescente tendência em utilizar remédios jurídicos para tutelar tais situações. Já que o confronto do Direito com situações não previstas é provável, especialmente tratando de tecnologia em constante mutação, vale lembrar a lição de Oliver Wendell Holmes, segundo o qual, a vida do Direito tem sido "menos lógica do que experiência". De fato, em face de mudanças e novos desafios, a experiência da vida, mais do que meros esquemas lógico-doutrinários, pode dar ao Direito o vigor e a legitimidade de que necessita.

Por fim, cumpre fazer uma ponderação final a respeito da lição que qualquer profissional pode tirar do "bug do milênio". O espírito pragmático dos especialistas em informática negligenciou um conceito fundamental: planejamento. Não vislumbrou-se a avassaladora informatização da vida social e a proximidade da virada do milênio. Com efeito, o maior aprendizado pode ser

[14] Ver nova lei do software - Lei nº 9.609/98.

considerado a conscientização da importância de se pensar a longo prazo sobre as conseqüências da atividade humana.

9. Bibliografia

01. BLUM, Renato M. S. Opice. O Bug do milênio: impactos setoriais. http://www.jus.com.br/doutrina/bug2000.html, 10 de janeiro de 1999.

02. _____. O Bug e as indenizações. http://www.braznet.com.br/~arrabal/artigos/blum1.htm, 5 de janeiro de 1999.

03. _____. Bug do milênio: quem é o culpado? http://www.jus.com.br/doutrina/bug20002.html, 10 de janeiro de 1999.

04. CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários ao Código do Consumidor.* Rio de Janeiro, Forense, 1992.

05. ETCHEVERRY, Carlos Alberto. O bug do milênio e o direito. http://www.jus.com.br/doutrina/bug1.html, 6 de fevereiro de 1999.

06. FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. Bug do milênio: Aspectos jurídicos. http://cf3.uol.com.br:8000/consultor/chama1.cfm?numero=455, 30 de janeiro de 1999.

07. MANN, J. Fraser e GAHTAN, Alan M. The Year 2000 Bug: Legal Issues. http://www.borden.com/techlaw/year2000/2000BUG.HTM, 8 de janeiro de 1999.

08. GOLDBERG, Steven H. How lawyers can help meet the year 2000 challenge. http://www.2000legal.com/attorney.htm, 17 de janeiro de 1999.

09. _____. Will insurance policies cover Year 2000 losses? http://www.2000legal.com/faqs.htm#INSURANCE, 17 de janeiro de 1999.

10. HOCK, Steven L. Year 2000 copyright maze. http://www.tmjb.com/article/art_03.htm, 8 de janeiro de 1999.

11. NADLER, David M. e FONG, Kendrick C. First Year 2000 Class Action Filed. http://www.comlinks.com/legal/dmm3.htm, 10 de janeiro de 1999.

12. PINHEIRO, Fernando B. e BICUDO, Cristiana. O Bug do Milênio. http://cf3.uol.com.br:8000/consultor/arti.cfm?numero=628, 17 de janeiro de 1999.

13. ULRICH, William M. *A crise do software no ano 2000*, Makron, 1998.

14. WILSON, Faith M. Into the Future: Legal Issues Relating to Year 2000 Compliance of Company Computer Systems. http://www.woodsrogers.com/articles/2art-4g.htm, 30 de janeiro de 1999.

DEGRADAÇÃO AMBIENTAL CRIMINOSA: GENOCÍDIO DISSIMULADO (II)

Maria do Rosário Moraes Cavalcanti
(Bacharela em Direito – UFPE)

O GENOCÍDIO PELO ECOCÍDIO.

1. O meio ambiente e sua tutela jurídica.

1.1. Conceito de meio ambiente.

Inúmeras são as dificuldades em se estabelecer conceitos, seja porque ele não pode ser tão amplo a ponto de descaracterizar o objeto, nem tão restrito que não o caracterize, seja pela tendência de introduzirmos nossa visão e formação quando conceituamos algo.

Extremamente amplo, o termo "meio ambiente[1]" se presta a diversas abordagens, dependendo de quem a utiliza. Há, assim, um sem-número de conceitos, dados por biólogos, ecologistas, juristas etc.

Há autores que se voltam apenas para os elementos naturais formadores do meio ambiente; outros, incluem, também, os elementos artificiais.

Do ponto de vista jurídico, à Lei nº 6.938/81, art. 3º, I, "d", conceitua, pioneiramente entre nós, meio ambiente como "*... o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida*

[1] A expressão "meio ambiente", apesar de considerada redundante, vem sendo utilizada na legislação pátria, por reforçar o seu sentido.

em todas as suas formas." Percebe-se que o referido dispositivo legal contemplou apenas uma de suas vertentes, ou seja, o seu aspecto natural, inter-relacionando seus elementos básicos, como a água, o solo, o ar e a biota.

Já a Constituição Federal o consagra como "bem de uso comum do povo" que, na opinião de alguns autores, esta expressão havia sido utilizada na mesma acepção do Código Civil. Porém, o constituinte, ao utilizar tal expressão, objetivou restringir seu significado, implicando que, o meio ambiente, por ser de uso comum, não pode ser apropriado nem alienado, e reservas ecológicas localizadas em propriedades privadas não autorizam seus proprietários a utilizá-las a seu bel-prazer, ou seja, em nome de um direito comum a todos, restringe-se até o direito de propriedade.

Nota-se no conceito dado pela Lei nº 6.938/81, a ausência dos elementos artificiais, também formadores do meio ambiente. Tais elementos subdividem-se em artificiais culturais, por terem adquirido, como obra humana, valor especial, e os meramente artificiais. São exemplos destes, o espaço urbano construído, as ruas e praças, e daqueles, o espaço artístico, histórico, paisagístico, arqueológico e turístico.

Desta forma, para conceituar meio ambiente a contento, deve-se levar em consideração não só os elementos naturais, mas também os artificiais. Parece-nos, assim, mais apropriado o conceito dado por José Afonso da Silva[2], em que meio ambiente é *"... a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas."*

1.2. Tutela ambiental no direito brasileiro.

Durante séculos, por todo o planeta, uma visão acentuadamente antropocêntrica tornou o meio ambiente um elemento secundário, degradado impiedosamente, servindo apenas como fonte e/ou depósito dos interesses e necessidades do homem.

Não necessariamente uma mudança de visão, mas uma imperiosa necessidade de preservar o ambiente para tornar possível a existência humana, resultou em uma preocupação em reduzir os níveis de degradação e implantar uma política de prevenção e repressão aos danos ambientais.

Tal preocupação saiu de âmbitos, como o filosófico, ecológico, político, econômico e adentrou na seara jurídica, buscando sua regulamentação.

Também por influência do direito internacional em matéria ambiental, temos, no Brasil, do ponto de vista jurídico, a transformação de uma

---

[2] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional.* 2ª ed. São Paulo: Rev. Malheiros Ed, 1995. pp. 02.

desconsideração total ao meio ambiente a uma proteção constitucional, passando por leis ordinárias de caráter específico ou global e vasta regulamentação.

Remetendo-nos às Ordenações Filipinas, encontramos uma restrição à poluição sonora[3] e das águas[4], além da tipificação como crime o corte de árvores frutíferas[5]. No entanto, esta preocupação visava proteger não o meio ambiente, mas garantir o bem-estar da população. O mesmo se pode dizer do nosso Código Civil, em seu artigo 554, em que, regulando os conflitos de vizinhança, o proprietário ou inquilino de um imóvel não pode utilizá-lo de forma a prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos vizinhos. Se pensarmos que danos ambientais perturbam a nossa segurança, sossego e saúde, temos, ainda que indiretamente, uma forma de proteção ambiental. Assim, tendo como objetivo a proteção do homem, as normas jurídicas protegem o ambiente incidentalmente.

Normas, entretanto, de caráter essencialmente ambiental, foram paulatinamente criadas e, na maioria das vezes, eram "setorizadas", como o Código Florestal, de Pesca, de Caça etc. Dado este caráter "setorizado" das normas e a interdependência dos elementos que compõem o meio ambiente, fez-se mister uma norma geral que inter-relacionasse estes diversos elementos. Surgiu, então, a Lei nº 6.938/81, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e o Sistema Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação.

Destacam-se nesta lei, além dos conceitos de meio ambiente, poluição e poluidor, a adoção do princípio internacional do "poluidor-pagador", aceito por parte da doutrina, em sua acepção preventiva, reparatória e repressiva.

Em sua acepção originária, tal princípio consiste na imputação ao poluidor dos custos ambientais decorrentes de sua atividade, ou seja, o ônus ambiental decorre "naturalmente" da atividade degradadora. Não significa, entretanto, que ao poluidor seja dado o direito de degradar o ambiente, pelo fato de pagar por isto[6], nem que esta cadeia tenha fim com o pagamento pela poluição causada. Ao contrário, internalizando os custos ambientais, tem-se, posteriormente, sua externalização embutida no preço final dos produtos,

[3] Ordenações Filipinas. Livro V, Título LXXXI.
[4] Idem. Livro V, Título LXXXVIII, § 7º. Origem do conceito legal de poluição.
[5] Ibidem. Livro V, Título XXV.
[6] Erroneamente, degradadores passaram a utilizar a expressão "pago, logo poluo" para ratificar o "direito de poluir."

adquiridos pelo consumidor[7]. É o que preconiza o artigo 4º, VII, da Lei nº 6.938/81:

"*A Política Nacional do Meio Ambiente visará:*

... À imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos."

Surge, assim, como conseqüência, a busca por produtos e técnicas menos poluentes, importando em uma prevenção aos danos ambientais[8].

Atualmente, o princípio "poluidor-pagador", em acepção lata, inclui, também, o aspecto reparatório e o repressivo. Nestes casos, o dano já ocorreu e o poluidor vai indenizar aqueles que sofreram com o ocorrido (meio ambiente e/ou coletividade). Decorre desta vertente do princípio em questão, a responsabilidade civil que, em matéria ambiental, assume o caráter objetivo.

Sobre a responsabilidade civil objetiva, fundamentada no princípio "poluidor-pagador", dispõe o artigo 14, § 1º, da já referida lei:

"*... é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade...*".

Embora a preocupação ambiental se encontre distribuída por todo o texto constitucional, a nossa Carta Magna inovou ao inserir no Título "Da Ordem Social" um capítulo específico sobre meio ambiente.

O artigo 225, especialmente dedicado ao meio ambiente, traz alguns pontos que merecem nossa observação.

- Todos, independente de serem nacionais ou estrangeiros, têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo este bem de "uso comum do povo[9]" e essencial à sadia qualidade de vida, em que impõe tanto ao Poder Público (federal, estadual e municipal) quanto à coletividade a obrigação de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações;
- a exigência de um estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental;
- a observância da responsabilidade civil objetiva para aqueles que explorarem recursos minerais[10], e

---

[7] Surge, então, a figura do "usuário-pagador".

[8] Inobstante o princípio "poluidor-pagador" ter uma conotação, preponderantemente, econômica, não podemos desconsiderar a prevenção resultante de uma consciência ecológica. Infelizmente, esta última ocorre com muito menos freqüência.

[9] Sobre a expressão em destaque, vide capítulo referente ao Conceito de Meio Ambiente.

[10] Críticas são feitas a este dispositivo, pois a responsabilidade civil objetiva deve recair

- o estabelecimento de sanções penais para as pessoas jurídicas[11].

Inobstante a relevância dos dispositivos citados e de outros, distribuídos por todo o texto constitucional, consideramos de suma importância o contido em seu artigo 225, § 1º, VI, em que, a fim de assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, faz-se necessária a promoção da educação ambiental e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

Qualquer política de mudança de comportamento só será realmente eficaz se houver uma conscientização de que esta é a melhor alternativa, o melhor caminho ou, muitas vezes, o único. Se não houver a conscientização, as mudanças serão mais lentas e pautadas, sempre, pela imposição. Não significa, entretanto, que devemos abominá-la. Como exemplo, no Brasil, recente pesquisa[12] revelou que o meio ambiente ocupa o 7º lugar dentre as prioridades para as pessoas com maior renda e maior nível de educação e o 11º, para aquelas de menor renda e escolaridade. Assim, a curto prazo, no caso do meio ambiente, as mudanças devem ser impostas, pois a população não assimilará que deve preservá-lo, quando ela, historicamente, o vem degradando. Desta forma, busca-se em outras instâncias, como na economia e no direito, a coação, que se dá através do pagamento de multas, da interdição de atividade, da obrigação de reparar danos, do estabelecimento de sanções penais etc.

---

não só sobre aqueles que explorem recursos minerais, mas sobre aqueles que degradem todos os recursos ambientais.

[11] O § 3º é um dos que mais suscitam críticas e divergências doutrinárias.

Sobre a matéria, ver o capítulo sobre Responsabilidade Penal por Danos Ambientais.

[12] Pesquisa encomendada pelo Ministério do Meio Ambiente dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal ao IBOPE. Jornal do Commercio. *Meio Ambiente não é prioridade no Brasil/ Faltam informações sobre ecologia.* Recife: 25/05/97.

Inobstante o meio ambiente não ocupar lugar de destaque dentre as preocupações dos brasileiros e a maioria ter, sobre a matéria, uma visão parcial, voltada para seus elementos naturais - menos de 40% dos entrevistados inclui homens/mulheres, cidades, favelas e índios como parte do meio ambiente - ao destacar o ar, animais, rios, matas, águas etc, como seus componentes, há uma disposição em ajudar na proteção ambiental, através da reciclagem de lixo (72%), da eliminação do desperdício de água (52%) e da redução do consumo de energia e gás (41%).

A pesquisa destaca, ainda, como maiores problemas ambientais, tanto no Brasil como no mundo, a derrubada de árvores e queimadas e a poluição e contaminação de rios, praias e lagos.

Outro dado de destaque revela que 95% da população considera a educação ambiental como o instrumento mais eficaz para uma mudança de comportamento.

Infelizmente, esta é a forma como as pessoas vêem e têm para preservar o ambiente. Como conseqüência, constantes são as violações a este direito, pois falta uma política de conscientização sobre a matéria. Neste ponto, a educação ambiental torna-se importantíssima, pois somente através dela se conseguirá eficazmente proteger o ambiente.

Conscientização não surge como um passe de mágica, mas como filha dileta da educação.

1.3. Tutela ambiental no direito internacional convencional.

Apesar da intrínseca relação homem x meio ambiente, a questão ecológica não fora alvo de preocupação mais aguçada até início dos anos 70, em que os esforços envidados culminaram com a Conferência de Estocolmo sobre Meio Ambiente, em 1972, resultando na Declaração de Estocolmo. Existem, inobstante, preocupações ambientais anteriores a esta época, como a Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição do Mar por Óleo (1954), Tratado da Antártica (1959), Tratado Proibindo Experiências (testes) com Armas Nucleares na Atmosfera, no Espaço Ultraterrestre e Debaixo d'Água (1963).

No entanto, foi a partir da Declaração de Estocolmo que Estados e população em geral voltaram-se mais efetivamente para uma situação já apontada por ecologistas e organizações internacionais: a destruição assustadora do meio ambiente em nome do desenvolvimento e na luta contra a fome e a miséria.

Em 1992, vinte anos após Estocolmo, o Brasil sediou outra conferência nos moldes da anterior, desta feita, no Rio de Janeiro. A consciência ecológica ou, pelo menos, a necessidade de se buscar alternativas ou soluções para os grandes problemas ambientais, reuniu um número muito maior de participantes.

Nesses quase trinta anos que nos separam de Estocolmo, temos um grande número de tratados envolvendo questões ambientais, tais como: Convenção sobre a Proibição do Uso Militar ou Hostil de Técnicas de Modificação Ambiental (1977), Convenção sobre os Direitos do Mar (1982), Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio (1985) e Convenção sobre Diversidade Biológica (1992).

Isto significa que, em nível de direito internacional, a principal fonte, no que se refere às questões ambientais, são os tratados. Segundo Aldo Jacomo Zucca[13], a primazia dos tratados, deve-se, não só pela maior precisão das

[13] ZUCCA, Aldo Jacomo. *O Direito da Terra – Rumo a um Direito Internacional Ambiental*

normas convencionais frente às costumeiras, como também, porque a preocupação com as questões ambientais é relativamente recente e a sociedade internacional tem pressa em buscar soluções negociadas. O ponto negativo da adoção dos tratados como principal fonte de Direito Internacional para questões ambientais diz respeito à vinculação apenas das partes, ou seja, as normas emanadas dos tratados não obrigam, via de regra, terceiros.

Sem deixar de lado outras fontes, como o costume, os princípios gerais de direito ou as decisões das Organizações Internacionais, acreditamos que tais fontes, aliadas à cooperação de todos na preservação do bem comum, o meio ambiente, será decisiva na busca do desenvolvimento sustentável.

2. Condutas lesivas ao meio ambiente e seus danos às gerações presente e futura.

2.1. O desmatamento.

Constitui-se grave conseqüência do descaso com as questões ambientais, seja por parte das autoridades estatais, seja pela população, a derrubada indiscriminada de árvores e da vegetação de forma geral. Associada à falta de consciência ecológica, o anseio em retirar da terra tudo o que ela possa oferecer - resultado da pobreza nos países subdesenvolvidos e, dos interesses econômicos, nos desenvolvidos - o desmatamento acarreta conseqüências seríssimas, repercutindo em todas as esferas do ambiente.

Neste sentido, a Lei nº 4.771/65[14], prevê medidas tendentes a prevenir e regulamentar o desflorestamento, ou ainda, minimizar seus efeitos quando este tenha que ocorrer. Assim, as florestas de preservação permanente só poderão ser suprimidas, total ou parcialmente, com autorização do Poder Executivo Federal e nos casos em que tal atitude for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social. Há, ainda, interferência no direito de propriedade quando for necessário o florestamento ou reflorestamento de preservação permanente e o proprietário não o fizer. Neste caso, o Poder Público Federal o fará, sem desapropriar as terras.

Prevê, ainda, a referida lei o plantio em terras próprias ou pertencentes a terceiros no caso de empresas industriais que, por sua natureza, consumirem grandes quantidades de matéria-prima florestal.

No entanto, devido às dificuldades práticas, os dispositivos legais tornam-se ineficazes. Vê-se diariamente nos noticiários casos de desmatamento

Efetivo. Rio de Janeiro: Qualitymak Ed, 1992. pp. 15.

[14] Institui o novo Código Florestal.

contrariando o disposto nos diplomas legais e poucas providências sendo tomadas no sentido de modificar tal situação.

No nosso cotidiano, o desmate e a destruição da vegetação em geral se faz sentir nos níveis de poluição pela diminuição de árvores para transformação de gás carbônico em oxigênio, na erosão do solo e na destruição do *habitat* da fauna (além de exemplares da flora), resultando em prejuízos não só para os nossos silvícolas, mas também para todos os "povos da floresta", que retiram da terra o necessário às suas vidas e na queda da qualidade de vida para a população em geral.

2.2. A desertificação[15].

Considerado em todo o mundo como um dos mais sérios problemas ambientais da atualidade, a desertificação[16] é o fenômeno em que ocorre degradação do solo até o exaurimento de sua capacidade produtiva, tornando-o estéril.

Embora tal fenômeno possa resultar de fatores naturais, grande parte dos casos detectados atualmente são oriundos da ação humana com a abertura de clareiras para pasto e agricultura, desvio de águas para irrigação de outras áreas, pastoreio sem regras e atividades agrícolas inadequadas. Ocorre em zonas áridas, semi-áridas e sub-úmidas secas, totalizando 1/3 da superfície do planeta. No mundo, 200 milhões de pessoas já sofrem as conseqüências da desertificação, dos quais 15 milhões são brasileiros[17].

Segundo Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva[18], a desertificação no Brasil figura como um de seus mais graves problemas, não podendo ser desassociada da pobreza e das migrações internas. Apesar de o Nordeste ser uma das regiões mais atingidas, o fenômeno assola também a região de Alegrete (RS), e os freqüentes desmatamentos e queimas de pasto já ameaçam as margens do Paraíba do Sul, no Rio de Janeiro.

---

[15] Ver Lei nº 8.171/91 - art. 19, inciso IV (Recuperação de áreas em processo de desertificação).

[16] Embora os fenômenos de desertificação e formação de deserto sejam distintos, vários autores os têm como sinônimos. Na desertificação, há a perda da capacidade produtiva do solo; no deserto, apesar de seca, a área pode ser produtiva.

[17] Jornal do Commercio. *Desertificação está agora na internet.* Recife: 16/06/96.

[18] SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito Ambiental Internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial.* Rio de Janeiro: Thex Editora, Ltda, 1995. pp. 105.

No plano internacional, o referido autor cita, como exemplo marcante, o Mar de Aral[19], considerado o quarto maior mar interno do mundo, cujo processo de desertificação[20] se deu pela drenagem das águas dos rios Syr Darya e Amu Darya, que o supriam. Após três décadas desta prática degradadora, ele já perdeu 70% de seu volume e há áreas em que a atual margem dista 100 km da antiga. Situado entre três grandes desertos, tem-se, com a diminuição de suas águas, o surgimento de um único e imenso deserto.

Inobstante os casos de desertificação acima apresentados serem resultado da atividade humana, podemos classificá-los, *lato sensu*, como atividades culposas, em que o ambiente é devastado por ignorância, pela falta de consciência ecológica. Há, entretanto, casos de desertificação indiscutivelmente tipificados como dolosos. Na Guerra do Vietnã[21], os Estados Unidos adotaram uma política de destruição ambiental, provocada pelo "agent orange" que, além de destruir as florestas, causou anormalidades genéticas em recém-nascidos e, ainda, natimortos e abortos. Tal ação foi considerada pela sociedade internacional como um verdadeiro ecocídio. Neste caso, o ambiente foi destruído com a finalidade de impedir ataques e emboscadas e, ainda, fragilizar a população local, deixando-os mais vulneráveis à ação americana.

A desertificação, intencional ou não, resulta em um problema seríssimo. O empobrecimento do solo, com sua posterior esterilidade, atingindo grandes áreas em todo o planeta, repercute não só sobre campos e florestas, mas pode tornar impossível a própria vida. Sem conseguir retirar da terra seu alimento, como poderão as espécies sobreviver? Destruindo-se criminosamente elementos constitutivos do ambiente, toda a cadeia que o forma estará ameaçada, inclusive a própria vida humana. Neste caso, grupos humanos inteiros podem até desaparecer por falta de condições ambientais toleráveis e compatíveis com a vida. Teremos, assim, talvez, uma situação de genocídio determinada pelo ecocídio.

2.3. A poluição:

2.3.1. Por resíduos industriais.

O crescimento industrial trouxe consigo várias discussões e preocupações acerca do destino dos resíduos oriundos das indústrias e as

[19] Idem. pp. 105-106.
[20] Não nos parece exemplo típico de área desertificada, mas de formação de deserto, decorrente da ação humana.
[21] Ibidem. pp. 106.

conseqüências do seu inadequado depósito, gerando males ao ambiente e à saúde da população.

Via de regra, os resíduos industriais são depositados de forma inapropriada e diversos desastres ecológicos ocorrem como conseqüência. Citem-se, como exemplos, os registrados em um antigo aterro em Love Canal, Niagara, N.Y., em que foram encontrados e identificados 82 produtos diferentes, sendo 11 suspeitos de causar câncer e um reconhecidamente cancerígeno[22]; e em Samaritá, São Vicente, que, em 1985, descobriram-se resíduos organoclorados, dentre os quais, alguns reconhecidos como cancerígenos, depositados ilegalmente, resultando em contaminação de uma grande área[23].

A Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 6.938/81 estabelecem o estudo de impacto ambiental para obras e atividades causadoras de significativa degradação ambiental. Tal estudo visa estabelecer quais os impactos ambientais resultantes das atividades ou obras e, segundo o artigo 10, § 3º, da já referida Lei nº 6.938/81, *"O órgão estadual do meio ambiente e a SEMA, esta em caráter supletivo, poderão, se necessário e sem prejuizo das penalidades pecuniárias cabíveis, determinar a redução das atividades geradoras de poluição, para manter as emissões gasosas, ou efluentes líquidos e os resíduos sólidos dentro das condições e limites estipulados no licenciamento concedido."*

O Decreto-Lei nº 1.413, de 14.08.75, regulado pelo Decreto nº 76.389, de 3.10.75, dispõe sobre o controle da poluição ambiental causada por atividades industriais. Especificamente em relação aos resíduos industriais, a questão encontra-se regida, apenas, pela Portaria nº 053/79, do então Ministério do Interior e pela Portaria Normativa nº 1.197/90, do IBAMA.

Como podemos verificar, há uma preocupação, até em nível constitucional, com os impactos resultantes de atividades ou obras causadoras de siginificativa degradação ambiental. No entanto, parece-nos que os males oriundos do inadequado armazenamento de resíduos industriais carece de legislação específica, ficando o tratamento da questão restrito ao aspecto repressivo, com o estabelecimento de sanções, resultantes da aplicação das responsabilidades civil, penal e administrativa.

2.3.2. Radioativa.

O desenvolvimento tecnológico vem acarretando mudanças significativas no caminhar da humanidade.

---

[22] SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* pp. 134.
[23] Idem. pp. 135.

A era nuclear, em franca expansão, agrega usos benéficos e, paradoxalmente, maléficos para a vida em nosso planeta. Isso desconsiderando a sua utilização em conflitos bélicos, cujas conseqüências devastadoras levariam o mundo ao denominado "inverno nuclear", em que a fumaça e a fuligem bloqueariam a passagem da luz solar do hemisfério Norte, resultando em um escuro e mortífero inverno, por vários meses[24].

Dentre as formas de utilização benéfica, podemos citar a energia nuclear, considerada fonte "limpa", substituindo, por exemplo, o carvão e as usinas hidroelétricas, responsáveis por prejuízos à ecologia e ao homem, pela poluição atmosférica e pelo alagamento de grandes áreas, respectivamente. Ênfase deve ser dispensada, também, ao seu uso agrícola, industrial e medicinal[25].

O aspecto preventivo, sem dúvida, em referência a material radioativo soa fundamental. No entanto, pela natureza do material utilizado, duas questões preocupam autoridades, ecologistas e população em geral: o que fazer com os rejeitos radioativos e as conseqüências de um acidente nuclear[26].

O alijamento, ou lançamento deliberado de detritos e outras matérias no mar, era prática aceita até a Segunda Guerra Mundial, quando se começou a observar que as matérias lá depositadas não mais eram por ele absorvidas, conseqüência do progresso industrial e da diversidade e intensidade de materiais poluentes.

No que se refere aos rejeitos nucleares, a Agenda 21[27] manifestou-se contrariamente ao seu depósito perto de ambiente marinho, salvo se houver prova científica, com princípios e instruções internacionalmente aceitos, comprovando que tal depósito não representa risco inaceitável para pessoas e o ambiente marinho, nem interfere em outros usos legítimos do mar[28].

Quanto aos acidentes nucleares, podem decorrer desses rejeitos, de manuseamento inadequado do material, até, por negligência de quem possuía a obrigação do devido cuidado, ou, ainda, de vazamentos em usinas nucleares. Nesses dois últimos dois casos, em particular, podemos citar o acidente com o

---

[24] SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Op. Cit.* pp. 71.

[25] Neste sentido, vide Constituição Federal de 1988, artigo 21, inciso XXIII, alíneas "a" a "c".

[26] A Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA) tem contabilizados 750 acidentes com fontes de radiação, no mundo. No entanto, é possível que haja igual número de acidentes não-registrados. Jornal do Commercio. *Metade dos acidentes não tem registro oficial.* Recife: 30/10/97.

[27] Documento aprovado na Convenção do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente.

[28] Capítulo 22.

Césio 137, em Goiânia, e a explosão do reator número quatro da usina nuclear de Chernobyl.

O pó radioativo resultante do acidente em Chernobyl continua se acumulando em suas proximidades. Os efeitos da poluição causada pelo maior desastre atômico da história são sentidos até hoje: o aumento de casos de câncer de tireóide entre crianças; a duplicação de casos de leucemia entre aqueles que participaram das operações de limpeza e descontaminação entre 1986 e 1987; a duplicação da taxa de mutação genética nas crianças nascidas de famílias expostas à radiação; a restrição aos alimentos oriundos daquela região[29], dentre outros.

Exceto em casos como os ocorridos em Goiânia e Chernobyl, o caráter transfronteiriço dos males oriundos da poluição radioativa, torna extremamente difícil a configuração do nexo de causalidade entre o dano causado em um Estado, quando produzido em outro, a considerável distância e tempo da origem da emissão.

Após o desastre em Chernobyl, em que a população diretamente afetada e países vizinhos não foram imediatamente comunicados do ocorrido, impedindo atitudes de precaução, foi realizada, sob os auspícios da ONU, a Convenção sobre Pronta Notificação de Acidente Nuclear[30], em 1986.

Apesar dos benefícios advindos da utilização nuclear, deve-se ressaltar, sempre, os males decorrentes desta atividade, podendo levar a humanidade inteira ao caos e à morte.

2.3.3. Por agrotóxicos.

A explosão populacional requer um aumento da produção agropecuária, a fim de satisfazer suas necessidades básicas. Por outro lado e, como conseqüência desse aumento da população, há, cada vez mais, menos áreas destinadas a estas atividades. Desta forma, as poucas áreas restantes acolhem maior diversidade de produção. Além da redução dessas áreas, outro entrave à elevação da produtividade são as pragas. Surgem, então, produtos, insumos agropecuários, genericamente denominados agrotóxicos, que, de forma eficiente e a baixo custo, controlam as pragas, permitindo uma maior produção.

---

[29] Jornal do Commercio. *População ainda sofre com tragédia nuclear/ Câncer de tireóide atinge os "filhos de Chernobyl" – Crianças nascem com mais risco de mutação genética.* Recife: 24 e 26.04.96.

[30] Inobstante a ratificação, por vários Estados, da citada Convenção, torna-se ela inoperante devido à falta de controle dos Estados em relação aos acidentes ocorridos em seu território.

Ver nota nº 26, do presente trabalho.

Segundo a Resolução nº 12/74, da Comissão Nacional de Normas e Padrões para Alimentos, consideram-se agrotóxicos substâncias ou misturas de substâncias que têm por objetivo não só prevenir a ação, mas também, destruir direta ou indiretamente, dentre outros, ácaros, insetos, fungos, ervas daninhas e bactérias prejudiciais à pecuária, à lavoura, a seus produtos e a outras matérias-primas alimentares.

Como já foi dito anteriormente, o baixo custo e a eficiência fazem com que os agrotóxicos sejam largamente utilizados. No entanto, sua utilização, ainda que dentro de padrões preestabelecidos, trazem conseqüências negativas para o ambiente e a saúde humana, pois, embora atinjam os objetivos desejados, ultrapassam os fins colimados[31].

Após um lapso temporal, verifica-se que várias espécies passam a apresentar resistência a tais substâncias, havendo, também, o aumento populacional de pragas secundárias. Os resíduos ou são liberados no meio ambiente, provocando a contaminação do solo, da água, do ar, ou permanecem nas culturas, sendo transferidos aos alimentos. Em ambos os casos, implicam em danos à saúde e à qualidade de vida[32]. Devemos lembrar, ainda, os danos decorrentes do manuseio inadequado, causando intoxicação e, às vezes, até a morte dos trabalhadores que os utilizam e, também, o descaso com que são tratadas as embalagens dos produtos que, na maioria das vezes, são abandonadas nas plantações ou nos leitos dos rios, contaminando ainda mais o ambiente.

A Constituição Federal, em seu artigo 225, § 1º, V, dispõe que incumbe ao Poder Público *"...controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente."* Neste sentido, foi promulgada a Lei nº 7.802/89, regulamentada pelo Dec. nº 98.816/90, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, ... e a fiscalização dos agrotóxicos, seus componentes e afins.

A referida lei amplia o conceito de agrotóxico, incluindo os meios biológicos de pragas e, ainda, os produtos empregados como desfolhantes, dessecantes, estimuladores e inibidores de crescimento.

---

[31] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* 2ª ed. rev e amp, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989. pp. 313.

[32] Apenas para ratificar o poder nefasto dos agrotóxicos, os compostos fosforados foram inicialmente sintetizados com os nomes de "Scharadan" na Alemanha e "Sarin" nos EUA, para serem utilizados como gases de guerra. (W. F. Almeida. Aspectos toxicológicos agudos e crônicos nas intoxicações por pesticidas. Apud: MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Op. Cit.* pp. 314).

Devemos destacar ainda:

- a obrigação, sob pena de responsabilidade, de imediatas providências da autoridade competente, quando organizações internacionais responsáveis pela saúde, alimentação ou meio ambiente, das quais o Brasil seja membro integrante ou signatário de acordos, alertarem para riscos ou desaconselharem o uso de agrotóxicos, componentes e afins;
- a proibição de registro de agrotóxicos, componentes e afins que revelem características teratogênicas, carcinogênicas ou mutagênicas, de acordo com resultados atualizados de experiências da comunidade científica;
- a proibição, ainda, daquelas substâncias que causem danos ao meio ambiente;
- as responsabilidades administrativa, civil e penal, por danos causados à saúde e ao meio ambiente, do profissional, quando emitir receita errada, displicente ou indevida; do usuário ou prestador de serviço, que agir em desacordo com o receituário; do comerciante, ao efetuar venda sem receituário ou em desacordo com ele; do registrante, quando, por dolo ou culpa, omitir informação ou prestá-las de maneira incorreta; do produtor, que produzir mercadorias em desacordo com as especificações, e, finalmente, do empregador, quando não fornecer e não fizer manutenção de equipamentos adequados à proteção da saúde dos trabalhadores ou dos equipamentos na produção, distribuição e aplicação dos produtos, e
- as penas de reclusão e multa para aqueles que produzirem, comercializarem, transportarem, aplicarem ou prestarem serviços na aplicação de agrotóxicos e afins, descumprindo as exigências da lei, assim como, para o empregador, profissional responsável ou prestador de serviço que deixar de promover as medidas necessárias à proteção da saúde e do meio ambiente.

Embora tenhamos, no plano teórico, regulamentação jurídica a contento, o mesmo não ocorre no plano concreto. Os problemas oriundos da utilização de agrotóxicos e afins no Brasil são seríssimos. Necessário se faz um controle mais eficaz do Poder Público com a aplicação da Constituição Federal e da Lei nº 7.802/89, sob pena de colocar em risco a saúde, a qualidade de vida e a própria vida da população que, direta ou indiretamente, utiliza essas substâncias.

3. A degradação ambiental criminosa como violação do direito à vida "lato sensu" e à integridade física.

Com o avanço nas discussões e implementação de normas de direitos humanos, figura, indubitavelmente, como pressuposto para a efetivação de

todos os outros, o direito à vida. Não se concebe pensarmos em direitos inerentes ao homem, enquanto individualmente considerado, ou enquanto parte de um grupo, desassociadamente do direito à vida.

Faz-se mister, no entanto, refletirmos sobre a abrangência da expressão "DIREITO À VIDA". Será este direito apenas aquele que garante a possibilidade de respirar, de pulsar, de existir em termos biológicos, ou abrange, também, a qualidade deste direito, interligando-o a outros, como a saúde, a alimentação, a moradia, o entorno sadio? Certamente a questão é por demais complexa. A miséria econômica, social e cultural a que populações inteiras são submetidas por descaso das autoridades competentes, resultando em falência do sistema público de saúde, níveis alarmantes de mortalidade infantil em países pobres e em desenvolvimento, falta de moradia digna para grande parcela da população destes países, assim como, degradação criminosa do meio ambiente, seja pelo Estado, seja por particulares, em decorrência da omissão daquele, configuram violações do direito à vida, enquanto violações do direito de viver.

Viver pressupõe vida, mas transcende este conceito, pois leva em consideração a qualidade de vida. Desta forma, o meio ambiente equilibrado resulta vital para a preservação e manutenção do direito de viver.

Os males advindos da degradação ambiental são notórios. O desmatamento inconseqüente; a utilização do solo até o exaurimento de sua capacidade produtiva; o lixo acumulado nas grandes cidades; os resíduos industriais e radioativos dispersos pelo ar, água e solo; a utilização de agrotóxicos nas plantações são algumas das circunstâncias que comprometem a qualidade de vida da população das áreas de onde emanam tais efeitos, assim como, das circunvizinhas.

Com a queda do nível de qualidade de vida, grupos inteiros fragilizam-se, tornando-se susceptíveis de desaparecimento.

Em análise mais superficial, podemos associar como conseqüência do desequilíbrio ambiental sobre o homem, o enfraquecimento e, por vezes, o desaparecimento, apenas, dos grupos vulneráveis. Justifica-se pela intrínseca relação entre ambos.

Tal assertiva é, em parte, verdadeira. Em parte, porque o enfraquecimento e desaparecimento de vários grupos, considerados vulneráveis, devem-se, sem dúvida, ao descaso político de que são vítimas, incluindo-se a condescendência das autoridades com a violenta e criminosa degradação a que vem sendo sistematicamente submetido o meio ambiente. No entanto, grupos "mais" e "menos" vulneráveis sofrem as conseqüências desta conduta autofágica.

Levando-se em consideração as peculiaridades destes grupos, no que se refere ao uso das águas, rios contaminados causam maiores danos àqueles que não têm acesso à água tratada, mas a contaminação e morte de peixes e crustáceos destas áreas atingem todos os grupos; a poluição do ar, causada, em grande parte, pelos resíduos industriais e pelos veículos automotores, associada ao desmatamento, aflige mais diretamente a população das grandes cidades; o uso de agrotóxicos nas plantações deixa seqüelas graves naqueles que manuseiam o produto, contamina os lençóis freáticos e os alimentos ingeridos por todos; o Mal de Chagas deve-se, precipuamente, ao desmatamento, que faz com que o barbeiro, transmissor da doença, procure refúgio nas casas de madeira, comuns na área rural; doenças respiratórias, cânceres, devem-se muito às péssimas condições ambientais.

Nestes termos, a degradação ambiental criminosa não viola somente o direito ao meio ambiente equilibrado, mas vai além. Viola o próprio direito à vida e à integridade física.

É, assim, necessário que o homem perceba a relevância de se manter o ambiente equilibrado, reflita sobre "os nossos pequenos delitos de cada dia" e mude essa visão antropocêntrica, que concede à parte o direito de decidir sobre a qualidade, o futuro e a existência do todo.

4. Responsabilidade por danos ambientais.

4.1. No direito brasileiro:

4.1.1. Responsabilidade civil.

Preceitua o nosso Código Civil em seu artigo 159: *"aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano."* Vige, assim, em nosso ordenamento jurídico, o princípio da responsabilidade civil subjetiva que, para ser aplicada, faz-se necessária a observância de três requisitos básicos, cabendo à vítima prová-los: uma ação comissiva ou omissiva; um dano certo, patrimonial ou não; e o nexo de causalidade entre o dano e a ação.

Tal princípio, no entanto, comporta exceções.

Em sede ambiental, dadas as peculiaridades da matéria, devido às dificuldades de se identificar inequivocamente a autoria de um dano e de se estabelecer o nexo de causalidade entre a ação e o prejuízo causado, inverte-se o ônus da prova e excetua-se o princípio da responsabilidade subjetiva, prevalecendo a responsabilidade objetiva do agente. Neste caso, a existência ou

não de culpa é irrelevante para o surgimento da obrigação de reparar ou indenizar o dano causado.

Em nível constitucional, contempla-se a responsabilidade objetiva por danos ambientais, em matérias específicas, como danos nucleares[33] e exploração de recursos minerais.

Responsabilidades decorrentes de atividades outras que não as supra citadas deverão ser fundamentadas no artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81[35], *in verbis: "... é o poluidor obrigado,* ***independente de culpa***[36]*, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade"*, ou em outras leis específicas.

No que se refere à responsabilidade estatal, o artigo 37, § 6º, da Carta Magna, invoca a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviço público, que responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sendo-lhes assegurado o direito de regresso quando o responsável pelo dano tiver agido com dolo ou culpa.

No entanto, a Administração não responde exclusivamente no caso acima. Quando o particular causar degradação ambiental e esta for resultante de uma "falta" do Poder Público, este responderá solidariamente com aquele, pois todas as atividades potencialmente danosas ao meio ambiente sujeitam-se ao Poder Público, através da fiscalização, vigilância ou controle[37] e, por isso, a Administração torna-se civilmente responsável pelos danos sofridos por terceiros, como conseqüência de sua ação (ao permitir uma atividade poluente, em desacordo com a legislação em vigor) ou de sua omissão (ao negligenciar o policiamento de atividades poluentes).[38]

Em matéria ambiental, a responsabilidade civil[39] surge como a que melhor se adapta às peculiaridades do tema, pois se o objetivo da tutela ambiental é assegurar a todos o meio ambiente ecologicamente equilibrado,

---

[33] Vide Constituição Federal/1988 - Arts. 21, XXIII, "c" e 225, § 2º.

[35] A Lei nº 6.938/81 dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

[36] Grifos nossos.

[37] LUCARELLI, Fábio Dutra. Responsabilidade Civil por Dano Ecológico. Revista dos Tribunais. São Paulo: Vol. 700, Ano 83, Fev, 1994. pp. 19.

[38] CABRAL, Armando Henrique Dias. Apud: LUCARELLI, Fábio Dutra. *Op. cit.* pp. 19.

[39] Sobre a matéria v.: BARROSO, Luis Roberto. "A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira"; CHAVES, Antonio. "Responsabilidade no direito ambiental brasileiro"; SAMPAIO, Francisco José Marques. "O dano ambiental e a responsabilidade". *Revista Forense*, v. 317.

requisito essencial à sadia qualidade de vida, sendo necessária sua preservação não só para as gerações presentes, mas também, para as futuras, inegavelmente, será a reparação dos danos porventura ocorridos que assegurará com maior eficácia os objetivos acima descritos.

4.1.2. Responsabilidade Penal.

Devido à não-associação entre meio ambiente e condições de vida, a questão ambiental não constitui prioridade para grande parte dos brasileiros. Assim, problemas como fome, miséria, desemprego, moradia ocupam lugar de destaque, relegando o meio ambiente a segundo plano. Aliada a esta posição da sociedade, o nosso sistema jurídico ressente-se da capacidade de responsabilizar a contento atitudes anti-sociais consideradas pela sociedade como graves. Diariamente assistimos a decisões judiciais estapafúrdias, causadoras, a princípio, de revolta e indignação, e, ainda assim, posteriormente, caem no esquecimento. O que dizer, então, do desmatamento da floresta amazônica ou do lançamento de dejetos em rios, causando a contaminação e morte de peixes?

Assim, a responsabilidade penal por danos ao meio ambiente soa risível e, do ponto de vista prático, enseja dificuldades, devido ao grande número de crimes desta natureza serem praticados por "pessoas jurídicas" e à dificuldade de proceder a sua responsabilização.

Devemos, entretanto, rever esta posição e colocar o ambiente como uma de nossas preocupações diárias, dando-lhe o merecido destaque.

Neste sentido, a Constituição Federal dedicou um capítulo ao meio ambiente, regulando em seu artigo 225, § 3º:

"As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais...". Embora autores como René Ariel Dotti[40] entendam que o citado dispositivo legal, ao se referir à responsabilidade penal, só o está em relação às pessoas físicas, pois tal responsabilidade continua sendo de natureza e caráter estritamente pessoais, tem-se, como entendimento dominante, a extensão da responsabilidade penal às pessoas jurídicas, no caso de danos ambientais.

Admitindo-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o Estado deve estabelecer se aceita a responsabilidade real ou ficta. Em aceitando a ficta, como no Brasil, aplica-se a Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica. Neste caso, não temos, em verdade, a responsabilização da pessoa jurídica, mas a da pessoa física, que se esconde sob o véu daquela. Entretanto, não nos parece ser este o

[40] DOTTI, René Ariel. Meio Ambiente e Proteção Penal. Revista Ciência Jurídica. Bahia: Ed. Ciência Jurídica, Nº 36, Ano IV, Nov/Dez, 1990. pp. 47.

intuito de nossa Carta Magna. Reforçando este entendimento, o projeto de lei nº 62 (substitutivo) de 1995 imputa à pessoa jurídica enquanto tal, responsabilidade penal por danos ambientais.

Por outro lado, leis, como a de Agrotóxicos[41], em seu artigo 14, *caput*, e alíneas "d", "e" e "f", ao estabelecer que as responsabilidades administrativa, civil e penal, pelos danos causados à saúde das pessoas e ao meio ambiente, quando a produção, a comercialização, a utilização e o transporte não cumprirem o disposto na referida lei, em sua regulamentação e nas legislações estaduais e municipais, cabem, dentre outros, ao registrante, que omitir informações ou fornecer informações incorretas; ao produtor que produzir mercadorias em desacordo com as especificações constantes do registro do produto, do rótulo, da bula, do folheto e da propaganda; e ao empregador, quando não fornecer e não fizer manutenção dos equipamentos adequados à proteção da saúde dos trabalhadores ou dos equipamentos na produção, distribuição e aplicação dos produtos. Prevê, ainda, em seus artigos 15 e 16, as penas de reclusão e multa, cumulativamente, a tais entes. Sabendo-se que os agentes são, na maioria das vezes, pessoas jurídicas, como poderemos aplicar-lhes tais penas? Não nos parece possível.

Há, entretanto, outras penas possíveis de serem aplicadas, estando, inclusive, previstas na Constituição Federal, artigo 5º, XLVI, "b" a "e":

" a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) .....;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos;"

Outro ponto que merece destaque diz respeito à responsabilidade penal para aquelas condutas e atividades autorizadas pelo Poder Público. Paulo José da Costa Jr.[42] e Francisco José Marques Sampaio[43] entendem não se poder considerar como penalmente reprovável a conduta que haja sido aceita como lícita e, conseqüentemente, licenciada pelo Poder Público. Falta, segundo eles, a

[41] Lei nº 7.802/89.

[42] COSTA JR., Paulo José da. "Direito Penal Ecológico." Apud: SAMPAIO, Francisco José Marques. O dano ambiental e a responsabilidade. Revista Forense. Nº 317, 1992. pp. 71.

[43] SAMPAIO, Francisco José Marques. O dano ambiental e a responsabilidade. Revista Forense. Nº 317, 1992. pp. 71.

ilicitude da conduta. Paulo Affonso Leme Machado[44], ao contrário, defende que, mesmo as condutas e atividades autorizadas pelo Poder Público, se lesivas ao meio ambiente, podem ser incriminadas penalmente.

Ratificando, em parte, a posição de Leme Machado, entendo poder haver responsabilidade penal decorrente de atividades licenciadas pelo Poder Público, mas não, de condutas autorizadas.

As atividades lesivas ao meio ambiente, ainda que licenciadas, ensejam a responsabilidade penal, desde que suas condutas desviem-se, afastem-se daquelas inicialmente apresentadas e, por isso, autorizadas. Ocorre, também, que pode o Estudo de Impacto Ambiental não ter sido realizado de forma idônea, mascarando resultados, tornando passível de erro a Avaliação de Impacto Ambiental, resultando em autorização de obras ou atividades, cujo efeito danoso seja diverso do apresentado.

Assim, não pode o licenciamento pelo Poder Público servir como escudo, garantindo todas as condutas utilizadas pela atividade ou obra.

No que se refere às condutas, se autorizadas e se realizadas de acordo com o apresentado, serão lícitas, haja vista o Poder Público não poder autorizar condutas típicas. Os danos decorrentes ensejam a responsabilidade civil, mas não, a penal. Não há tipicidade.

Partilhamos com aqueles que não vêem a responsabilidade penal como a esfera mais relevante a ser imposta àqueles que degradem o meio ambiente. No entanto, acreditamos que medidas mais eficazes no âmbito penal inibem a ação degradadora, auxiliando, juntamente com a responsabilidade civil e a administrativa, no combate aos danos ambientais.

4.1.3. Responsabilidade Administrativa.

As condutas e atividades ocasionadoras de danos ao meio ambiente, no direito brasileiro, ensejam três ordens de responsabilidade: administrativa, civil e penal, cumulativamente entre si.

Sem ensejar polêmicas doutrinárias, a responsabilidade administrativa funciona como instrumento possibilitador do exercício do poder de polícia estatal. Entende Paulo Affonso Leme Machado[45], ser este exercício atividade da administração pública visando limitar ou disciplinar direito, interesse ou liberdade, e reguladora da prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público no que diz respeito, dentre outros, à saúde da população, à conservação dos ecossistemas e ao exercício de atividades, econômicas ou não.

---

[44] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Op. Cit.* pp. 25.
[45] Idem. pp. 188.

Dependentes, estas, de concessão, autorização, permissão ou licença do Poder Público, de cujas atividades possam resultar em poluição ou agressão à natureza.

A responsabilidade administrativa encontra previsão legal especialmente no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, *in verbis:*

"As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas...", e

Lei nº 6.938/81, art. 14, caput, "... o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitarão os transgressores...".

No tocante às sanções, podem ser impostas pelo Poder Público federal, estadual ou municipal, desde que no exercício regular do poder de polícia, sem distinção de quem haja violado a norma. Dessa forma, um ente da federação pode interferir administrativamente nas decisões de um outro ente que haja autorizado condutas ou atividades danosas ao ambiente. Segundo Francisco José Marques Sampaio[46], há uma decisão da Justiça do Estado do Rio de Janeiro ao aterro de uma lagoa que, licenciada formalmente pela administração estadual, estava causando sérios danos ao ambiente.

De acordo com o mesmo artigo 14, da Lei nº 6.938/81, em seus incisos I a IV, ressaltam-se, dentre outras, as penalidades administrativas de multa simples ou diária; perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público; perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito e suspensão de atividade.

Devemos lembrar que há em nossa legislação uma considerável quantidade de tipos penais em branco, resultando, na verdade, em uma "união" entre as responsabilidades penal e administrativa, ocasionando a figura do direito penal-administrativo. Citemos a respeito o artigo 15, *caput*, da lei nº 7.802/89: *"Aquele que produzir, comercializar, transportar, aplicar ou prestar serviço na aplicação de agrotóxicos, seus componentes e afins, descumprindo as exigências estabelecidas nas leis e nos seus regulamentos, ficará sujeito à pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, além da multa, de 100 (cem) a 1.000 (mil) MVR. Em caso de culpa, será punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, além de multa de 50 (cinqüenta) a 500 (quinhentos) MVR."*

Na prática, a responsabilidade administrativa vem se mostrando pouco eficaz em face das dificuldades decorrentes de uma política de descaso com as questões ambientais. Há vários meses uma denúncia de esgotos poluindo uma praia do Recife continua sem solução, embora multa já tenha sido aplicada a um

[46] SAMPAIO, Francisco José Marques. *Op. Cit.* pp. 118.

edifício; no pantanal mato-grossense, apenas um fiscal se responsabiliza pelo controle de toda a área... Além das dificuldades práticas, as sanções, quando aplicadas, também, são pouco eficazes. Ressalte-se, neste sentido, as multas. Isso porque os valores, quase sempre, são desproporcionais à capacidade econômica do degradador - geralmente, pessoas jurídicas. As outras penalidades citadas anteriormente, apesar de pouco utilizadas, ensejam maior repercussão na esfera econômica do degradador.

Devemos, entretanto, salientar que as sanções administrativas devem vir sempre acompanhadas da obrigação de reparar os danos causados, tendo por objetivo a manutenção do meio ambiente "ecologicamente equilibrado", conforme preceitua a nossa Carta Magna.

4.2. Responsabilidade internacional do Estado.

O Princípio 2 da Declaração do Rio de Janeiro, repetindo o Princípio 21 da Declaração de Estocolmo, assim dispõe: "*Os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e os princípios de direito internacional, têm o direito soberano de explorar seus recursos de acordo com suas próprias políticas ambientais e desenvolvimentistas, e* ***a responsabilidade de assegurar que as atividades sob sua jurisdição ou controle não causem dano ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.***[47] " (Grifos nossos).

Decorre deste Princípio a observância de duas questões de suma importância: soberania e responsabilidade internacional. A soberania, conceito muito mais político que jurídico, vem sendo cada vez mais relativizada, principalmente, no tocante às questões ambientais[48]. Resulta desta relativização, a possibilidade de um Estado ser responsabilizado internacionalmente por atos danosos cometidos, cujos resultados possam repercutir em outro Estado.

No que se refere à responsabilidade internacional, diverge a doutrina sobre o momento de seu nascimento: se no momento da ocorrência do fato ou após esgotados os recursos internos.

Convém, de início, distinguir duas situações: o prejudicado pode ser o Estado enquanto tal, ou o indivíduo. Sendo o prejudicado o Estado, a

---

[47] Merece destaque o fato de os Estados não possuírem direito a degradar seu meio ambiente, embora outra possa ser a interpretação deste Princípio.

[48] Agências internacionais de financiamento e grandes potências vêm condicionando a liberação de recursos a cuidados a serem tomados para minimizar danos ambientais. Operam, assim, com o conceito de soberania restrita, relegando, dentre outras, a idéia de não-ingerência em assuntos internos de outros Estados. (Cf. MIYAMOTO, Shiguenoli - A Questão Ambiental e as Relações Internacionais. pp. 110).

responsabilidade pode ser invocada quando da ocorrência do fato; sendo o indivíduo, somente após esgotados os recursos internos, poderá o Estado, através do instituto da proteção diplomática, assumir a questão. Assim, o esgotamento dos recursos internos é pressuposto básico para a intervenção estatal, na condição de reclamante, quando o indivíduo for originariamente o prejudicado.

Por serem situações distintas, parece-me desnecessária a discussão quanto ao momento do nascimento da responsabilidade internacional, como também, de sua implementação. Até porque entendo só encontrarmos o instituto da responsabilidade internacional quando, *ab initio*, a invocação do ressarcimento pelos danos causados se faz pelo Estado prejudicado. Se, ao contrário, o Estado só passa a figurar na relação através do instituto da proteção diplomática concedida ao indivíduo que, ao acionar os recursos internos, esgota-os sem sucesso, estamos diante de responsabilidade nascida interna, que se internacionalizou na tentativa de obter a devida reparação. Não é, então, responsabilidade internacional, mas "internacionalizada". Significa que, se o Estado causador do dano reconhecer os prejuízos causados ao indivíduo e proceder a sua devida reparação, a questão se resolve no âmbito interno e invocando normas de direito interno. Se o causador do prejuízo não os reparar, transpõe-se a questão do âmbito interno para o internacional. Para tanto, o Estado com o qual o indivíduo mantém vínculo jurídico assume o lugar deste na querela e internacionaliza o problema, passando a ser tratado, assim, de Estado para Estado. No entanto, se o Estado enquanto tal, sente-se prejudicado por atos (omissivos ou comissivos) de outro Estado, pode reclamar, desde logo, a reparação dos danos sofridos. Neste caso, a questão nasce internacional, invoca normas de direito internacional e resolve-se em nível internacional[49].

Ultrapassada a etapa sobre o surgimento e a implementação da responsabilidade internacional do Estado, observemos se esta é objetiva ou subjetiva.

Sem dúvida, a responsabilidade internacional prescinde da existência de culpa. A existência do dano em si já enseja direitos à reparação[50],

[49] Ratificando tal afirmação, Basdevant considera a responsabilidade internacional uma instituição jurídica em virtude da qual todo Estado ao qual seja imputado um ato que o Direito Internacional considere ilícito, deve uma reparação ao Estado em cujo prejuízo se tenha realizado dito ato. Apud: ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. 3ª ed, Barcelona-Espanha: Ed. Ariel, 1966. pp. 352.

[50] A responsabilidade internacional não possui caráter penal, mas compensatório (Cf. ROUSSEAU, Charles. *Op. cit.* pp. 380-381).

independentemente da constatação de ter sido causado dolosa ou culposamente.

Embora a responsabilidade internacional seja de origem consuetudinária, a prática tem demonstrado que o Estado vem sendo chamado a responder pelos danos causados a outros Estados, quando decorrem estes de violação a normas convencionais.

Neste sentido, a Convenção sobre a Proibição da Utilização de Técnicas de Modificação Ambiental Para Fins Militares ou Quaisquer Outros Fins Hostis[51] prevê, em seu artigo IV, que cada Estado-Parte, de acordo com suas normas internas, compromete-se a tomar medidas necessárias a proibir e impedir quaisquer atividades, em áreas sob sua jurisdição e controle, que violem as normas dispostas na referida Convenção. Consideram-se violações: o uso militar ou qualquer outro uso hostil de técnicas de modificação ambiental resultando em efeitos disseminados, duradouros ou graves, como meio de infligir destruição, dano ou prejuízo a qualquer outro Estado-Parte, assim como, a prestação de assistência, encorajamento ou indução a qualquer Estado, grupo de Estados ou organização internacional a empreender as atividades citadas anteriormente.

Observamos que o instituto da Responsabilidade Internacional, seja em relação a danos ambientais ou não, por si só é de difícil imputação, quando não resultante de violação de tratado.

Pode-se, entretanto, "forçar" a reparação por via transversa, através da aplicação de sanções econômicas ou políticas, desde que respaldadas em base jurídica.

CONCLUSÃO

Atualmente, o relato de um ato de barbárie cometido há 500, 50 anos, ou há 2 dias, dificilmente, não suscita sentimentos de indignação e revolta na população em geral, seja pelos meios utilizados, seja pelos resultados obtidos, incluindo-se aí o número de vítimas.

O genocídio ocorrido na matança de cerca de seiscentos e cinqüenta mil judeus na Ucrânia e na Polônia, por volta de 1650; ou o extermínio de milhões de judeus durante a Segunda Grande Guerra causa-nos, até hoje, comoção e indignação. Todas as vezes em que fatos como estes forem relatados, tais sentimentos devem ser suscitados na população como manifestação de desaprovação e repúdio.

[51] Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 50, de 28.06.83, e promulgada pelo Decreto nº 225, de 07. 10.91.

No entanto, diariamente, assistimos passivamente ao nosso próprio genocídio, lento, "sem armas", constante e devastador. É pela degradação criminosa do meio ambiente que todos nós, comissiva ou omissivamente, matamos um pouco do outro e de nós mesmos, todos os dias.

Necessário se faz, entretanto, distinguir entre a degradação ambiental para fins criminosos e a degradação criminosa do meio ambiente.

No primeiro caso, várias foram as situações em que o ambiente foi atingido com o fim deliberado de fragilizar, contaminar e até, exterminar populações. O "agent orange", durante a Guerra do Vietnã, destruiu florestas, causando anormalidades genéticas em recém-nascidos e, ainda, natimortos e abortos, e o lançamento de cadáveres nos rios, contaminando suas águas, que provocou doenças e mortes nas populações que se serviam daquelas águas, ainda que estivessem a quilômetros dali, são apenas dois exemplos de utilização do meio ambiente como instrumento de ataques criminosos. A tais situações é perfeitamente aplicável o artigo II da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, desde que cometidas ou tentadas com a intenção deliberada de exterminar um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

Questão mais complexa ocorre quando há degradação ambiental, criminosa, por desrespeitar padrões e limites previamente estabelecidos e violar o direito de todos ao meio ambiente equilibrado e, por conseqüência, o direito à saúde e à vida.

A derrubada indiscriminada de árvores e da vegetação de forma geral conduz à erosão do solo, repercutindo não só na fauna e na própria flora, com a destruição de seus habitats, mas também, na qualidade e na própria vida das pessoas, com a queda dos níveis de transformação de gás carbônico em oxigênio.

A desertificação, esterilidade do solo gerada pela sua degradação até o exaurimento de sua capacidade produtiva, já atinge 1/3 da superfície do planeta. Dá-se, por exemplo, pelo desvio de águas para irrigação de outras áreas, abertura de clareiras, atividades agrícolas inadequadas. Solo estéril significa menor produção agrícola que, por sua vez, resulta em diminuição da produção de alimentos para a população.

Outras formas de degradação, como a resultante do uso indiscriminado de agrotóxicos, contaminam o solo, o ar, a água, ou permanecem nas culturas, transferindo-se aos alimentos; o lançamento de dejetos nos rios polui suas águas, matando peixes e crustáceos; os resíduos e emissões industriais poluem o ar, causando prejuízos à vida e saúde humanas. Isso sem nos esquecermos da contaminação radioativa, de poderes nefastos sobre a população.

Assim, quando uma árvore é cortada sem que outra seja plantada em seu lugar, ou quando uma indústria lança seus rejeitos nas águas ou no ar está sendo responsável pela queda da qualidade de vida das pessoas que vivem em suas imediações, como também na daquelas que se encontram longe daquele local. Os efeitos da devastação e da poluição transpõem as fronteiras políticas e geográficas, atingindo a todos, indistintamente.

Podemos aplicar, também, à degradação criminosa do meio ambiente, o artigo II, da Convenção do Genocídio? Seguramente, não! Além de restringir o grupo de vítimas a étnicos, nacionais, raciais ou religiosos, a referida Convenção preconiza claramente a necessidade de "intenção deliberada de exterminar no todo ou em parte" tais grupos. Neste caso, as conseqüências para o homem se deram por via transversa. O ser humano é atingido pela sua intrínseca relação com o ambiente.

Assim, do ponto de vista jurídico, baseando-nos nas características e limites do crime de genocídio, previstos na respectiva Convenção, não podemos tipificar a degradação criminosa do meio ambiente como tal crime. Nada impede, entretanto, que possamos vir a tipificar tal conduta, sendo necessário apenas alterações na Convenção que versa sobre a matéria. Por outro lado, sociologicamente, classificamos como genocídio, o extermínio, total ou parcial, intencional ou não, de povos.

A fim de se evitar este genocídio, um dos grandes desafios a ser solucionado no próximo milênio, vem tentando ser controlado há algumas décadas: nós, humanos, convivermos harmonicamente com o meio ambiente, dele retirando a nossa sobrevivência sem, no entanto, destrui-lo e, conseqüentemente, sem nos auto-destruirmos.

A preocupação com o desenvolvimento sustentável surgiu há pouco tempo, tendo em vista que desenvolvimento econômico e preservação ambiental eram, até início da década de 70, vistos como questões antagônicas. Os Estados que se desenvolveram, conseguiram-no às custas de muita poluição e degradação e os que quisessem alcançar o tão almejado "status" de país desenvolvido teriam que, inevitavelmente, também, degradar o ambiente. Esta era a visão até então.

No entanto, a degradação ambiental chegou em níveis tais que esta visão teve que se modificar. Era preciso compatibilizar desenvolvimento econômico e preservação ambiental, a fim de garantir a existência das gerações presentes e futuras.

Desta imperiosa necessidade de mudança de atitudes resultaram a Conferência de Estocolmo (1972) e a Conferência do Rio de Janeiro, em 1992. A partir daí, cresce o número de tratados sobre proteção ambiental,

repercutindo no direito interno dos Estados signatários das referidas Convenções.

Inobstante o grande número de Convenções e leis internas regulando a matéria e prevendo sanções àqueles que poluam ou degradem o ambiente, persistem as violações às normas ambientais. Faz-se, assim, mister, a conscientização e a educação da população para as questões ambientais aliada a uma política de governo séria a respeito, sob pena de termos, o direito de existir enquanto grupo, violado, levando à fragilização e, talvez, à extinção de um dos elementos integrantes do meio ambiente.

ADENDO

Quando da conclusão do presente trabalho ainda não havia sido editada a Lei nº 9.605, de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Motivo pelo qual a referida Lei não foi objeto de apreciação no presente trabalho.

A CLÁUSULA "REBUS SIC STANTIBUS" NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO – UMA VISÃO ÉTICA DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Luís Fernando Lima de Oliveira
(Aluno da Graduação em Direito da UFPE, monitor da disciplina de Direito Civil III)

"Notável desaventura
De um povo néscio, e sandeu,
Que não sabe que o perdeu
Negócio, ambição, usura
.....
Os brasileiros são bestas
E estão sempre a trabalhar
Toda vida por manterem
Maganos de Portugal..."

Gregório de Matos Guerra (1633-1696)

Sumário: 1. Introdução; 2. Evolução histórica da cláusula "*rebus sic stantibus*"; 3. Fundamentos da revisão contratual; 4. A cláusula "*rebus sic stantibus*" no DIP; 5. Um caso prático; 6. Considerações finais - ética nas relações internacionais; 7. Bibliografia

1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo estudar a aplicação da cláusula de revisão contratual por acontecimento imprevisível (a "*rebus sic stantibus*") no âmbito do Direito Internacional Público. Seu uso nos institutos de Direito Privado tem sido cada vez mais freqüente e ganha respaldo em muitas decisões dos tribunais.

No entanto, a cláusula não possui a mesma força quando observada sob a ótica do DIP. E justamente sobre essa problemática versa este estudo. É sobretudo uma visão ética que deve permear as relações internacionais. Em tempos de globalização e aberturas de fronteiras (principalmente econômicas), em que a doutrina liberal parece querer se mostrar como a única tendência

possível, em que a dialética sobre este processo histórico está se perdendo em nome de uma massificação cultural, pretendemos mostrar que justamente no contrário reside a razão de ser do Direito Internacional. É dentro de pressupostos éticos, tendo o homem sempre como a meta final, que se deve ater nosso campo de estudo.

2. Evolução histórica da cláusula "*rebus sic stantibus*"

É tido como certo que os romanos desconheciam a regra da revisão contratual. Impregnados do espírito de "*pacta sunt servanda*", a cláusula "*rebus sic stantibus*" só pode ter sido considerada como princípio moral, sem ser incorporado ao sistema jurídico. Devemos aos canonistas tal tarefa. Se muitos consideram que ela já era conhecida por moralistas como Tomaz de Aquino e pelos glosadores[1], foi no Direito Canônico que ela teve aplicação.

Foram os pós-glosadores que formularam a maneira mais clara e precisa da cláusula: "*Contractus qui habent tractum sucessivum et dependentian de futurum rebus sic stantibus intelligentur*". Ou seja: os contratos, os acordos que foram formados na dependência de obrigações sucessivas e deferidas no tempo, devem, para serem válidas, possuir as mesmas condições do momento em que foram firmados.

No início da Idade Moderna, essa cláusula começou a perder força até ser ignorada pelo liberalismo excessivo que marcou o século XIX. O Código Civil Francês, inspirador de tantos outros, não conseguiria conceber a idéia de segurança contratual se estes pudessem ser revistos por ocorrência de acontecimento futuro.

A doutrina do século XX desentranhou a velha cláusula medieval. Num período em que o mundo passou por duas grandes guerras, inflações e instabilidades, ressurgiu o interesse pela aplicação do que modernamente se convencionou chamar "Teoria da Imprevisão". A França, com a lei Faillot, de 1918, prorrogou as locações que terminaram durante a guerra. Na doutrina italiana sua aceitação também não é nova, sendo o primeiro país a positivar tal cláusula[2].

---

[1] JUNGMANN, Renato. A Superveniência de Acontecimento Imprevisível Como Causa de Revisão dos Contratos. Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco. Recife. Nº. 5-6-7, 1964, p. 140

[2] CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. "Notas sobre a Teoria da Imprevisão". Revista da ordem dos Advogados de Pernambuco. Recife. Nº 22, 1978, p. 83-89.

No direito pátrio, nosso Código Civil, construído sobre bases liberais, não previu nem proibiu a cláusula, dando espaço a várias interpretações. Nossa doutrina, de modo geral, vem aplicando a Teoria da Imprevisão para rever contratos, sempre destacando seu caráter excepcional, sem que se perca a vinculação da força obrigatória dos contratos.

3. Fundamentos da revisão contratual

Como já destacado, a revisão contratual só cabe nos casos de contratos de execução diferida ou de obrigações sucessivas. A alteração das condições dadas na assinatura do contrato devem ser radicais e imprevisíveis. E além disso deve haver um nexo causal entre a extrema onerosidade da prestação para uma parte e o enriquecimento indevido da outra parte. Note que a prestação não deve ser impossível (caso de força maior), mas tão somente extremamente penosa para uma das partes, de tão difícil execução que esta não pactuaria se soubesse das dificuldades.

Assim, para que se mantenha a noção de equilíbrio contratual, deve-se permitir o uso da cláusula "rebus sic stantibus" como meio de rever ou de se extinguir um contrato, verificando-se sempre a imputabilidade e a imprevisibilidade (3).

O que se pretende a partir daqui nesse estudo é deslocar o problema da revisão contratual por meio da imprevisão do campo do Direito Privado para a seara do Direito Internacional Público. Observaremos seus fundamentos éticos, sua aplicação prática e a repercussão na vida dos Estados.

4. A claúsula "*rebus sic stantibus*" no DIP

A cláusula foi primeiramente levada para o DI por Alberto Gentili na sua obra "*De Jure Belli*", de 1598. Da mesma forma que no Direito Civil, há limites para sua aplicação. A Convenção de Viena (4), codificadora do Direito dos tratados, diz que a alteração radical das circunstâncias não pode ser invocada para que se extinga um tratado, salvo se: 1) as circunstâncias tiverem sido contemporâneas da expressão de consentimento e terem sido condição essencial para sua formação; 2) a mudança deve ser fundamental, levando-se em conta seu valor e sua dimensão; 3) e conforme já foi dito, a mudança deve ter sido imprevisível anteriormente.

Em geral, é aplicada aos tratados-contratos, mas não há regra que impeça sua reivindicação nos tratados-lei. Só não pode ser aplicado, e isto a prós Tratados, de 1969, nos seus artigos 61 e 62. Aqui apresentamos um caso

prático, em que sustentamos a tese da admissibilidade do uso da cláusula. É assunto bastante claro para nós brasileiros como de resto para toda América Latina e diz respeito à nossa crescente dívida externa.

Só como pequena revisão histórica, na década de sessenta, os países árabes, mantenedores das maiores reservas mundiais de petróleo, revoltosos com a situação de exploração em suas terras, resolveram expropriar as empresas estrangeiras exploradoras de petróleo, inclusive rescindindo contratos ainda não expirados. Organizados no cartel da OPEP, passaram a elevar o preço do produto, causando a célebre "crise do petróleo".

À época, viviam os bancos com grande saldo de recursos disponíveis, oferecendo empréstimos sem atenção quanto ao seu fim. Muitos desses empréstimos foram destinados a obras estruturadoras, como construção de estradas e escolas, para financiar a aquisição de bens de consumo ou materiais bélicos. O Brasil foi um dos países que se utilizou destas fontes para financiar o desenvolvimento de sua economia. Era a época do "milagre" e só depois se viu a base frágil em que este se erguia.

Os empréstimos a juros flutuantes eram política corriqueira. Devido à crise do setor petrolífero, principalmente a partir de 1973, os Estados Unidos se viram obrigados a elevar seus juros para combater a inflação. Países como o Brasil não tiveram outra alternativa a não ser adotar uma política de exportações rígida, para angariar fundos para o pagamento dos juros da dívida. O que se verificou em seguida, nos anos 80, foi a chamada "década perdida".

Mas as perdas não se resumem a esses fatores. Como conseqüência imediata, além de recessão e desemprego, o Brasil teve que progressivamente elevar suas taxas de juros, chegando ao ponto de termos uma das mais altas taxas de todo mundo. A usura presente nessa elevação dos juros fere princípios éticos presentes desde o Direito Romano e consagrados positivamente na Constituição de 1988.

6. Considerações finais – ética nas relações internacionais

O que se vê aqui, no fundo, é a própria essência do Direito Internacional confrontada com a realidade. A ausência de pressupostos éticos, históricos e políticos na observação dos fenômenos do DI só pode negar a sua própria existência no plano das relações internacionais. O uso de uma Sociologia Histórica é uma necessidade vital para a formação de uma verdadeira comunidade internacional. Sem a interação desses fatores, não há o que se falar em DI.

O exemplo prático pode ilustrar muito bem a questão: seria totalmente legítimo que o Brasil, com base em tudo que mostramos brevemente neste estudo, pedisse, no mínimo, a revisão da sua dívida externa. Poderíamos ir até além e fazer uma justiça histórica: exigir a extinção desse contrato. Só o pagamento dos juros acumulados já responderiam pelo que ainda nos resta pagar.

É também pouco eficaz como argumento o fato de que o Brasil também se utilizou – e, por diversos fatores, ainda muito se utiliza – da alta de juros para salvaguardar sua economia. Comparar a situação norte-americana com a nossa será sempre desvantajoso para nós, a parte mais fraca. Invertendo os pólos, seria como impedir que os Estados Unidos criticassem oficialmente as queimadas na Amazônia por falta de legitimidade, afinal eles destruíram quase todas suas zonas florestais.

É preciso um Direito Internacional como força de equilíbrio entre seus sujeitos, para que as relações internacionais adquiram como objetivo final a verdadeira razão de sua existência: o homem. A crescente reivindicação dos povos por bem-estar é um apontamento nesse sentido. A própria força dos Direitos Humanos, soberanamente colocada sobre todos tratados e constituições, demonstra a retomada do homem como pressuposto básico não só do Direito, mas de todas Ciências Sociais e Humanas.

Se dentre as formas revisionais de um tratado, a negociação direta for caminho difícil para sua realização, que se dê reais poderes à Corte Internacional de Justiça ou ampla liberdade decisória e força vinculante à arbitragem realizada por órgão internacional.

O uso e a reivindicação da cláusula *rebus sic stantibus*, tão consagrada no âmbito do Direito Privado, pode ser, desta forma, um instrumento de eqüidade para os sujeitos do DIP.

7. Bibliografia

01. CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. "*Notas sobre a Teoria da Imprevisão*". In: Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco. nº 22. Recife. 1978

02. DINIZ, Artur José Almeida. "*Subdesenvolvimento e direito das gentes*" . In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte: UFMG, 1977

03. JUNGMANN, Renato. "*A superveniência de acontecimento imprevisível como causa da revisão dos contratos*". In: Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco. nº 3-4-5. Recife. 1964

04. MAGALHÃES, José Carlos de. "*Dívida externa e ética nas relações internacionais*". In: Conferências & Debates, São Paulo. 1995
05. MELLO, Celso D. Albuquerque de. "Curso de Direito Internacional Público". Vol. I. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997
06. RESEK, José Francisco. "Direito Internacional Público: curso elementar". 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999

NOTAS INTRODUTÓRIAS À EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Tiago Antunes de Aguiar (Aluno do 7° período da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. Origem etimológica; 3. Sistemática dos embargos à execução no Código de Processo Civil; 4. Processo executivo e contraditório; 5. Parecer de Pontes de Miranda; 6. Parecer de Alcides de Mendonça Lima; 7. Natureza jurídica; 8. Matérias argüíveis e momento de argüição; 9. Forma e legitimidade; 10. Entendimento jurisprudencial; 11. Conclusão; 12. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente estudo tem a intenção de apresentar noções elementares a respeito do tema "Exceção de Pré-executividade" e de sua importância para a garantia do efetivo contraditório e da ampla defesa no processo de execução.

Apesar de sua vasta utilização pelos profissionais do Direito há mais de vinte anos, inclusive com imenso campo jurisprudencial, o aludido tema não encontra, ainda, espaço na maioria dos conteúdos programáticos dos Cursos de Graduação em Direito. As referências sobre o assunto, salvo alguns artigos publicados em revistas especializadas, encontram-se de forma esparsa e fragmentada nos diversos manuais de Direito Processual Civil, quando tratam do cabimento dos embargos à execução ou às nulidades no processo executivo.

De antemão, cabe-nos, apresentar uma idéia do que seja a "Exceção de Pré-executividade". Podemos conceituá-la como a possibilidade de no processo de execução, sem a garantia prévia do juízo, opor uma exceção à execução, por meio de uma simples petição, quando a matéria impugnada for de ordem pública, devendo o vício da execução ter sido declarado de ofício pelo juiz ao receber a inicial. Atende-se, assim, ao princípio do Contraditório e da ampla defesa no processo de execução, sem desvirtuar o princípio do devido processo legal.

Para tanto, faremos uma breve incursão: na origem etimológica do termo "exceção de pré-executividade"; na sistemática dos embargos à execução no Código de Processo Civil; na aplicação do princípio do contraditório no processo executivo, que fundamenta a pertinência dessa exceção de pré-

executividade; no parecer de Pontes de Miranda (a quem se atribui a primeira alusão ao tema); no de Alcides Mendonça Lima (principal defensor da impossibilidade de aplicação deste tema); nas opiniões acerca da natureza jurídica da exceção de pré-executividade; nos entendimentos a respeito das matérias argüíveis via essa exceção e no momento do cabimento da mesma; nas formas que ela pode apresentar e na legitimidade para interpô-la; no entendimento jurisprudencial relativo ao estudo; e, finalizando, pronunciaremos nossas conclusões obtidas com o trabalho.

2. Origem etimológica

A origem etimológica do termo "exceção de pré-executividade" ou "exceção pré-processual" é compreendida pelo fato dessa exceção ou argüição, *a priori*, referir-se a falta de requisitos de executividade do título, que são enumerados pela lei **previamente**; como por exemplo a regular assinatura do sacador em uma letra de câmbio (requisito específico enunciado pela lei Uniforme de Genebra) ou mesmo a falta de algum dos requisitos gerais do título executivo, previstos no art. 586 do Código de Processo Civil: certeza, liqüidez e exigibilidade.

Deve-se atentar que, inicialmente, a exceção de pré-executividade foi argüida em relação a títulos executivos extrajudiciais (como veremos no caso do parecer n.º 95 de Pontes de Miranda) os quais têm seus requisitos específicos, para que se tornem certos e conseqüentemente executáveis, previstos previamente em lei especial. Por isso afirma-se que "as exceções que versarem sobre os requisitos de admissibilidade do processo executivo de títulos extrajudiciais serão pré-processuais, dado o fato de se tratar a executoriedade do título de questão de direito material e não processual."[1]

Explicando o termo, afirma Pontes de Miranda: "O direito pré-processual é que diz se o título extrajudicial é título executivo ou não. Os requisitos que o direito pessoal ou real há de ter para que a pretensão à condenação que lhe corresponde possa ser exercida simultaneamente com a pretensão à execução são pressupostos da tutela jurídica (...) O juiz, examinando a petição, já tem cognição incompleta do mérito e atende ao que o direito pré-processual concedeu ao título extrajudicial. Não é o seu despacho que confere a executividade; preexistia, e o mandado já se expede em

[1] SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto. Exceção de Pré-Executividade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p.30.

deferimento da parte da petição em que se exerceu a pretensão à execução (adiantada)."[2]

3. Sistemática dos embargos à execução no código de processo civil

O processo de execução pode ser conceituado como uma série de atos coordenados que visam a satisfazer a pretensão do exeqüente, munido de um título executivo, certo, líquido e exigível.

Desde logo, acentua-se na doutrina tradicional[3]a idéia de uma posição privilegiada do exeqüente frente ao executado, visto que o primeiro já detém um título certo, líquido e exigível ao qual deve se submeter o segundo, dentro do devido processo legal, através dos atos do processo executivo que, diferentemente dos atos do processo cognitivo, consistem e uma série de atos materiais (Ex: penhora, arrematação, adjudicação) que buscam a efetivação da obrigação do devedor que deveria tê-la cumprido espontaneamente.

Entretanto, o processo de execução tem seu início justamente com o ato de expropriação do patrimônio do executado – a penhora. Para tanto, deve observar o juiz, ao receber a inicial, se todos os pressupostos específicos (título certo, líquido e exigível) e gerais do processo executivo e as condições da ação estão presentes para o ordenamento da medida constritiva; respeitando o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

A priori, o contraditório no processo executivo parece ser diferido para o momento de apresentação dos embargos à execução, os quais têm natureza de ação incidental, conexa e relativamente autônoma ao processo de execução. São uma ação incidental porque como o próprio código se refere, no artigo 736, que serão autuados em apenso ao processo principal; são conexos ao processo executivo porque tem a mesma *causa petendi* (o título executivo) e são relativamente autônomos porque consistem em Ação própria mas que depende da interposição prévia do processo executivo, não havendo objeto ou interesse de agir (condição da ação) em embargos à execução sem que haja um processo executivo.

Pela sistemática de nosso Código de Processo Civil, em seu artigo 737, só serão admissíveis os embargos à execução após seguro o juízo pela penhora

[2] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Dez Anos de Pareceres. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975, p. 129.

[3] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. II: Processo de Execução e Processo Cautelar. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.7.

(na execução por quantia certa) ou pelo depósito (na execução para entrega de coisa).

Com tal dispositivo, o Código provoca uma aparente incompatibilidade, a ser resolvida, entre a garantia constitucional da ampla defesa e o regular desenvolvimento do processo executivo, de modo a não desvirtuar a sua essência como processo de coação com suas características próprias. Neste sentido, afirma Francisco Wildo Lacerda Dantas que "a defesa por excelência no processo de execução se procede através dos embargos e, como já se disse, exige-se como pressuposto específico para esse exercício a prévia garantia de juízo. Isso provoca o dilema a ser resolvido: autorizar-se a agressão do patrimônio do cidadão, antes que esse possa defender-se, sem exigir que, para o exercício da garantia constitucional, sofra constrições em bens do seu patrimônio e, ao mesmo tempo, não desfigurar a execução como processo para satisfação do direito anteriormente reconhecido"[4].

A interpretação literal do artigo 737 do Código de Processo Civil pode levar a conclusão de que não se admite qualquer manifestação de defesa do devedor antes de seguro o juízo[5]. Na verdade, deve-se interpretar o artigo 737 de forma sistêmica com os outros dispositivos do mesmo código, como o artigo 586 (a execução deve ser fundada em título certo, líquido e exigível), o 618 (que se refere a nulidade da execução) e o 295 (indeferimento da inicial), e do ordenamento jurídico como um todo, principalmente em harmonia com os princípios constitucionais, sobretudo do artigo 5° de nossa Carta Magna. Os embargos não devem ser considerados a única forma de impugnação a uma execução, manifestamente nula, podendo o executado argüir a nulidade e devendo o juiz, até mesmo, de ofício declarar sua nulidade extinguindo o processo com ou sem o julgamento do mérito, dependendo da hipótese.

Nas palavras de Cândido Dinamarco "é preciso debelar o mito dos embargos, que leva os juízes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez condicionando o seu conhecimento à

[4] DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Exceção de Pré-Executividade: Aspectos Teóricos e Práticos. Revista Dialética de Direito Tributário. N.° 24, set, 1997, p.25.

[5] MACHADO, Schubert de Farias. Execução Forçada. Defesa Antes da Penhora. Interpretação do arts. 618 e 737 do Código de Processo Civil. Repertório IOB de Jurisprudência (Civil, Processual, Penal, Comercial e Administrativo). N.° 22, 2ª quinzena de novembro, 1990, p. 456.

oposição destes. Dos fundamentos dos embargos (CPC, art. 741), muito poucos são os que não se pode conhecer de-ofício , na própria execução"[6].

4. Processo executivo e contraditório

O princípio do contraditório pode ser resumido no binômio ciência e participação. É conceituado como a ciência do que se faz e ou se pretende que seja feito no processo, pelas partes envolvidas, e ao mesmo tempo a possibilidade de cooperar ou de contrariar[7]. Assim, além da ciência dos atos processuais a ambas as partes, é necessário, para que este princípio se efetive, que se possibilite a real participação dos sujeitos processuais no desenrolar do processo.

Há uma grande tendência em parte da doutrina[8] em afirmar que o processo executivo não é contraditório, ou seja, que não se trata de um processo dialético, de um meio de discutir e acertar o direito das partes, mas apenas um meio de sujeição do devedor à realização da sanção a que se deve adequar para o cumprimento da obrigação já contida em um título certo, líquido e exigível. Nega-se a presença deste princípio constitucional na execução ou afirma-se haver nesta apenas um contraditório eventual, inexistindo nesse processo o equilíbrio entre as partes, como afirma Amílcar de Castro, citado por Cândido Dinamarco[9]. Segundo Luiz Edmundo Appel Bojunga, "Seguramente, a noção de inexistência de contraditório na execução remonta àquelas idéias de Köler, segundo as quais, não se tem um progredir na relação processual de execução, mas simples retrato de um direito já criado no primeiro ato executivo, excluindo-se, por conseguinte, a estrutura contraditória e a própria oralidade"[10].

Contudo, é preciso deixar de lado os preconceitos desta parte da doutrina, e não confundir a especificidade do processo de execução em relação ao processo cognitivo com a ausência de contraditório. O executado não é um mero sujeito passivo que deve se submeter inerte a todos os atos da execução. À exigência político-jurídica e social do cumprimento das obrigações e

---

[6] DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 451.

[7] Ibidem. P. 171.

[8] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., 1998, p. 6.

[9] DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit., 1998, p. 170.

[10] BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. A Exceção de Pré-Executividade. Ajuris. Vol. 14, n.° 55, jul/set, 1989, p. 65.

conseqüentemene da lei pelo executado, nos termos pactuados no título executivo se contrapõe o princípio da não prejudicialidade do devedor, consagrado no artigo 620 do CPC, que aduz que a execução será promovida pelo meio menos oneroso possível ao devedor[11]. Não se concebe hoje, como o era no Direito Romano, uma execução cruel e desumana, vingativa e que possa recair sobre o próprio corpo do devedor. A execução há de ser real, sobre o patrimônio do executado.

O que acontece é que o processo de execução não é um "processo de sentença", predisposto para a discussão do mérito, ele é um "processo de coação", no sentido de que se concentra no título executivo; mas, na atividade jurisdicional do processo executivo o Estado não é parcial a favor do exeqüente, no sentido da atuar a lei a seu favor a todo custo. Existe aquela idéia central de que sacrifício algum deve ser imposto ao executado, além do necessário e razoável. Por isso, o juiz é seguidamente chamado a proferir juízos de valor no processo de execução – seja acerca dos pressupostos processuais gerais e específicos da execução e ou das condições da ação. Ora, para fazê-lo é imperativo constitucional a oferta de possibilidade de a ambas as partes para dizerem sobre o ato a praticar, já que o executado não é como em tempos idos, mero sujeito passivo da execução[12].

Cremos que hoje frente ao dispositivo constitucional do artigo 5°, inciso LV da Constituição Federal, não resta dúvida sobre a abrangência do princípio do contraditório aos acusados em geral tanto no processo judicial, incluindo obviamente o processo executivo, quanto no processo administrativo. Mas resta a discussão sobre o grau de sua intensidade na execução.

Muitos autores, como Moacyr Amaral Santos[13], Humberto Theodoro Júnior[14] e Luiz Edmundo A. Bojunga[15] consideram os embargos à execução como o único meio de manifestação do contraditório e da defesa do executado e terceiros interessados no processo executivo. Todavia, a partir das observações feitas acima, o contraditório existe dentro do próprio processo executivo em si mesmo, não se podendo pensar que ele é somente garantido com o exercício da defesa através dos embargos, que tem natureza de ação relativamente autônoma. Ao contrário, deve-se admitir o exercício do direito de

---

[11] DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit., 1998, p. 166.

[12] DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1987, p. 95.

[13] SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de Direito Processual Civil. Vol. III. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.399.

[14] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., 1998, p. 271.

[15] BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. Op. Cit., p. 66.

defesa e do contraditório na execução, independentemente da oposição de embargos, sobretudo quando se alega a inexistência dos pressupostos processuais exigíveis à constituição de toda a relação processual ou das condições de ação[16].

Segundo Cândido Dinamarco[17], são manifestações do contraditório no processo executivo: a necessidade de citação do executado, a exigência de intimação da penhora, a possibilidade de se impugnar a avaliação, de opor-se ao pedido de reforço da penhora, de remir o bem penhorado, de recorrer das decisões desfavoráveis, de usar correição parcial, entre outras.

Do exposto, denota-se que o princípio do contraditório é imprescindível para a fundamentação da possibilidade de se interpor a chamada exceção de pré-executividade, já que é instrumento hábil para a garantia do efetivo exercício desta prerrogativa constitucional no processo de execução.

5. Parecer de Pontes de Miranda

Atribui-se comumente na doutrina a Pontes de Miranda com seu parecer n.º 95, a criação do termo exceção de pré-executividade que acreditamos ser o mais difundido para atribuir-se a impugnação do título executivo quando este não guardar seus pressupostos processuais específicos: certeza, liquidez e exigibilidade. A título apenas de observação, o autor não se refere em seu parecer à palavra exceção de pré-executividade e sim à "exceção pré-processual ou processual"[18].

Em 1966, Pontes de Miranda elaborou o citado parecer à Companhia Siderúrgica Mannesmann que o teria requisitado devido a problemas com pedidos de falência da mesma, tendo o juiz as negado, por serem falsos os títulos apresentados. Com o insucesso dos pedidos de falência da empresa, algumas execuções foram propostas por portadores desses títulos falsos.

Devido a grande quantidade de execuções ajuizadas e a necessidade de se garantir o juízo destas para alegar suas nulidades, comprometendo injustamente grande quantidade de capital de giro da empresa, foi requisitado o parecer que entre as questões levantadas perguntava: "pode o juiz exigir a penhora dos bens da empresa demandada antes de se pronunciar sobre a falsidade dos títulos?". A resposta nas palavras do autor foram: "Uma vez que houve alegação que importa em oposição pré-processual ou processual, o juiz

[16] DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Op. Cit., p. 23.
[17] DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit., 1987, p. 96.
[18] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit., p. 138.

tem de examinar a espécie e o caso, para que não cometa a arbitrariedade de penhorar bens de quem não estava exposto à ação executiva"[19].

O parecer de Pontes de Miranda foi elaborado em três partes: Os Fatos, onde o autor narra o acontecido com a empresa; Os Princípios, onde há o embasamento do parecer; e A Consulta e as Respostas, onde são respondidas questões feitas pelo cliente como a acima referida.

Na parte do parecer denominado Os Princípios, o autor se refere a necessidade de que para que haja executividade, é preciso que se repute título executivo ou que haja sentença com carga suficiente de executividade, ou seja condenatória. Enuncia, da mesma forma, que se alguém cobra uma dívida que consta em um título extrajudicial, como uma letra de câmbio, e o demandado argüi que a sua assinatura é falsa, ou que o nome é parecido, porém não foi ele que se vinculou ao título, tem o juiz que apreciar o caso antes de ter o devedor de pagar ou nomear bens a penhora, pois trata-se de negação de executividade do título, tendo o juiz que decidir de ofício quanto a isso, porque está em exame a pretensão à execução, e não o mérito da causa[20].

Ainda atinente a esta parte do parecer, Pontes de Miranda delineia a característica fundamental da "exceção de pré-executividade" de prescindir da garantia do juízo para sua interposição, visto ser uma "exceção" dentro do processo executivo: "A penhora ou o depósito somente é de exigir-se para a oposição de embargos do executado; não, para a oposição das exceções e de preliminares concernentes à falta de eficácia executiva do título extrajudicial ou da sentença."[21]

O desfecho da obra do autor se dá com "a consulta e as respostas", onde são apontadas as soluções para os questionamentos da Companhia Mannesmann. Inicialmente, Pontes de Miranda reafirma a necessidade de serem os títulos líquidos e certos para que possam ser executados e no caso da consulta o estatuto da empresa exigia a assinatura de dois diretores, sendo que os possíveis títulos apresentados para a execução apresentavam uma das assinaturas falsa. Assim, "se o demandado nas vinte e quatro horas, alega e prova que não é a pessoa vinculada, contra a qual se poderia propor a ação executiva, tem de haver decisão do juiz antes de se expedir mandado de penhora"[22]. Conclui, afirmando que verificada a falsidade dos títulos o juiz deve indeferir o pedido de execução, pois, segundo o autor, o despacho do juiz, na petição inicial é revogável e tem de ser revogado se a alegação é procedente.

---

[19] Ibidem. P. 138.
[20] Ibidem. P. 128.
[21] Ibidem. P. 132.
[22] Ibidem. P. 137.

6. Parecer de Alcides de Mendonça Lima

Em contraposição à tese da exceção de pré-executividade, aparece na doutrina Alcides de Mendonça Lima, expressando suas idéias sobre a impossibilidade da alegação de vícios à execução senão através dos embargos, em parecer elaborado a pedido da COPERSUCAR – cooperativa central do produtos de açúcar e álcool do Estado de São Paulo.

A cliente era exeqüente em processo movido contra a Central Paulista de Açúcar e Álcool Ltda., cobrando-se três notas promissórias, sendo que duas ainda não vencidas, mas consideradas vencidas pela credora nos termos do contrato entre as partes. O juiz despachou a inicial mandando pagar em 24 horas ou nomear bens a penhora, tendo a executada interposto agravo contra essa decisão, considerando que a credora não portava título líqüido, certo e exigível que foi provido parcialmente, suspendendo a execução quanto as duas promissórias ainda não vencidas[23].

As questões levantadas ao autor foram: "1- Se o despacho inicial da execução pode ser atacado por agravo, sem a penhora anterior?; 2 – A penhora é indispensável para ensejar a impugnação da devedora pelo agravo ou, normalmente, por via de embargos?"[24]

Alcides Lima fundamenta suas respostas dando ênfase, logo no primeiro parágrafo de que a questão deve ser resolvida a partir da análise do Direito Processual brasileiro, fora disso é mera discussão acadêmica, longe da realidade de nosso ordenamento jurídico, afirmando que o único meio de opor-se a pretensão do exeqüente é através dos embargos à execução. Repudia, desde logo, a possibilidade de se interpor exceção de pré-executividade, visto que está não encontra previsão legal, em nossa legislação[25].

Mostra-se, o citado jurista, impregnado do preconceito da doutrina tradicional em não admitir o contraditório no processo executivo propriamente dito, revelando a idéia de que o credor tem uma posição de prevalência sobre o devedor, podendo-se falar em contraditório apenas em relação ao processo

[23] LIMA, Alcides de Mendonça. Ação Executiva. Agravo do devedor contra despacho inicial, sem oferecer bens à penhora. Alegação de não serem os títulos executivos, por falta de liquidez e exigibilidade – Matéria somente argüível em embargos do devedor, após a penhora – Interpretação dos arts. 586, 652, 736 e 737 do CPC. Revista dos Tribunais. Vol. 575, ano 72, set, 1983, pp. 63-64.

[24] Ibidem. P. 64.

[25] Ibidem. PP. 64-65.

executivo lato senso, ou seja, com o oferecimento da ação dos embargos, só podendo o executado opor-se a pretensão do exeqüente através destes[26].

Aduz, o autor, que o parecer de Pontes de Miranda serve como subsídio para reforma do código, desde que suas idéias se materializem em lei, fixando os casos com precisão em que o devedor poderá opor-se a execução sem oferecer bens à penhora. Se assim não for, os embargos do devedor, praticamente, sempre poderão ser opostos sem a penhora, que é medida de constrição de vasta utilidade para a garantia do cumprimento da execução. Consequentemente, o parecer 95 de Pontes de Miranda, para Alcides Lima, serve de base para questões de política legislativa ou mesmo acadêmicas e não encontram adequação à previsão legal de nosso sistema processual executivo[27].

Com essas considerações, o escritor, responde as perguntas formuladas pela cliente, dizendo ser indispensável para a impugnação da execução a prévia garantia do juízo e impossível o devedor sustar a ação executiva com a alegação e prova da extinção do crédito (ex: pagamento, prescrição), sem penhora e sem embargos, por ser imperativo legal de nosso ordenamento, ao contrário da Itália onde a penhora não é condição do conhecimento e processamento do embargos do devedor[28].

7. Natureza jurídica

O objeto deste estudo é referido pela maioria dos autores e mais conhecido na prática forense pelo termo "exceção de pré-executividade", que parece ter sido utilizado pela primeira vez pelo professor Araken de Assis, em 1987 em seu "Manual de Execução". Entretanto, outros termos são utilizados para tratar do mesmo fenômeno como por exemplo "oposição pré-processual", referido por Galeno Lacerda e José Frederico Marques e "exceção pré-processual ou processual", utilizada por Pontes de Miranda em seu parecer n.º 95[29].

A diferença entre os termos oposição e exceção tem importância na definição da natureza jurídica da exceção de pré-executividade. Pontes de Miranda concebia que a exceção de pré-executividade tinha natureza de exceção, ou seja, para o Código de Processo Civil de 1939, exceção era considerada toda e qualquer defesa do réu que não dissessem respeito

[26] Ibidem. P. 65.
[27] Ibidem. P. 65.
[28] Ibidem. P. 66.
[29] Cf. FERREIRA, Carlos Renato de Azevedo. Exceção de Pré-Executividade. Revista dos Tribunais. Vol. 79, n.º 657, jul, 1990, p. 243.

diretamente ao mérito da causa. Hoje, existe uma grande divergência na doutrina se a natureza jurídica da "exceção de pré-executividade" é de objeção ou exceção, sendo partidário da primeira opinião Cândido Rangel Dinamarco e da Segunda Galeno Lacerda[30].

Objeção e exceção são defesas contra o processo. A diferença entre as duas é que enquanto por meio das exceções são argüidas matérias que só podem ser apreciadas pelo juiz quando este for provocado (como por exemplo argüição de incompetência relativa), por meio das objeções são argüidas matérias que deveriam ter sido apreciadas e decididas de ofício pelo juiz, como por exemplo pressupostos processuais e condições da ação. De acordo com esse entendimento afirma Wellington Pimentel, citado por Luiz Peixoto de Siqueira Filho: "Parte da doutrina reconhece a existência de dois tipos de defesa contra o processo. As objeções do réu contra o processo, versando a respeito de matéria sobre a qual pode o juiz, de ofício, se pronunciar, e as exceções processuais, entendidas como as que abrangem matéria em que se faz a argüição pelo réu[31].

Concordamos com Cândido Dinamarco e Luiz Siqueira Filho ao afirmarem que a "exceção de pré-executividade", na verdade, trata-se de uma objeção, visto que as matérias argüiveis nesta "defesa" são apreciáveis de ofício pelo juiz, sendo este um dos argumentos fundamentais para a viabilidade da "exceção de pré-executividade", pois mesmo que não fossem argüidas por petição pelo devedor, tais vícios deveriam ter sido apreciados imediatamente ao receber a inicial.

Outra observação que deve ser feita é quanto ao termo "pré-executividade" que diz respeito as matérias anteriores a execução, antes do despacho da inicial, como, por exemplo, a falta de uma condição da ação. Ocorre que existem matérias que podem ser argüidas através da "exceção de pré-executividade" e que são posteriores ao despacho da inicial, como o caso da nulidade da execução por irregularidade da citação do devedor (CPC, art. 618, II). Todavia a expressão consagrada pelos tribunais e pela maior parte da doutrina como "exceção de pré-executividade", apesar de não ser a mais terminologicamente adequada, é a que prevalece e permite que o estudo da matéria ganhe maiores dimensões e seja discutida por cada vez maior número de juristas numa tentativa de sistematização do tema[32].

---

[30] SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto. Op. Cit., p. 83.
[31] Ibidem. P. 84.
[32] Ibidem. P. 84.

8. Matérias arguíveis e momento de arguição

Através do parecer de Pontes de Miranda, chega-se a uma conclusão de que o eminente jurista quando fundamentou a possibilidade de se oferecer a "exceção pré-processual ou processual ", referia-se a matérias processuais e de ordem pública, mas não a matérias argüíveis que adentrassem diretamente no mérito da execução. Assim, ele afirma: "Se o sacador ou aceitante da letra de câmbio diz que a assinatura é falsa(...), o juiz tem de decidir quanto a isso, porque está em exame a pretensão à execução, e não o mérito da causa."[33] (grifos nossos).

A tendência atual é a de que a matérias argüíveis pela exceção de pré-executividade sejam matérias de ordem pública e que deveriam ter sido suscitadas de ofício pelo juiz, não importa se sejam posteriores (como a nulidade da execução por citação irregular do devedor) ou anteriores ao recebimento da inicial, ou se até adentram indiretamente no mérito da execução, como é o caso do pagamento, da prescrição e da novação. De acordo com esse último entendimento afirma Francisco Wildo Lacerda Dantas: "Essa matéria envolve, como acima mencionado, o exercício à defesa direta contra o processo, por dizer respeito à indispensável alegação do desatendimento de matéria de ordem pública. Penso também, que envolve a alegação das denominadas objeções que têm a natureza de matéria de ordem pública e de ser apreciada de ofício pelo juiz, mas que constituem espécies de defesa indireta contra o mérito, como é o caso do pagamento."[34]

É preciso dar ênfase que só é possível a utilização da exceção de pré-executividade quando a matéria argüida for efetivamente de ordem pública e por isso apreciável de ofício pelo juiz, visto que essa é a razão pela qual não é preciso a garantia do juízo para falar nos autos, além de ser assegurado o princípio do contraditório para aquele que não tem condições de garantir o juízo. Acontece que estamos presenciando hoje uma quantidade imensa de possíveis "exceções de pré-executividade", que são interpostas em processos de execução desprovidas dos fundamentos acima referidos. Acreditamos não ser possível, por exemplo, a alegação de excesso de execução através da exceção de pré-executividade, por não ser matéria de ordem pública, passível de ser declarada de ofício pelo juiz, sendo matéria argüíveis através de embargos.

Existem divergências na doutrina quanto ao momento em que se pode apresentar a exceção de pré-executividade no processo de execução. Na concepção de Pontes de Miranda a exceção de pré-executividade deveria ser

[33] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit., p. 128.
[34] DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Op. Cit., p. 27.

interposta dentro dos prazos fixados paras as exceções normais que naquela época (código de 1939) era de três dias. Observa-se que este jurista via como objetivo da exceção de pré-executividade o de impedir a penhora, com o que concorda Carlos Renato de Azevedo Pereira[35].

Entretanto, concordamos com Cândido Dinamarco, Nelson Nery Júnior, Luiz Peixoto de Siqueira Filho, acreditando que impedir a efetivação da penhora é uma conseqüência da exceção de pré-executividade e não um objetivo e que a efetivação da penhora não pode evitar que seja utilizada esta exceção que tem fundamento em ordem pública. Assim, o prazo para interposição da exceção pré-processual seria a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, conforme o artigo 267 do CPC, já que as matérias argüidas seriam de ordem pública, por isso não sujeitas a preclusão[36].

9. Forma e legitimidade

A exceção de pré-executividade é definida pelos autores como um meio de argüição de nulidades ou irregularidades no processo executivo que deveriam ter sido verificadas pelo próprio juiz ao receber a inicial. Dessa forma, como não há uma previsão legal deste suposta "exceção" ou muito menos de como ela deve se exteriorizar. Entendem os autores que não existe forma específica, podendo se manifestar de qualquer modo desde que chegue ao conhecimento do juiz da execução; até porque deve o mesmo conhecer de ofício a matéria alegada por ser de ordem pública.

O ideal é que a argüição seja feita por meio de petição para maior garantia do executado de que o magistrado a recebeu e proferirá decisão a partir dessa informação, mas é possível que essa informação seja feita oralmente pela parte[37]. Com esse entendimento já se pronunciou o STJ: "A nulidade do título em que se embasa a execução pode ser argüida por simples petição, uma vez que suscetível de exame ex officio pelo juiz"[38]

A questão da legitimidade para a alegação de exceção de pré-executividade perde interesse prático porque, como já foi dito, as matérias por ela argüíveis são de natureza pública, podendo tais alegações serem prestadas por qualquer pessoa de qualquer modo. Melhor dizer que a observação da

---

35 SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto. Op. Cit., p. 62.

36 Ibidem. P. 64.

37 Ibidem. P. 67.

38 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de Processo Civil Anotado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 277.

presença de vícios no processo executivo é válida desde que o magistrado tome ciência dos mesmos, devendo proceder de ofício as providência necessárias para que o processo seja extinto.

Contudo, deve-se atentar para que o executado, o próprio credor interessado em que os vícios sejam sanados para uma regular execução e satisfação de seu crédito e terceiro interessado são diretamente legitimados para opor a exceção de pré-executividade. Aliás, o entendimento majoritário da doutrina sobre este ponto é que o legitimado para opor a exceção seria apenas o devedor, visto que o tema sempre foi tratado sob o ponto de vista de uma defesa do devedor dentro do processo de execução, cabendo a Marcos Valls Feu Rosa o mérito de romper com essa tradição e afirmar que a exceção poderá ser oposta pelo próprio credor ou até pelo serventuário de justiça (como um chefe de secretaria) que percebe o vício durante suas funções e comunica ao juiz. Desta maneira a legitimidade tem importância em determinar a obrigatoriedade de apreciação da questão suscitada (já que se o devedor a argüi, é dever do juiz a apreciar) , não se constituindo impedimento para uma decisão o fato de ter sido argüida por alguém ilegítimo, pois é dever de ofício do juiz dar aquela decisão[39]. (SIQUEIRA FILHO, 1998: 67)

10. Entendimento jurisprudencial

Não se pode afirmar em nenhum trabalho, sob pena de se cair em erro, que a jurisprudência é uníssona sobre determinado assunto. Entretanto, muito perto de uma prevalência na jurisprudência está a aceitação nos tribunais da exceção de pré-executividade. Inúmeras são as decisões que reconhecem a argüição de vícios no processo executivo, sem garantia prévia do juízo, quando a matéria a que se reporta é de ordem pública, para que se permita o exercício efetivo do contraditório e a não oneração injusta do executado.

Transcreveremos algumas decisões do tribunais pesquisadas que julgamos mais importantes, dentro do objetivo desta parte do trabalho que seria mostrar como a exceção de pré-executividade se revela no dia a dia do operador jurídico:

> "Processual Civil. Execução. Título imperfeito. Nulidade. Declaração independentemente de apresentação de embargos. Contrato de abertura de crédito, em documento particular sem a subscrição de duas testemunhas é título imperfeito para fundar

[39] SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto. Op. Cit., p. 67.

a execução (art. 585, II, do CPC). A argüição de nulidade da Execução, com base no art. 618 do estatuto processual civil, não requer a propositura de embargos à execução, sendo resolvida incidentalmente." (REsp 3079-MG, Rel. Min Cláudio Santos, DJ 10/09/90; REsp 13960-SP, DJ 3/12/92; REsp 26171-PR, DJ 8/03/93)[40]

"A argüição de Nulidade da execução (CPC, art. 618) não depende de segurança do juízo e pode, mesmo, ser formulada sem a oposição de embargos." (RJ TJ SP, 95/281; RTR, 122/133; RS TJ 31/348)[41]

"PROCESSUAL CIVIL – Agravo de instrumento – Processo de execução – Embargos do devedor – Nulidade – Vício fundamental – Argüição no próprios autos da execução – Cabimento – Artigos 267, parágrafo 3º; 586;618, I do CPC.

I – Não se revestindo o título de liquidez, certeza e exigibilidade, condições basilares exigidas no processo de execução, constitui-se em nulidade, como vício fundamental; podendo a parte argüi-la, independentemente de embargos do devedor, assim como pode e cumpre ao juiz declarar, de ofício, a inexistência desses pressupostos formais contemplados na lei processual civil.

II – Recurso provido".

(R. Esp. 13960 – SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 3/02/92.)[42]

"Recurso Especial. Efeito Suspensivo. Medida Cautelar Inominada. Execução. Exceção de Pré-Executividade.

[40] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Código de Processo Civil Anotado. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 435-436.
[41] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., 1996, p. 315.
[42] SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto. Op. Cit., p. 60.

1- É admissível a denominada exceção de pré-executividade. Admite-se também que se dê efeito suspensivo a recurso especial. Uma e outra são excepcionais, dependendo do preenchimento de requisitos próprios e fundamentais.

2- O efeito suspensivo pressupõe a ocorrência dos requisitos da ação cautelar. Na ausência de um desses requisitos, o pedido não pode ser acolhido.

3- Liminar indeferida. Extinção do processo, sem julgamento do mérito." (MC 1315-RJ, Rel. Nilson Naves, Dj 21/09/98)[43]

"PROCESSO DE EXECUÇÃO – Ausência de condições da ação – Título executivo sem certeza, liquidez, e exigibilidade – Nulidade da ação intentada. Quando o título que embasa a ação executiva não representa dívida certa, líquida e exigível, acarreta a nulidade do processo, que pode ser decretada de ofício a pedido do executado em qualquer tempo do processo. A anulação imprescinde de embargos, bastando que seja alegada a nulidade absoluta." (Ap. Cível 185037405, 3ª Câmara do TARS, julgado em 4/09/85, rel. Juiz Celso Vicente Rovani.)[44]

"EXECUÇÃO – Exceção de pré-executividade – Discussão a respeito de honorários advocatícios resultantes da sucumbência – Admissibilidade – Desnecessidade de propositura de embargos.
Ementa Oficial: Para ter direito aos honorários advocatícios resultantes da sucumbência, não é necessário que a defesa oposta pelo devedor em execução contra si proposta seja necessariamente articulada por via de embargos. São eles também devidos quando, em determinadas situações, como aquelas em que se discutem questões atinentes à admissibilidade do processo de execução e que se relacionam com os pressupostos processuais e as

[43] STJ. Http://www.stj.gov.br, 13 de março de 1999.
[44] SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto. Op. Cit., p. 57.

condições da ação, essa mesma defesa prévia é feita via de exceção de pré-executividade nos próprios autos da ação." (Ap. s/ Rev. 475.06-00/3 – 7ª Câm. – j. 04.03.1997 – rel. juiz Oscar Feltrin.)[45]

"EXECUÇÃO – NULIDADE – EMBARGOS DO DEVEDOR
A defesa em execução faz-se, como regra, por meio dos embargos, depois de seguro o juízo, somente se permitindo a modernamente denominada "exceção de pré-executividade", nos próprios autos da execução, para que deduzida questão de ordem pública por evidente nulidade do processo executivo, revelada de plano e independentemente de maiores questionamentos." (AI 487.920 – 1ª Câmara do 2º TacivSP – Rel. Juiz Vieira de Moraes – j. 07.04.97)[46]

"Execução por Título Extrajudicial – Exceção de pré-executividade – Acolhimento desta em razão do prejuízo injusto sofrido pelo executado ao ter seu nome registrado como inadimplente, uma vez que o débito já tinha sido pago – Descabimento, contudo, da pena de pagamento em dobro porque ausente a prova de má-fé por parte do credor – Artigo 1531 do Código Civil e súmula 155 do Supremo Tribunal Federal – Recurso improvido." (Ap. Civ. – 722625-9/005 – 4ª Câmara extraordinária do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de SP. Rel. Franco de Godoi. Unânime.)[47]

"Assim, com maior razão, sustento que o executado pode alegar prescrição nos próprios autos da execução. Isto é, independentemente do juízo se encontrar garantido e da oposição de embargos. Na verdade, não é razoável que o credor ajuíze ação

[45] 2º TACivSP. Revista dos Tribunais. N.º 740, jun, 1997, p.351.
[46] 2º TACivSP. Http://www.aasp.com.br, 25 de fevereiro de 1999.
[47] 1º TACivSP. Http://www.aasp.com.br, 25 de fevereiro de 1999.

imprópria para receber seu crédito, e ainda assim, imponha ao devedor o ônus de oferecer garantia para alegar tal irregularidade." (Processo n.º 34.887/80 da 2ª Vara Cível de Brasília, que teve como prolator da decisão o Dr. Mário Gurtyev de Queiróz.)[48]

11. Conclusão

De toda a exposição do trabalho ficou evidenciado que o tema "exceção de pré-executividade", não tem ainda um estudo profundo e sistematizado pela doutrina, começando pelo fato de muitos autores negarem a existência dessa "defesa" ou argüição de nulidades no processo executivo, como o faz veementemente Alcides Mendonça Lima. O próprio uso comum do termo "exceção" ao invés de objeção, que seria o mais adequado, como foi visto, e o termo "pré-executividade", dando a falsa impressão de que as matérias alegadas são anteriores ao recebimento da inicial, demonstram como o fenômeno da "exceção de pré-executividade" é controvertido e a literatura aponta as mais diversas opiniões acerca da matéria.

O que se deve ter sempre em mente é a importância desse estudo para a precisa visão do processo executivo que os magistrados, advogados, estudantes e juristas em geral devem ter em consonância com os princípios constitucionais, sobretudo o do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Não se pode mais admitir aquela idéia histórica de que o devedor é mero sujeito passivo da execução e deve obedecer inerte aos atos materiais de constrição de seu patrimônio, sem que se possa falar nos autos do processo executivo, mesmo quando a matéria for de estrito interesse público.

A regra de que se deve diferir o contraditório no processo executivo para o momento de oferecimento de embargos, condicionados a prévia garantia do juízo, não encontra fundamento lógico quando o próprio interesse público se inclina no sentido de compelir a prática de execuções sem o menor suporte em título certo, líquido e exigível.

A necessidade de um efetivo contraditório, garantido constitucionalmente, no processo de execução; a natureza de ordem pública da matéria argüida e o dever de ofício do juiz de decidir essas questões são a base de toda a fundamentação da exceção de pré-executividade, razão pela qual não pode ser desconsiderada por doutrinadores, juízes ou juristas.

[48] DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Op. Cit., p.28.

Poderíamos dizer que existe quase uma uniformidade de idéias entre os doutrinadores e tribunais que aceitam a exceção de pré-executividade, quando esta se referir a nulidade da execução por não estar embasada em um título certo, líquido e exigível ou nas outras hipóteses do art. 618 do CPC, ou, ainda, na falta de pressupostos gerais da execução e condições da ação. Todavia, a recíproca não é verdadeira quando a matéria alegada na exceção é de ordem pública, mas é algum daqueles casos específicos de defesa indireta do mérito como prescrição, pagamento ou novação. Neste último caso muitos tribunais não aceitam essa argüição na exceção de pré-executividade, deixando-o para a impugnação através dos embargos.

Dentre as jurisprudências apresentadas neste trabalho, apresentamos um exemplo de argüição de vícios na execução fundada em prescrição e outra fundada no pagamento do título, entretanto poderíamos dizer que não é um prática muito comum nos tribunais, mas poderá vir a ser com o maior desenvolvimento pretorial do instituto da exceção de pré-executividade, o que pensamos seria uma grande contribuição do judiciário para a celeridade processual e para a defesa do indevidamente executado, compelido a ter seus bens injustamente penhorados para que possa exercer o seu direito de ação.

Em contraposição, entendemos ser inconcebível para o regular desenvolvimento do processo executivo o que ocorre em alguns casos em que se denomina de "exceção de pré-executividade" alegações dentro do processo executivo que se referem diretamente ao mérito e que não são de ordem pública, não devendo ser declaradas de ofício pelo juiz e que só poderiam ser impugnadas através dos embargos à execução, como é o caso da argüição de excesso de execução por simples petição. Essa prática demonstra o interesse de protelar o processo executivo, ou de obter uma vantagem para não precisar garantir o juízo e falar nos autos, o que não se pode permitir tendo em vista que a garantia prévia do juízo é de grande utilidade para o desenrolar do processo de execução.

A utilização da chamada exceção de pré-executividade deve ser pautada sempre no equilíbrio entre o princípio do contraditório aliado a matéria de ordem pública alegada e o princípio do devido processo legal, para que não se desvirtue a marcha regular do processo de execução e sua função social de garantir ao credor a satisfação da obrigação contida no título certo, líquido e exigível.

12. Referências bibliográficas

01. BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. A Exceção de Pré-Executividade. Ajuris. Vol. 14, n.º 55, jul/set, 1989, pp. 62-70.

02. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Exceção de Pré-Executividade: Aspectos Teóricos e Práticos. Revista Dialética de Direito Tributário. N.º 24, set, 1997, pp. 21-29.

03. DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 1987.

04. DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. São Paulo: Malheiros, 6ª edição, 1998.

05. FERREIRA, Carlos Renato de Azevedo. Exceção de Pré-Executividade. Revista dos Tribunais. Vol. 79, n.º 657, jul, 1990, pp. 243-246.

06. LIMA, Alcides de Mendonça. Ação Executiva. Agravo do devedor contra o despacho inicial, sem oferecer bens à penhora. Alegação de não serem títulos executivos, por falta de liquidez e exigibilidade – Matéria somente argüivel em embargos do devedor, após a penhora – Interpretação do arts. 586, 652, 736 e 737 do CPC. Revista dos Tribunais. Ano: 72, vol. 575, set, 1983, pp. 63-71.

07. MACHADO, Schubert de Farias. Execução Forçada. Defesa antes da penhora. Interpretação dos arts. 618 e 737 do Código de Processo Civil. Repertório IOB de Jurisprudência (Civil, Processual, Penal, Comercial e Administrativo). N.º 22, 2ª quinzena de novembro, 1990, pp. 453-456.

08. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Dez anos de Pareceres. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975.

09. PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DE SÃO PAULO. Http://www.aasp.com.br, 25 de fevereiro de 1999.

10. SEGUNDO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DE SÃO PAULO. Http://www.aasp.com.br, 25 de fevereiro de 1999.

11. SEGUNDO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DE SÃO PAULO. Revista dos Tribunais. N.º 740, jun, 1997, p.351.

12. SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto. Exceção de Pré-Executividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª edição, 1998.

13. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Http://www.stj.gov.br, 13 de março de 1999.

14. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 21ª edição, 1998.

15. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de Processo Civil Anotado. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 1996.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO: UM DIREITO SUBJETIVO DO RÉU ??

Marcos André Couto Santos (Aluno da graduação do Curso de Direito da UFPE; ex-Pesquisador do Projeto PIBIC/CNPq; 1° Lugar Prêmio Jovem Cientista de 1998 – Área Ciências Jurídicas – Orientadores: Prof. Dr. Raymundo Juliano Rêgo Feitosa e Prof. Dr. Ivo Dantas; e-mail: macsdp@elogica.com.br)

1. Introdução

Este pequeno trabalho não tem o cunho monográfico, nem objetiva trazer à colação novas idéias a respeito de institutos jurídico-penais. A intenção central do presente estudo é apenas trazer de forma esquemática notas a respeito do instituto da Suspensão Condicional do Processo previsto na Lei 9099/95.

O trabalho é dividido em pequenos tópicos, procurando associar a pesquisa doutrinária com a visão que os Tribunais Superiores possuem a respeito da matéria em foco.

O ensaio é iniciado com um visão sintética e simples da Lei 9099/95 e sua importância diante da realidade jurídica do Estado Brasileiro.

Passa-se, posteriormente, a uma análise tópica da Suspensão Condicional do Processo prevista no art. 89 da Lei 9099/95, esclarecendo seus requisitos e caracteres.

Por último, o estudo resta focalizado na existência ou não de direito subjetivo do acusado/réu à suspensão condicional do processo.

Dedico este trabalho temático a Dra. Armanda Figueiredo, Procuradora Regional da República, pelo apoio inconteste nas minhas atividades como estagiário do Ministério Público Federal.

2. A Lei 9.099/95 - seu contexto

A Lei 9099/95 é sem dúvida um diploma inovador na esfera jurídico-penal brasileira.

Esta lei procurou revisitar e redimensionar vários institutos processual-penais, dentre os quais destacam-se a transação penal, a suspensão condicional do processo e o procedimento sumaríssimo.

O legislador tencionou evitar ao máximo a aplicação de penas privativas de liberdade a crimes de pequeno potencial ofensivo, procurando compor na esfera penal os danos patrimoniais ocorridos, através da aplicação de sanções alternativas para penalização do ilícito.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais surgiu num momento em que se percebeu a necessidade de dar um maior enfoque ao caráter educacional e ressocializador da sanção aplicada, evitando colocar o 'pequeno criminoso' em um Presídio super lotado que se caracteriza na realidade como uma verdadeira Escola do Crime.

Percebeu-se a necessidade de se fortalecer as sanções alternativas, procurando melhor definir institutos inovadores como a transação penal, a suspensão do processo e a atuação do Ministério Público nos chamados delitos de bagatela que tem pena não superior a 1 (um) ano.

A teleologia da lei é bastante clara, objetivando dar maior celeridade aos processo criminais nas pequenas infrações, aplicando sanções condizentes com os ilícitos perpetrados.

É imbuído do espírito inovador desta lei dentro de uma interpretação sistemática e integrativa, valorizando de forma equilibrada a *mens legis* com a *mens legislatoris* que se irá enfocar a seguir o instituto da suspensão condicional do processo.

3. A Suspensão Condicional do Processo - art. 89 da Lei 9.099/95

A finalidade da suspensão condicional do processo é evitar a aplicação de uma pena privativa de liberdade nos crimes de menor potencial ofensivo, em que não foram afetados valiosos bens da vida protegidos pela legislação penal. A suspensão condicional do processo está prevista no art. 89 da Lei dos Juizados Especiais, veja-se: " Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima

cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizem a suspensão condicional da penal (art. 77 do Código Penal)."

A Lei dos Juizados Especiais (Lei 9099/95) estabelece os requisitos que devem ser preenchidos para que o Ministério Público possa pedir ao Juiz a suspensão condicional do processo. Citam-se os requisitos para a concessão do benefício: a) crimes e contravenções em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não pela Lei, independentemente do rito procedimental; b) acusado não pode estar sendo processado; c) acusado não pode ter sido condenado por outro crime; d) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.

Preenchidos os requisitos acima elencados, o Ministério Público, *dominus litis*, deverá propor ao Juízo a suspensão do processo. O Juiz apreciará a legalidade do pedido, e observará se o acusado/réu aceita a proposta.

Havendo a aceitação pelo réu, o juiz, então, deferirá a suspensão, fixando as condições obrigatórias para cumprimento pelo réu, quais sejam: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de freqüentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. Além disto, o magistrado poderá também especificar outras condições facultativamente, adequadas ao fato e à situação do acusado.

Depois, preenchidas todas as determinações legais, o Juiz suspenderá o curso do feito por 2 a 4 anos, findos os quais haverá a extinção da punibilidade.

4. Suspensão Condicional é direito subjetivo do réu ??

A principal questão atinente à natureza jurídica da suspensão condicional do processo está na existência ou não de direito subjetivo do acusado aos benefícios do art. 89 da Lei 9099/95.

Ou seja, o que se discute é: pode o Juiz decretar de ofício a suspensão do processo se o Ministério Público não pleitear o benefício para o réu, ou pode a parte alegar em Juízo que preenche os requisitos legais para ter direito a referida suspensão condicional do processo ???

4.1. Visões doutrinárias

A doutrina ainda não se sedimentou a respeito da existência ou não de direito adquirido do réu à suspensão condicional do processo previsto no art. 89 da Lei 9099/95.

Busca-se saber se a suspensão condicional do processo é ato de mera discricionariedade do Ministério Publico, se é ato consensual bilateral, ou se é direito subjetivo do acusado.

A-) Os que sustentam a doutrina do *facultas agendi* do Ministério público entendem que a suspensão condicional do processo é ato discricionário do Ministério Público, isto é, constitui mero instrumento de execução da sua política criminal. Assim, se seu representante não faz a proposta de suspensão, nada poderá ser realizado.

B-) Outros defendem ser a suspensão condicional do processo um ato consensual bilateral, tal qual a transação penal prevista no art. 76. Com base nesta teoria, sem o consenso do Ministério Público não poderia haver suspensão do processo. Logo, é coerente, dentro dessa perspectiva, que seja o Procurador-Geral o encarregado de dar a última palavra sobre a formulação (ou não) da proposta.

C-) Por último, temos aqueles que vêem a suspensão condicional do processo como um direito subjetivo do acusado, tendo o Ministério Público o poder-dever de requerer a suspensão, desde que presentes os requisitos legais elencados no art. 89 da Lei 9099/95. Alguns chegam mesmo a defender que poderia o Juiz *ex officio* suspender o processo.

Vejamos em resumo esquemático algumas conclusões de autores de renomada a respeito do tema:

1 – PRIMEIRA POSIÇÃO: Não há direito adquirido à suspensão. A proposta de suspensão só pode partir do Ministério Público que é o *dominus litis*.

Marino Filho, em seu livro didático Juizado Especial Criminal, explicita sua opinião a respeito da inexistência de direito adquirido à suspensão condicional do processo nos seguintes termos: " Como detentor da exclusividade da ação penal pública, somente o Ministério Público poderá dispô-la nos termos da própria Constituição Federal (art. 98, I) e da Lei 9099/95, propondo, juntamente com a denúncia, a suspensão condicional do processo, que somente poderá ser homologada pelo Poder Judiciário, após expressa aceitação do acusado e análise de seu legalidade. (.....) Existindo, pois, *ius puniendi* e *ius punitionis* do Estado na aplicação e efetivação da pena pela

autoridade judicial competente, por crime definido em lei, através do devido processo legal, não há como sustentar existência de direito subjetivo do acusado à suspensão condicional do processo. (.....) Vigorando o entendimento de que a suspensão condicional do processo é direito subjetivo do acusado, o art. 89 da Lei n. 9099/95 será flagrantemente inconstitucional, uma vez que exclui do gozo deste 'suposto direito' os acusados nos casos de ação penal privada, sendo, portanto, incompatível com o princípio da igualdade (art. 5, caput). Na ação penal privada, também o acusado somente poderá ser dispensado do devido processo legal, desde que haja consenso com o querelante, através dos institutos da perempção e pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada ? (art. 107, IV e V, do Código Penal). Sempre porém que houver consenso. Nunca poderá o Poder Judiciário oferecer o perdão se não houver manifestação da acusação e defesa. O legislador, com a Lei n. 9099/95, igualou esta circunstância, permitindo que a sociedade, nos crimes de ação penal pública incondicionada, através do Ministério Público, dispensasse o acusado do devido processo legal, desde que houvesse consenso entre a acusação e a defesa." (FILHO, 1996:94)

Ada Pellegrini assim externa a sua posição: "A suspensão do processo, como já foi dito, é ato bilateral. Depende da aceitação da proposta feita pelo Ministério Público. Essa aceitação cabe ao acusado e seu defensor (art. 89, parágrafo 1). Nada impede que o acusado não aceite os termos da proposta e faça uma contraproposta. Considerando que a suspensão do processo é fruto do princípio da discricionariedade, a transação complexa é perfeitamente possível e tudo deve ser feito de modo informal e oral. Exatamente porque tudo é oral (art. 2), impõe-se a presença do juiz (imediação). A transação celebrada entre as partes no sentido da suspensão do processo é mero ato de postulação, pois cabe ao juiz a última palavra (art. 89, parágrafo 1). Ele 'poderá' suspender o processo. É bem verdade que se trata de um poder-dever, de qualquer modo, não se pode negar que a palavra final é do juiz. Ao Ministério Público cabe propor; ao acusado aceitar; ao juiz suspender. Há sempre controle judicial, inclusive do uso do princípio da discricionariedade." (GRINOVER, 1996:191)

O Dr. Vladimir Aras, em excelente artigo, resume a sua opinião da seguinte forma:" **1.** A suspensão condicional do processo e a transação não constituem direitos subjetivos do acusado, mas sim faculdades postas à disposição do Ministério Público para fins de política criminal, no exercício da ação penal, agora informada pelo princípio da oportunidade. **2.** O acusado somente tem direito subjetivo à manifestação, negativa ou positiva, do Estado-Administração quanto aos institutos dos arts. 76 e 89 da Lei n. 9099/95. A

suspensão e a transação, que devem resultar do acordo de vontades das partes e da conformidade, constituem meras expectativas de direitos. **3.** Ante a recusa do Ministério Público em oferecer proposta transacional *lato sensu*, o juiz não pode agir *ex officio*, cabendo-lhe remeter os autos ao Procurador-Geral, mediante aplicação analógica do art. 28 do CPP. O *Parquet* é ente do Estado-Administração e decide e opta conforme a legalidade e o mérito administrativo, cuja apreciação, dentro do âmbito de discricionariedade, é vedada ao Judiciário. **4.** A Lei n. 9099/95 tem como fundamento o consenso, prevendo um processo de partes, não se permitindo a violação da autonomia da vontade de qualquer delas. Nesse sentido, em atenção à isonomia e à bilateralidade, não pode o magistrado conceder a suspensão ou a transação, atendendo requerimento do acusado, sem a concordância do *Parquet*. **5.** No sistema processual penal brasileiro, vige o princípio acusatório (art. 129, I, CF), com rígida separação das funções do órgão acusador e do órgão julgador. Este está vinculado ao princípio da inércia da jurisdição de forma a garantir sua imparcialidade. Aquele é o titular privativo da ação penal, exercendo-a em um processo contraditório. **6.** *De lege ferenda*, sugere-se o aperfeiçoamento do reexame hierárquico da negativa ministerial à transação *lato sensu*, de modo a permitir o controle por órgão colegiado da Administração Superior do Ministério Público. **7.** Propõe-se também, no direito do porvir, seja admitida, em caso de inércia absoluta do Ministério Público, que a vítima, seu representante legal, ou qualquer interessado (nos crimes vagos), ofereça proposta subsidiária de suspensão condicional, nos moldes da ação penal privada substitutiva da pública (art. 5º, inciso LIX, da CF). " (ARAS, 1998)

Em suma, esta corrente apoia a idéia de que o Ministério Público é o dominus litis e protetor da sociedade, cabendo somente a ele propor a suspensão condicional do processo.

2 – SEGUNDA POSIÇÃO: Pode-se conceder a suspensão do processo sem a concordância do Ministério Público, havendo direito subjetivo do réu ao benefício da suspensão condicional

Adilson Simoni leciona que o Juiz é quem decide a respeito do pedido do acusado pleiteando a suspensão condicional denegada pelo Ministério Público: " Assim, se por um lado o representante do Ministério Público se nega a propor a suspensão condicional do processo e, por outro, a Defesa insiste na medida, caracterizado resulta um conflito intersubjetivo de interesses, cabendo ao Juiz sobre ele decidir conferindo ou não ao réu a oportunidade de aceitá-la. *Mutatis mutandis*, essa é a garantia expressamente contida no art. 5, XXXV, da

Constituição Federal, *in verbis*: ´ a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.´" (SIMONI, 1996:478)

Já Eustáquio Silveira segue na mesma esteia, confirmando a existência de direito subjetivo do acusado à suspensão do processo (art. 89, Lei 9099/95), explicita sua opinião nos seguintes termos: " Apesar da expressão ´poderá´, utilizada no texto da lei, acreditamos que o Ministério Público tem o poder-dever de, uma vez preenchidos os requisitos previstos legalmente, propor a suspensão do processo. Se não o fizer, estará agindo ilegalmente, podendo, então, a sua omissão ser suprida pelo Poder Judiciário, a pedido do réu. O que se concedeu ao Ministério Público, na verdade, foi a chamada ´oportunidade regrada´, isto é, o *Parquet* dispõe da ação penal na forma que lhe autoriza a lei. Presentes os requisitos legais, tem que atuar em favor da via alternativa eleita pelo legislador. Não é o Ministério Público o detentor dessa política. Ele a cumpre. Assim como a cumpre o juiz. A *ratio legis*, portanto, reside na conquista de finalidades públicas supremas (desburocratização, despenalização, reparação, ressocialização), não o incremento de poderes para uma ou outra instituição. Assim sendo, concluímos que a suspensão é direito subjetivo do réu, tendo o Ministério Público o poder-dever de propô-la, caso estejam presentes os pressupostos que a autorizam." (SILVEIRA, 1997:505)

A Comissão Nacional de Interpretação da Lei 9099/95 chegou à seguinte conclusão em suas reuniões: " 13. Se o Ministério Público não oferecer proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo nos termos dos arts. 79 e 89, poderá o juiz fazê-lo."

Dyrceu Aguiar Dias Cintra Jr. expressou sua posição em seu excelente ensaio intitulado ´Suspensão Condicional do Processo e Desclassificação do Crime em face dos Princípios da Igualdade e da Proteção Judiciária´: " **a)** No tema da suspensão condicional do processo, o promotor de justiça e o juiz estão vinculados ao princípio da oportunidade regrada. Quando configurada a situação regulada pela lei (art. 89 da Lei 9099/95) surge o direito subjetivo do réu à suspensão, que deve ser proposta pelo promotor e deferida pelo juiz. O princípio do consenso tem como destinatário apenas o réu, que pode aceitar ou não a suspensão. **b)** Quando o promotor não propõe a suspensão condicional do processo, entendendo o juiz fosse caso de fazê-lo, não lhe cabe aplicar o art. 28 do CPP. Deve decidir o conflito de interesses entre o promotor e o réu, em decorrência do princípio da proteção judiciária (art. 5, XXXV, CF), considerando que este tem um direito subjetivo à suspensão. Caso o réu nada tenha requerido, deve o juiz, de ofício, dar a ele oportunidade para que se manifeste sobre seu interesse na suspensão." (CINTRA JR, 1997:474)

Luiz Flávio Gomes, por sua vez, refere-se ao tema da seguinte forma: " QUINTA: A suspensão condicional do processo, destarte, desde que presentes seus requisitos legais é direito público subjetivo do acusado (impõe-se considerar que a suspensão é um dos instrumentos despenalizadores eleitos pelo legislador como resposta ´suficiente´ ao delito de médio porte). Logo, o Ministério Público tem o poder-dever de formular a proposta, quando presentes tais requisitos. O legitimado constitucionalmente para controlar esse poder-dever do Ministério Público, que emerge do princípio da oportunidade (ou discricionariedade) ´regrada´ é o Poder Judiciário, porque não pode haver direito público subjetivo sem tutela judicial. Exatamente por isso mostrar-se inadequada a aplicação analógica do art. 28 do CPP para servir de instrumento de controle da proposta de suspensão do processo." (GOMES, 1997:175)

Por fim, assim se expressa o festejado Damásio de Jesus: " Preenchidas as condições legais, a suspensão do processo é um direito do acusado, não configurando uma faculdade do Ministério Público." (JESUS, 1996:107)

Em suma, entendem os doutrinadores desta Segunda corrente que o acusado, uma vez preenchidos os requisitos legais, tem o direito à suspensão do processo, podendo a mesma ser concedida de ofício pelo magistrado que também resolverá conflitos sobre a aplicação ou não do instituto à vista de cada caso específico.

Veja-se agora as posições dos nossos Tribunais Superiores.

4.2. Entendimento jurisprudencial[1]

No julgamento do *habeas corpus* n. 75.343-4, impetrado em favor do paciente JUAREZ QUINTÃO HOSKEN FILHO, contra coação atribuída ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, nos termos dos votos dos Ministros Octavio Gallotti e Sepúlveda Pertence, que cabe ao Ministério Público a iniciativa ***exclusiva*** de propor a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei Federal n. 9099/95.

Os Ministros OCTAVIO GALLOTTI, então relator, e NELSON JOBIM, votaram pelo indeferimento do remédio heróico, argumentando que havendo recusa fundamentada do Ministério Público, posicionando-se pelo não oferecimento da proposta de suspensão condicional, o juiz não pode exercer tal atribuição, porque não se trata de direito subjetivo do acusado, e sim de ato que se acha dentro da esfera ***discricionária*** do *Parquet*.

[1] ARAS, Vladimir. Suspensão condicional do processo: direito subjetivo do acusado. http://www.jus.com.br/doutrina/, 1998.

O voto do Ministro NELSON JOBIM é muito significativo, porque ele foi um dos autores dos dispositivos cíveis da Lei n. 9099/95, tendo participado ativamente dos debates que precederam sua aprovação no Congresso Nacional, onde então exercia mandato de deputado federal. Por conseguinte, ninguém melhor que o Min. JOBIM para dizer do espírito da lei e da intenção do legislador nos arts. 76 e 89 da Lei dos Juizados Especiais.

O precedente jurisprudencial é de 12 de novembro de 1997, com prevalência do voto do Ministro Octavio Gallotti, relator. A decisão foi majoritária, firmando o entendimento de que a proposta do art. 89 da LJE é uma faculdade exclusiva do *Parquet*, em atenção ao princípio do art. 129, inciso I, da CF, "não podendo o juiz da causa substituir-se a este". Foi voto vencido o Min. MARCO AURÉLIO, que reconhecia a tese do direito subjetivo do réu ao benefício, desde que presentes os requisitos objetivos para a suspensão do processo.

Também por maioria, considerando-se que o art. 89 da LJE "alude ao *Ministério Público* na qualidade de instituição", a Corte Suprema deliberou que "na hipótese de o promotor de Justiça recusar a fazer a proposta, o juiz, verificando presentes os requisitos ***objetivos*** para a suspensão do processo, deverá encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça para que este se pronuncie sobre o oferecimento ou não da proposta".

Interpretou-se que o art. 89 mitigou o princípio da obrigatoriedade da ação penal para efeito de política criminal. Sendo assim, para orientação de tal política, tem prevalência o princípio da unidade do Ministério Público, previsto no art. 127, §1º, da CF, a fim de que a discricionariedade reconhecida não seja transferida ao subjetivismo de cada promotor de Justiça. Nesse ponto foi vencido o relator originário, Min. Octavio Gallotti, com o entendimento de que a Lei n. 9099/95 não autorizava tal procedimento ***administrativo***. Em razão disso, foi relator para o acórdão o Min. Sepúlveda Pertence, que sustentou a aplicabilidade do art. 28 do CPP, na hipótese de recusa do membro do *Parquet*.

Em 14 de abril de 1998, no julgamento do *habeas corpus* n. 76.436, do Paraná, tendo como relator o Ministro NÉRI DA SILVEIRA, manteve-se a orientação, cassando-se a sentença condenatória e o acórdão guerreados, que inadmitiram a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei n. 9099/95, para que fosse dada ***oportunidade ao Ministério Público*** de primeiro grau para manifestar-se sobre a aplicação do referido instituto.

O posicionamento firmou-se em 12 de maio de 1998, no julgamento do *habeas corpus* 76.439-SP (STF, 1ª Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti), quando se decidiu que: "Tendo em vista que a suspensão condicional do processo é uma faculdade do Ministério Público para fins de política criminal, a Turma deferiu

em parte o *habeas corpus* para que a recusa do promotor de justiça em fazer proposta de suspensão condicional do processo, seja submetida à Procuradoria-Geral de Justiça, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 28 do CPP. Orientação adotada pelo STF no julgamento do HC n. 75.343-MG (Pleno, 12.11.97, v. Informativo n. 92)".

Ultimamente, em outras esferas judiciárias, têm sido valorizadas as atribuições do Ministério Público, como *dominus litis* e titular da atividade persecutória penal, não só em juízo, como também em sua atividade investigatória extrajudicial, assegurando à instituição o direito ao acesso direto a informações mesmo cobertas por sigilo, como o bancário (vide o HC n. 98.02.05425-ES, do TRF da 2ª Região). A orientação do STF no tocante à suspensão condicional do processo é indicativa dessa tendência.

O Boletim Informativo STF n. 123, de 14 de novembro de 1998, no título "Ministério Público e Suspensão do Processo", noticiou a seguinte decisão da 2ª Turma da Corte Constitucional: "Compete ao Ministério Público a iniciativa exclusiva para propor a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei 9.099/95 ("*Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangida ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que...*"). Com esse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu o pedido relativamente ao trancamento da ação penal, vencido o Min. Marco Aurélio que o concedia para tornar a denúncia insubsistente, podendo, sobre os mesmos fatos outra ser oferecida, e, a seguir, ***por unanimidade***, deferiu em parte o *habeas corpus* para determinar seja, no juízo de origem, aberta vista ao Ministério Público para fins do art. 89 da Lei 9.099/95, atendendo a orientação adotada pelo Tribunal no HC 75.343-MG (v. Informativos 76 e 92), ***aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 28 do CPP***. Precedentes: HC 76.439-SP (DJU de 21.08.98) e HC 74.153-SP (DJU 21.03.97). ***HC 77.723-RS, rel. Min. Néri da Silveira, 15.9.98."***

O Informativo n. 128 do STF trouxe a notícia do julgamento de outro *habeas corpus* no qual se manteve a discricionariedade do Ministério Público para a propositura da suspensão condicional do processo: "O disposto no art. 89 da Lei 9.099/95 ["Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)"] aplica-se integralmente à justiça militar, inclusive quanto à observância dos requisitos do

art. 77 do Código Penal. (...) ***Habeas corpus concedido para que, retornando à 1ª instância os autos da ação penal, o Ministério Público manifeste-se a respeito da suspensão, ou não, do processo como determinado pelo art. 89 da Lei 9.099/95.*** Vencido o Min. Moreira Alves, que indeferia a ordem por entender que as hipóteses de exclusão da suspensão condicional da pena previstas no Código Penal Militar são condições objetivas, não se tratando, portanto, de requisitos subjetivos do réu" (HC n. 77.856-AM, rel. Min. Octavio Gallotti, 20.10.98).

No entanto, em que pese tal orientação já firme do Supremo Tribunal Federal, algumas turmas do Superior Tribunal de Justiça ainda vêm sustentando que a proposta do art. 89 da Lei de Juizados Especiais é direito subjetivo do acusado, aduzindo que "o juiz não deve estar vinculado à recusa do Ministério Público" (RHC n. 7.583/SP, 5ª Turma, rel. Min. Edson Vidigal, v.u., DJU 31/08/98).

Naturalmente, esse posicionamento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça tende a se tornar minoritário, tendo em conta a orientação adotada pelo STF em mais de um julgamento, bem assim considerando que já se instalou divergência na mesma turma do STJ, como se pode ver do seguinte excerto de decisão:

Acórdão da 5ª Turma do STJ, unânime, no Recurso Ordinário em *habeas corpus* n. 98/0051741-3, Relator Ministro FÉLIX FISCHER, em 25/08/1998: "PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DE *HABEAS CORPUS*. LEI N. 9099/95. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MAJORANTE (CRIME CONTINUADO). I - Para verificação dos requisitos da suspensão condicional do processo (art. 89), a majorante do crime continuado deve ser computada. II - ***A eventual divergência entre o agente do Parquet e o Órgão Julgador, acerca do oferecimento da suspensão se resolve, analogicamente, com o mecanismo do art. 28 do CPP.*** Precedentes. Recurso desprovido."

Anteriormente, o STJ já decidira que "A suspensão condicional do processo prevista na Lei 9099/95 se circunscreve no princípio da ***discricionariedade regulada***, da vontade consciente do acusado e seu defensor, e da desnecessidade da aplicação da pena privativa de liberdade de curta duração, tendo em vista o menor potencial ofensivo da infração" (HC 5027, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, DJU 28.04.97).

4.3. Nossa opinião

Seguimos a esteia do entendimento do Excelso Pretório ao não conferir ao acusado em processo penal o direito subjetivo à suspensão condicional do processo.

As razões desta posição já foram por demais ventiladas neste breve ensaio, apenas realçamos que o Ministério Público é o *dominus litis*, sendo o instituto da suspensão condicional um dos instrumentos de política criminal, que só pode ser proposta pelo Ministério Público diante dos requisitos legais e mediante um pedido fundamentado em benefício da comunidade.

O órgão ministerial entendendo que o benefício não pode ser concedido a determinado réu diante das características do ilícito perpetrado e diante de outras razões esposadas, deve então se houver desacordo serem remetidos os autos ao Procurador Geral.

Se o benefício fosse concedido sem a concordância do Ministério Público, o órgão acusador teria mitigada a sua atuação e enfraquecido o seu papel de protetor da coletividade.

Por estes motivos, louvamos o entendimento do STF e com o mesmo caodunamos.

5. Conclusões

Elencamos a seguir as conclusões advindas do estudo sobre a suspensão condicional do processo:

A) A Lei 9099/95 buscou valorizar as sanções alternativas, a transação penal e a suspensão condicional do processo, tendendo a evitar a aplicação de penas privativas de liberdade em crimes de bagatela e de pequeno potencial ofensivo. A novel Lei acabou, assim, por rever vários institutos jurídico-penais e processuais, estabelecendo novos conceitos e padrões para o Direito Penal e Direito Processual Penal;

B) Uma das inovações foi o aprofundamento da suspensão condicional do processo. Esta será concedida pelo Juízo através de pedido fundamentado do Ministério Público quando o réu preencher os requisitos legais previstos no art. 89 da Lei 9099/95;

C) Uma das principais polêmicas a respeito do instituto da suspensão condicional do processo diz respeito à existência ou não de direito subjetivo à concessão do benefício ao acusado;

D) A Doutrina sobre a matéria é vacilante. Há os que entendem que a concessão do benefício fica ao total alvedrio do Ministério Público (doutrina do *facultas agendi*), já que o mesmo é o dono da ação penal e só ele é que pode dela dispor. Outros pensam que a suspensão do processo é um ato consensual bilateral, sendo assim o Ministério Público e o acusado é que devem acordar sobre a aplicação do instituto diante de cada caso concreto. Por fim, a terceira corrente entende que o acusado, preenchendo os requisitos legais, tem direito subjetivo ao benefício, podendo o mesmo ser concedido até de ofício pelo magistrado, independente de provocação do Ministério Público;

E) A doutrina que predomina diante do Pretório Excelso e da Superior Corte de Justiça é de que o Ministério Público é o único legitimado a pleitear o benefício em favor do acusado que preencha os requisitos do art. 89 da Lei 9099/95. Isto se deve à qualidade de *dominus litis* na seara penal que o órgão ministerial possui, bem como do necessário interesse público e do sistema acusatório que rege o sistema brasileiro em conformidade com a CF/88. Também se argumenta que ocorreria quebra do princípio da igualdade caso a suspensão condicional fosse considerada um direito subjetivo em ações penais públicas, quando não há o mesmo beneplácito em relação aos crimes em que cabe ação penal privada;

F) Enfim, o benefício só pode ser concedido ao réu se houver provocação ministerial, nunca *ex officio* pelo Magistrado (posição do STF). Pode-se, todavia, observar se houve abuso de poder por parte do promotor de justiça ou de outro representante ministerial, remetendo-se os autos ao Procurador Geral em conformidade com o art. 28 do CPP;

G) A suspensão do processo em relação a um dos acusados não obstacula de maneira nenhuma o prosseguimento do processo penal em relação aos demais co-réus. O benefício da suspensão condicional é concedido individualmente.

6. Bibliografia

01. ARAS, Vladimir. Suspensão condicional do processo: direito subjetivo do acusado. http://www.jus.com.br/doutrina/, 1998.

02. CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Suspensão condicional do processo e desclassificação do crime em face dos princípios da igualdade

e da proteção judiciária in Revista dos Tribunais, ano: 86, vol. 746, dezembro, 1997, p. 466/475.

03. FILHO, Marino Pazzaglini. Juizado Especial Criminal. Atlas:São Paulo, 1996.

04. GOMES, Luiz Flávio. Suspensão Condicional do Processo Penal. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1997.

05. GRINOVER, Ada Pellegrine (org). Juizados Especiais Criminais. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1996.

06. JESUS, Damásio E. de. Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada. São Paulo: Saraiva, 3 edição, 1996.

07. SILVEIRA, Eustáquio. Questões ainda controvertidas sobre a suspensão condicional do processo in Revista dos Tribunais, ano: 86, vol. 740, junho, 1997, p. 502/507.

08. SIMONI, Adilson Paukoski. Suspensão condicional do processo (Lei 9099/95: Um direito subjetivo do réu) in Revista dos Tribunais, ano: 85, vol. 731, setembro, 1997, p. 477-479

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS E DOGMÁTICAS ACERCA DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Danielle Menezes Evangelista (aluna do 5° período da Graduação em Direito da UFPE)

1. Introdução:

Evoluir significa aperfeiçoar-se, atualizar-se no que diz respeito a idéias, convicções e conceitos. Sabe-se que o desenrolar das regras de Direito se confunde com a própria história da *evolução* humana. Quanto mais aperfeiçoado o homem se torna, maior a necessidade de organização da vida em sociedade por parte de normas jurídicas atualizadas. Em face dessa realidade, tem-se que o Direito Processual Civil e seus institutos não fogem à regra, progredindo ao mesmo passo que a intelectualidade humana.

É sabido que a vida social demanda adaptação dos indivíduos aos preceitos do convívio pacífico. Apesar do esforço feito para se manter o império da boa vizinhança, conflitos de interesses são comuns devido à complexidade das relações sociais. A resolução racional dessas dissidências há muito foi assumida pelo Estado, na figura do Poder Judiciário. É a esse Poder que incumbe a composição dos litígios advindos no seio da sociedade. Assim sendo, é *dever* dos magistrados zelar pela justa e eqüitativa prestação jurisdicional. Para cumprir essa tarefa, utilizar-se-ão das normas de direito processual, as quais regulam passo a passo o andamento dos processos judiciais.

As relações jurídicas processuais são formadas em virtude de lides conseqüentes de pretensões resistidas. De início, como se infere do Direto Romano, tais relações só poderiam se estabelecer entre as partes e o magistrado. Tal entendimento era decorrência do princípio da singularidade, norteador do processo àquela época. Destarte, não se concebia a participação

de terceiro em litígio alheio. Em virtude da *evolução* de idéias já comentada anteriormente, a conquista de novos princípios processuais, como o da economia, permitiu a aceitação do ingresso de terceiros na relação processual pendente. Essa permissividade deveu-se ao fato de a sentença determinar implicações não só entre as partes, como também em relações jurídicas materiais de pessoas que não são exclusivamente autor e réu. É o que nos ensina VICENTE GRECO FILHO, que comenta: "as relações jurídicas não existem isoladas no mundo do Direito, elas se inter-relacionam".[1]

Assim, o surgimento do instituto "Intervenção de Terceiros" se deu de maneira inevitável devido à exigência de uma tutela jurisdicional econômica e célere, pois, ao intervir, o terceiro pode defender seus direitos e interesses desde já, evitando uma possível lide futura em que poderia figurar. Desse modo, diminui-se o número de processos e evita-se resultados contraditórios, como nos ensinou ADOLF WACH.

Nas presentes linhas, trataremos desse tema bastante intrigante, que tem suscitado várias divergências no direito pátrio, bem como na bibliografia estrangeira. Deixando as polêmicas de lado, buscaremos o que, ao nosso ver, faz-se mais relevante para o bom entendimento da matéria e seu tratamento dogmático. Em suma: primaremos por transmitir um conhecimento prático a respeito do assunto ora abordado.

2. Generalidades sobre a intervenção de terceiros:

Tal fenômeno ocorre quando um terceiro, alheio à relação jurídica processual existente entre autor e réu, ingressa no processo pendente.

Como se sabe, quando há interesses conflitantes, o caminho legal para a sua solução é a via judicial. Desta forma, quando, por qualquer motivo, alguém recorre à Justiça, pretende conseguir uma tutela jurisdicional adequada. Processualmente se estabelece, então, uma relação: autor, aquele que se socorre da máquina estatal; réu, aquele contra o qual o autor quer ver seu direito reconhecido e juiz, órgão representante do Poder Judiciário. Tal relação pode se manter estável até o fim do processo, como pode ser acrescida com novos sujeitos. A intervenção permite exatamente esse feito, qual seja: a entrada de terceiros que, por sua vez, tornar-se-ão parte ou coadjuvante de parte, num processo já em andamento. Cabe salientar que nem toda modificação subjetiva no processo significa intervenção; assim, substituição de parte no curso no

[1] Cf. GRECO FILHO, Vicente. Direito processual Civil Brasileiro. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 127.

processo ou formação de litisconsórcio necessário não diz respeito ao fenômeno aqui estudado.

É necessário ressaltar que as hipóteses de intervenção são todas legais, ou seja, o ingresso em processo alheio só se dá com expressa permissão da lei. Dessa forma, a legitimidade para intervir é dada por previsão no Código e, se há omissão da lei, está subentendido que não pode ocorrer a intervenção.

A intervenção comumente é classificada em *espontânea* ou *provocada,* segundo a iniciativa de intervir se dê voluntariamente ou não por parte daquele que ingressa. Espontânea é a intervenção feita exclusivamente pela vontade do terceiro (oposição e assistência); provocada é a precedida de citação promovida pela parte atuante do processo primitivo (nomeação à autoria, denunciação da lide, chamamento ao processo). Nesse último caso, o terceiro não intervém por iniciativa própria, mas por provocação daquele que faz parte do processo em curso. Evidentemente, deve ocorrer o interesse jurídico do terceiro em ingressar processualmente, pois, caso contrário, sua presença não teria razão de ser. Existe ainda outra classificação, a saber: *adesiva(ad coadjuvandum)* ou *principal (ad excludendum),* conforme a posição do terceiro perante o objeto da causa. A intervenção adesiva ocorre quando o terceiro assume apenas a posição de coadjuvante de parte, isto é, passa a auxiliá-la. Já a principal apresenta o terceiro como possuidor de um interesse, o qual o faz pleitear algo para si, com verdadeiro direito de ação.

Divergências há relativas aos casos de intervenção de terceiros enumerados pelo Código. Muitos autores deixam de considerar a oposição como intervenção (como CELSO AGRÍCOLA BARBI), apesar da mesma ser tratada no capítulo referente ao instituto. Outros preferem excluir o concurso de credores e os embargos de terceiros do rol das figuras interventivas (como VICENTE GRECO FILHO). Contudo, aderimos à opinião de JONATAS MILHOMENS, que considera a existência de intervenção de terceiros em sentido lato e em sentido estrito. Destarte, as figuras pertencentes ao capítulo intitulado "Intervenção de Terceiros", do Código de Processo Civil, fazem parte do sentido estrito do fenômeno (oposição, nomeação à autoria, denunciação da lide e chamamento ao processo); já as demais enumeradas pelos doutrinadores constituem o sentido lato do termo (assistência, recurso de terceiro prejudicado, embargos de terceiros e concurso de credores).[2]

Essa obra se propõe a analisar os casos de intervenção mencionados pelos manuais como sendo de maior importância. Portanto, ater-nos-emos às

[2] Cf. MILHOMENS, Jônatas. Da Intervenção de terceiros. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985, p.14.

figuras processuais da oposição, nomeação à autoria, denunciação da lide, chamamento ao processo e assistência.

3. Da oposição:

3.1. Conceito:

A oposição é uma ação autônoma intentada por um terceiro que possui interesse, no todo ou em parte, sobre a coisa ou direito controvertido em processo pendente. Ou seja, o terceiro apresenta verdadeira pretensão própria sobre o objeto da lide. Ao interpor a ação, ele almeja que sua pretensão prevaleça sobre a das partes do processo no qual interviu. De regra, a oposição é declaratória quanto ao autor primitivo e condenatória quanto ao réu. Segundo a classificação a pouco apresentada, essa figura processual é definida como intervenção voluntária (por partir exclusivamente da vontade do *opoente*) e principal (por apresentar um direito de ação próprio do terceiro).

O terceiro, autor da oposição, recebe a denominação de *opoente*; autor e réu do processo primitivo são os *opostos*. Como há de se notar, autor e réu da relação processual pendente passam a fazer parte do pólo passivo da ação de oposição, formando um litisconsórcio necessário. Eles agora terão de enfrentar a pretensão do opoente, que reivindica a coisa ou direito em controvérsia. Segundo extraímos do artigo 56, do CPC, o terceiro pode requerer a coisa ou direito parcial ou totalmente, de acordo com a legitimidade que afirma possuir. Por tais fatos podemos concluir que há verdadeira conexão entre a oposição e a ação primitiva, realidade evidenciada pela identidade de objeto mediato dos pedidos (coisa ou direito).

Quanto ao momento de propositura da oposição, o Código nos revela que vai até o trânsito em julgado da sentença da ação principal. E, ainda, mesmo que o processo esteja em curso em grau de jurisdição superior, ela tem de ser proposta perante o juízo originário.

3.2. Procedimentos:

O opoente deverá observar os requisitos exigidos para a propositura da ação, existentes nos artigos 282 e 283, do CPC, deduzindo, desta forma, o seu pedido. Ocorrerá a distribuição por dependência e a oposição será enviada para o juiz da causa principal. A partir daí, os opostos serão citados na pessoa dos seus advogados, para que contestem no prazo comum de 15 dias. Correndo o

processo principal à revelia do réu, este será citado pessoalmente para a ação de oposição.

A oposição pode seguir dois caminhos, de acordo com a oportunidade em que for intentada. Sendo proposta antes da audiência de instrução e julgamento, será apensada aos autos principais, ou seja, unida a eles, de forma a ser julgada pela mesma sentença junto com a ação primitiva. Nesse ponto, faz ERNANE FIDÉLIS uma considerável observação. Considera esse eminente autor que a sentença é una apenas formalmente, pois, na verdade, tem-se duas "sentenças", uma que julga o pedido do autor-oposto e outra que julga a oposição.[3] Por uma questão de lógica jurídica, deve o juiz conhecer primeiro a oposição, até mesmo porque a decisão a ser tomada nela implica conseqüências na resolução da outra lide primeiro instaurada. Assim, por exemplo, se a ação do opoente for julgada procedente, prejudicada estará a ação principal.

Por outro lado, sendo oferecida a oposição após a audiência, seguirá ela o procedimento ordinário, não havendo, pois, o apensamento dos autos. O juiz poderá, nesse caso, suspender o andamento do processo principal , por prazo nunca superior a 90 dias, para que possa julgar ambas as lides num mesmo momento. Com essa medida, busca-se evitar decisões contraditórias.

Algum dos opostos pode reconhecer a procedência do pedido. Em ocorrendo tal fato, contra o outro que não o fez prosseguirá a oposição. Tal reconhecimento independe de sentença homologatória do juiz, produzindo instantaneamente efeitos. O oposto que reconheceu o pedido não mais será ouvido na ação.

4. Da nomeação à autoria:

4.1. Conceito:

Através da nomeação à autoria, o réu ilegítimo *ad causam* para o processo nomeia um terceiro que é o verdadeiro legitimado para figurar em juízo. O terceiro que é dito *nomeado* substitui a parte ilegítima no pólo passivo da relação processual. A saída do antigo réu é a chamada *extromissão de parte*. Por isso, diz-se que, por meio da nomeação, corrige-se o pólo passivo da lide processual.

O Código de Processo estabelece dois casos em que a nomeação pode se dar, quais sejam: quando for demandado o mero detentor de coisa alheia e nas ações de indenização quando o acionado estiver apenas cumprindo ordens de terceiros. A primeira hipótese está prevista no artigo 62, que reza "aquele que

[3] Cf. SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1987, p.87.

detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou o possuidor". Note-se que a pessoa demandada nada tem a ver com a coisa em questão, ela apenas a detinha e ainda fazia isso "em nome alheio". Nada mais correto do que trazer ao processo o verdadeiro proprietário, por ser ele o real responsável pelo objeto litigioso.

A outra hipótese refere-se às ações de indenização intentadas por proprietário ou titular de direito sobre coisa prejudicada por ato de quem diz ter agido em cumprimento de ordens de terceiro.

Dessa maneira, percebe-se que, em ambas as hipóteses, o réu foi demandado por engano e, para corrigir o erro, é necessário que se faça a nomeação à autoria. Ou seja, é imprescindível a chamada do legítimo sujeito passivo ao juízo da causa. Em virtude disso, chega-se à conclusão que se trata de dever do réu ilegítimo proceder à nomeação. Esse reconhecimento é feito pelo próprio CPC, o qual comina perdas e danos àquele que deveria nomear e deixa de fazê-lo, ou, ainda, se o faz erradamente, nomeando pessoa alheia à relação jurídica. Essas perdas e danos são devidas ao autor que, por sua vez, perdeu tempo ao litigar com a pessoa errada.

Vê-se que na nomeação não ocorre a formação de pretensão autônoma, como na oposição. Dá-se simplesmente uma inserção (termo utilizado por ATHOS GUSMAO CARNEIRO) do terceiro, na relação já existente

4.2. Procedimentos:

O réu requererá a nomeação no prazo para defesa que, no procedimento ordinário, é de 15 dias. Ao deferir o pedido, o juiz mandará ouvir o autor, para saber se este aceita o a nomeação. Aceitando a mesma, o autor promoverá a citação do nomeado. A aceitação pode ser expressa ou tácita, essa última se dá quando o autor não se manifesta dentro do prazo legal. Contudo, pode o autor recusar a nomeação, por achar, por exemplo, que se trata de ato fraudulento por parte do réu. Se ele assim proceder, a ação prosseguirá contra o citado primitivamente.

Ocorrendo a aceitação da nomeação, conseqüentemente citado o nomeado, surgem duas situações, como bem explica MOACYR AMARAL SANTOS[4]: 1-) o nomeado aceita a qualidade de réu; 2-) ele nega a qualidade que lhe á atribuída. O acatamento da nomeação por parte do nomeado pode ocorrer sob duas modalidades, a expressa e a tácita. Há essa última forma quando o terceiro não comparece ou, em comparecendo, nada alega.

[4] Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. Vol. 2. São Paulo: Saraiva,1991, p.22.

Se houver alguma negativa, isto é, se o autor não aceitar a nomeação ou o terceiro negar a qualidade que lhe é dada, assinar-se-á ao nomeante novo prazo para contestar.

5. Da denunciação da lide:

5.1. Conceito:

Ocorre quando uma das partes do processo, autor ou réu, denuncia ao juízo um terceiro que tem o dever de garanti-lo, caso venha a ser derrotado na demanda. A denunciação é uma verdadeira ação incidente com cunho regressivo. Através dela, enxerta-se no processo uma nova lide, no dizer de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. O terceiro, devidamente citado, torna-se réu da ação de denunciação, ao mesmo tempo que litisconsorte da ação principal. A pretensão do *denunciante* é o reembolso de seu crédito, se vier a sucumbir. São, portanto, duas ações num mesmo processo, vale dizer, *in simultaneus processus:* uma, a principal, promovida pelo autor contra o réu; outra, eventual, movida pelo *denunciante* contra o *denunciado.* A segunda depende do resultado da primeira, na medida em que só a sucumbência do denunciante determinará a efetividade da ação de regresso.

Os casos de denunciação estão elencados no artigo 70, sendo ela obrigatória: 1-) *ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;* 2-) *ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada;* 3-) *àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.*

Em todas essas hipóteses, alguém está obrigado legal ou contratualmente a garantir outrem a respeito de demanda em que possa sair prejudicado. O alienante é responsável por lei, conforme explicita o artigo 1.107 do Código Civil, a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, toda vez que essa obrigação não tiver sido excluída expressamente. Evicção é exatamente a perda da coisa, declarada por sentença, sofrida pelo adquirente para um terceiro que possuía direito anterior à transferência. Caso ocorra evicção, mas tendo denunciado à lide o alienante, o adquirente da coisa perdida tem o direito de regresso contra esse; será, portanto, devidamente reembolsado.

O possuidor direto é aquele que, por força de obrigação ou direito, possui a coisa em nome próprio. Trata-se de um caso de transferência da posse ou uso do possuidor indireto para o direto, por isso esse último é parte legítima

para ser demandado em ação referente à coisa (pois não é mero detentor, o qual é parte ilegítima. Descarta-se, dessa maneira, a hipótese de nomeação à autoria). Entretanto, se vier a sofrer prejuízos em virtude de não poder usufruir das vantagens de seu contrato com o possuidor indireto, tem o direito de denunciar à lide o mesmo, o qual deverá indenizá-lo.

Existem ainda pessoas obrigadas, pela lei ou pelo contrato, a indenizar alguém que perder demanda. A parte possuidora da ação regressiva deve denunciar à lide o obrigado, pois ele se constitui em garante de futuros prejuízos.

Notemos, portanto, que a denunciação da lide tem como efeito principal a resolução desde já da relação jurídica existente entre o denunciado e o denunciante, pois, através dela, pode-se obter sentença reconhecedora do direito desse último, o que evita a propositura de futura demanda.

5.2. Obrigatoriedade da Denunciação:

Quando, no caput do artigo 70, diz-se que a denunciação é "obrigatória", há uma grande impropriedade nesse termo. Segundo CELSO AGRÍCOLA BARBI, a expressão é inadequada, do ponto de vista processual. Seria melhor recorrer-se a "ônus", o qual é uma atribuição que, se não cumprida, impõe prejuízo .[5]

Várias são as explicações dos autores a respeito da dita obrigatoriedade, todavia nos afiliamos à opinião do eminente autor há pouco citado. Ensina ele que, quanto ao primeiro caso do artigo 70, o da evicção, o ônus de denunciar à lide, se não cumprido, leva à perda do direito de regresso. Essa rigidez deve-se à presença, na lei civil, de dispositivo (artigo 1.116) que comina tal sanção para a falta de denunciação na evicção. Relativamente aos demais casos, tal fato não se dá, pois o ônus não consta em nenhuma lei civil ou comercial. Destarte, nas hipóteses dos itens segundo e terceiro do já referido artigo, mesmo não havendo a denunciação, o perdedor pode posteriormente fazer valer o seu direito de indenização.

5.3. Procedimentos:

5.3.1. Denunciação feita pelo autor:

[5] Cf. BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.204.

Diz o CPC que a citação do denunciado deve ser requerida no mesmo momento que a do réu, ou seja, na petição inicial. Para a diligencia citatória a lei estabelece um prazo de 10 dias, para os denunciados residentes na comarca e 30 dias, para os de outra comarca ou de lugar incerto. Não se procedendo à citação, a ação corre apenas em relação ao denunciante. Feita a citação, o juiz marcará um prazo para resposta do denunciado, o qual, em princípio, é de 15 dias. A citação do réu só será feita após essa etapa.

Comparecendo o denunciado, poderá este aditar a petição inicial, tornando-se litisconsorte do autor ou negar a qualidade que lhe foi atribuída. Nesse último caso, a ação prossegue unicamente entre as partes primitivas, contudo assegurado está o direito do denunciante de ser indenizado ao final do processo, caso venha a perder a causa.

5.3.2. Denunciação feita pelo réu:

O réu procederá à denunciação da lide no prazo para contestar. Requerida a citação do denunciado, suspenso fica, então, o processo. Os prazos para a citação são os mesmos estabelecidos para o autor. Note-se que o réu não está obrigado a apresentar simultaneamente com a denúncia a contestação, até mesmo porque o prazo para contestar deverá ser reaberto após a solução do incidente da denunciação.

O artigo 75 abre três possibilidades depois de procedida a citação do denunciado: 1-) aceitando a denunciação, abre-se ao terceiro a possibilidade de contestação do pedido, no prazo de 15 dias a contar depois da suspensão do processo; 2-) não comparecendo o terceiro ou o fazendo apenas para negar a qualidade atribuída à sua pessoa, o denunciante continua sozinho no processo e reaberto será o prazo para contestação, como já foi dito; e, por fim, 3-) confessando o denunciado os fatos alegados pelo autor da ação principal, prossegue na defesa o réu-denunciante, se assim o desejar.

6. Do chamamento ao processo:

6.1. Conceito:

Por esse instituto, o réu-devedor chama para integrar o pólo passivo da relação processual um terceiro co-devedor, para que ambos figurem como litisconsortes. Na verdade, os casos de chamamento indicam o litisconsórcio facultativo, provocado pelo réu. O que se visa com essa figura processual é

atribuir desde logo a responsabilidade dos demais devedores, pois, fazendo isso, evita-se uma futura ação de regresso contra os colegas de dívida.

Existem três casos enumerados pelo artigo 77, do CPC, em que se admite o chamamento:1-) *do devedor, na ação em que o fiador for réu*, 2-) *dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles*, 3-) *de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum.*

A utilidade do instituto deve-se ao fato de a sentença servir, ao devedor que solver a dívida, como título executivo perante os demais sujeitos passivos. É cabível salientar que esse instituto não é obrigatório como a denunciação, é mera faculdade do legitimado a fazê-lo.

6.2. Procedimentos:

O incidente deve ser proposto no prazo para contestação, isto é, a citação do *chamado* deve ser requerida pelo réu no prazo para contestar. Aqui, não se depende de aceitação do terceiro para que ele seja vinculado ao processo, de tal forma que a sentença tem força de coisa julgada contra ele. Os prazos para a citação são os mesmos usados para a denunciação, havendo, do mesmo modo, a suspensão do processo.

Ademais, a sentença que julgar procedente a ação condenando os devedores a solver a dívida vale como título executivo, em favor do que satisfizer a obrigação. Poderá, então, aquele que efetuou o pagamento cobrar do devedor principal a dívida por inteiro, ou dos co-obrigados a quota parte que lhe cabe.

7. Da assistência:

7.1. Conceito:

O fenômeno da assistência importa em intervenção voluntária num processo em que o *assistente* tem interesse jurídico de que uma das partes saia vitoriosa; ele, então, passa a auxiliá-la. Ora, se o assistente apenas colabora para um dos lados, ele não é parte, é coadjuvante desta, não formulando pretensão autônoma. Torna-se sujeito do processo, mas não parte. Ele ingressa no processo para ajudar o *assistido* em sua defesa, pois possui interesse próprio de que a sentença seja favorável a esse. A assistência é, portanto, no dizer de JONATAS MILHOMENS, ato de socorrer, de ajudar.

O assistente intervém no processo porque possui uma relação que, embora não seja objeto de discussão no processo, sofrerá conseqüências da

sentença deste. Dessa forma, ele possui interesse em que a decisão daquela lide seja favorável à relação jurídica existente entre ele e a parte que assiste. Esse interesse há de ser jurídico, ou seja, deve haver um vínculo de direito entre o terceiro e a parte assistida, pois, do contrário, não é viável a assistência.

O terceiro pode ingressar na causa a qualquer momento e em todos os graus de jurisdição, todavia, ele recebe o processo no estado em que se encontra. Em outras palavras: não havendo ainda coisa julgada, legitimado está o terceiro para intervir oferecendo seu auxílio assistencial. Ademais, a assistência pode ser suscitada em qualquer dos tipos de procedimento.

A lei processual, em seu artigo 55, traz a extensão da eficácia da sentença do processo em que haja intervenção de assistente. Ou seja, até onde chega a coisa julgada relativamente ao terceiro interveniente. Segundo o estatuto processual, transitada em julgado a decisão, não poderá o assistente discutir a justiça da mesma posteriormente em novo processo. As exceções a essa regra encontram-se nos incisos do referido artigo, quais sejam: 1) quando o assistido alega e prova ter sido impedido de produzir provas suscetíveis de influenciar a sentença, por causa do estado em que recebeu o processo, ou pelas declarações ou atos do assistido; 2) quando alegar que desconhecia a existência de provas omitidas pelo assistido, por dolo ou culpa.

7.2. Espécies:

7.2.1. Assistência simples:

A assistência é chamada de adesiva ou simples quando o terceiro intervir no processo apenas para ajudar o assistido a ter a sentença a seu favor. Está definida no artigo 50, do CPC, que versa "*pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver* **interesse jurídico** *em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la*".

Em sua função de auxílio, o assistente exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido. Seguindo a mesma linha de entendimento, tem-se que o assistente não pode praticar atos contrários aos da parte auxiliada.

Um ponto interessante é quando ocorre revelia do assistido. Nesse caso, será considerado gestor de negócios o assistente, podendo agir segundo as regras dos artigos 1.331 a 1.345 do Código Civil.

Se a parte principal reconhecer a procedência do pedido, desistir da ação ou transigir sobre direitos controvertidos, dará ensejo ao término do processo, o que implica na cessação da assistência.

7.2.2. Assistência Litisconsorcial:

Quando o assistente assume a defesa direta de direito próprio contra uma das partes, ocorre a assistência em questão. Aqui, ele assumirá a posição de litisconsorte, que é parte. A sentença influirá na relação jurídica existente entre ele e o adversário do assistido. Este fenômeno está previsto no artigo 54, a saber: " *considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido*".

Os poderes conferidos ao assistente-litisconsorte são mais amplos que os da assistência simples. Então, pode ele praticar todos os atos necessários à defesa de seu direito, até mesmo se contrários aos da parte assistida, como, por exemplo, requerer recurso mesmo que essa última deixe de fazê-lo.

7.3. Procedimentos:

O terceiro que desejar assistir uma das partes em processo pendente deverá redigir petição ao juiz da causa. As partes, por sua vez, terão oportunidade de se manifestarem, no prazo de 5 dias, sobre o pedido. Não havendo impugnação por nenhuma das partes, a intervenção será deferida, após verificado o presente interesse jurídico. Caso contrário, ou seja, sendo impugnada a petição, o juiz determinará, sem suspensão do processo, o desentranhamento da petição e da impugnação, para que sejam autuadas em apenso. O juiz poderá, nesse ponto, pedir a produção de provas, proferindo decisão dentro de 5 dias. Dessa decisão cabe recurso de agravo de instrumento, nos moldes do artigo 522 do CPC.

Esses procedimentos aplicam-se tanto aos pedidos de assistência simples como litisconsorcial.

8. Conclusão:

Diante do riquíssimo tema exposto, vemos o quanto a idéia de evolução apresentada no início desse trabalho aplica-se perfeitamente. A complexidade da matéria adveio, sem sombra de dúvida, da evolução cultural e, por conseguinte, conceitual, pela qual passa o homem constantemente. O homem evoluído é aquele que busca aperfeiçoar-se e atualizar-se a cada nova descoberta. O que antigamente era inconcebível, a intervenção de terceiros num processo alheio, hoje faz parte do cotidiano processual. E tal realidade deve-se ao fato de o homem ter descoberto a praticidade e economia desse feito.

Permitir o ingresso de terceiro no processo de outrem traz vantagens não só para os envolvidos na causa, como também para o Estado, que, dessa forma, pode solucionar mais conflitos, majorando a ordem e impondo, cada vez mais, seu poder de império. Ou seja, a tendência é que haja maior satisfação, pois a Justiça acaba se realizando com maior eficácia e o processo, pelo menos na teoria, torna-se mais bem sucedido.

Cabe aos magistrados, litigantes, advogados, enfim, a todos aqueles que contribuem na aplicação das leis, usar os institutos abordados de forma a fazer prevalecer o justo. Dessa maneira, quem sabe possamos corrigir nossas imperfeições.

9. Bibliografia referencial

01. BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

02. CARNEIRO, Athos Gusmão. Intervenção de terceiros. São Paulo: Saraiva, 1998.

03. GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1996.

04. MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.

05. MILHOMENS, Jônatas. Da Intervenção de terceiros. Rio de Janeiro: Ed.Forense,1985.

06. SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1987.

07. SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. Vol. 2. São Paulo: Saraiva,1991.

08. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direto Processual Civil. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DA AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA

Sandra C. Valença Santos (Aluna do 9° período da Graduação da UFPE)

Sumário: I- Introdução; II- Histórico e Conceito; III- Natureza Jurídica; IV- Requisitos; IV.I- Conceito de Obra como Construção; IV.II- Obra Nova; IV.III- Obra iniciada e não concluída; IV.IV- Prejuízo ao prédio vizinho; V- Partes; V.I.- Legitimação Ativa; V.I.I- Legitimação do proprietário, possuidor e equivalentes; V.I.II- Legitimação dos condôminos; V.I.III- Legitimação dos Municípios, Estados e União; V.II- Legitimação Passiva; VI- Procedimento; VII- Bibliografia.

I- Introdução:

Como reflexo de uma das faculdades inerentes ao direito de propriedade, qual seja, a fruição, o direito de construir, a exemplo do gênero no qual se insere, não é absoluto, sofrendo limitações decorrentes das normas administrativas e das que compõem os chamados *direitos de vizinhança*.

Como espécie de limitação legal ao direito de propriedade (e, portanto, também ao *direito de construir*), os direitos de vizinhança são fundamentados no interesse social de harmonizar os interesses particulares dos proprietários, procurando evitar conflitos decorrentes da prejudicial repercussão dos efeitos de um ato dispositivo do proprietário de um determinado prédio em relação a outro.

Contudo, sendo iminente a lesão a tais direitos, o ordenamento jurídico garante ao titular do direito ameaçado a utilização de um meio de defesa, a fim de salvaguardá-los. Este instrumento, de caráter processual, é especificamente denominado Ação de Nunciação de Obra Nova, cujas características e procedimento passarão, em seguida, a ser estudados.

II- Histórico e conceito:

A ação de nunciação de obra nova tem origens no Direito Romano clássico, precisamente no instituto conhecido por *iactus lapilli* (jato de pedras). Através deste instituto, aquele que se sentia prejudicado pela obra nova podia suspendê-la ou embargá-la, através do ato simbólico de lançar-lhe pedras em sinal de protesto. A *Operis novi nuntiatio* era, na verdade, um ato extrajudicial de defesa privada, uma forma de autotutela garantida sem interferência estatal.

No Direito Nacional, por influência portuguesa, o instituto conhecido por *iactus lapilli* fez seu ingresso no bojo das Ordenações, primordialmente as Filipinas, encontrando-se atualmente na postura de remédio processual destinado a solucionar os conflitos entre o direito de vizinhança e o direito de construir.

Longe da antiquada formalidade de lançar pedras à obra, a qual fora substituída por um protesto oral em presença de duas testemunhas, a Ação de Nunciação de Obra Nova pode ser definida como: *"A ação que compete a quem pretenda impedir que o prédio de sua propriedade, ou posse, seja prejudicado em sua natureza, substância, servidão ou fins, por obra nova em prédio vizinho, a fim de requerer o embargo desta, para que fique suspensa e seja, afinal, demolida às custas do nunciado, o que tiver sido feito em prejuízo do nunciante"* [1].

III- Natureza jurídica:

Há várias discussões acerca da natureza jurídica desta ação. Por influência do Direito Português, há quem aponte o *caráter cautelar* na ação de nunciação ou embargo de obra nova, alegando poder-se fracionar seu procedimento em dois momentos: um correspondente à ação cautelar, propriamente dita, qual seja, o momento do embargo liminar, e outro relativo a uma ação de conhecimento.

De forma majoritária, a doutrina tem admitido ser este ponto de vista equivocado, não devendo, por isso, ser seguido, sobretudo porque, como adiante será amplamente abordado, a ação de nunciação à obra nova não fica restrita aos embargos, de caráter preventivo (de dano), provisório e satisfativo, pois existente a possibilidade de cumulação de pedidos de cunho demolitório e indenizatório. Na nunciação ocorre a composição provisória de uma *única* lide, que deverá ser definitivamente composta, no mesmo processo, sem se caracterizar, portanto, a *duplicidade de ações*. Nas ações cautelares, por sua vez, há uma lide principal diversa da cautelar, existindo entre elas uma relação de complementariedade.

Também incidem em lamentável equívoco há aqueles que apontam-na como espécie de *ação possessória*, pois resguardaria a posse contra os prejuízos causados por obra de outrem. Os que adotam esta interpretação pecam por confundir sua *causa petendi* (causa de pedir) com a sua legitimidade ativa, uma vez que, via de regra, seu autor é o possuidor. A pretensão de embargar não exige como pressuposto a "posse", nem tem por finalidade a proteção

[1] GIANESINI, Rita. Ação de Nunciação de Obra Nova, vol.28, 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p.13

possessória, pois o que se tutela é o prédio, suas servidões e o fim a que é destinado. Tanto é assim que o proprietário sem posse é igualmente legitimado à propositura da ação, o que seria absurdo se tal ação fosse de fato espécie de ação possessória.

Finalmente, pode-se assegurar que a ação de nunciação é uma ação de natureza pessoal, embora fundada em direito real (propriedade ou posse).

IV- Requisitos:

IV.I- Conceito de Obra como Construção:

Para o fiel entendimento da ação de nunciação de obra nova, é fundamental fixar-se previamente a correta interpretação do termo *construção*, sendo este melhor compreendido, segundo o mestre Hely Lopes Meirelles, citado por Humberto Theodoro Júnior, como "toda realização material e intencional do homem, visando à adaptação do imóvel à sua conveniência"[2]. Abrange, portanto, não só as edificações, mas também a reforma, a demolição, a colheita, o corte de madeiras, a extração de minérios, o aterro, o muramento, a escavação, a terraplanagem, etc. O conceito de *obra* identifica-se com o de construção, sendo por isso igualmente amplo.

Diante desta certeza, critica-se a utilização no art. 934, I, do Código de Processo Civil (CPC) do termo *edificação*, o qual é apenas uma espécie do gênero construção. A inoportunidade do termo contido no inciso I salta aos olhos, sobretudo constatando-se que os incisos posteriores, de forma clara e coerente com o sentido do instituto da nunciação, valeram-se de adequadas expressões.

Obra (ou construção), portanto, será todo *facere*, voluntariamente realizado pelo ser humano que, ultrapassando as limitações ao pleno exercício do direito de construir, possa causar prejuízo em prédio vizinho, comprometendo as regras de vizinhança.

IV.II- Obra Nova:

A obra para fundamentar a pretensão à nunciação há que ser "nova" e assim o será quando afetar ou modificar o *status quo ante*, ou seja, quando houver inovação da situação física existente por meio de trabalhos materiais do homem. Deve-se estar criando originariamente algo ou alterando o estado de

[2] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol.III: Procedimentos Especiais, 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense,1998, p.174

coisa já existente, seja por intermédio de reformas ou de reparos, desde que haja caracterização de acréscimo ou diminuição das suas condições físicas.

Assim, além dos consertos por exigência do Poder Público, excluem-se também a reconstrução idêntica da obra anterior e as providências de mera manutenção e conservação da obra já existente sem o propósito de modificar a sua estrutura. Contudo, como bem salienta o mestre Adroaldo Furtado Fabrício, mais uma vez a generalização é perigosa e, portanto, há que se supor um conceito muito restrito destas atividades, porque a demolição, por exemplo, em sí mesma, independentemente do fim a que se destine, poderá causar dano ao prédio vizinho, podendo ensejar a ação de embargos à obra nova.

IV.III- Obra iniciada e não concluída:

Infelizmente, a nossa legislação a respeito da nunciação não estabeleceu limites temporais exatos para a caracterizar a tempestividade da ação de nunciação. Jurisprudencial e doutrinariamente, fixou-se para regular propositura da ação de nunciação, o entendimento de que dita ação será cabível a partir do instante em que a obra tiver sido iniciada, desde que ainda não tenha sido concluída.

Quanto ao termo inicial da obra, as divergências passaram a existir em torno da avaliação do que vem a ser realmente o conceito de "obra iniciada". Predominantemente, admite-se que tal expressão poderá ser caracterizada como qualquer ato material que demonstre, sem sombra de dúvidas, a exteriorização da vontade de construir. Portanto, enquanto a obra estiver no plano das intenções, não caberá ajuizamento da ação, porque não haverá ainda conteúdo para os embargos.

De uma forma unânime, a doutrina tem se posicionado no sentido de que a simples tramitação do processo de aprovação de um projeto arquitetônico não pode ser considerada início de obra para efeitos da ação de nunciação, pois ainda inexistiria o objeto dos embargos. Até porque, a obra projetada, que está apenas no plano das intenções, pode nunca vir a ser iniciada[3].

Quanto ao simples acúmulo de materiais no terreno, embora seja indício de que há o propósito de construir, também não justifica a nunciação, pois, estando-se no plano das intenções, não há como embargar obra futura. Apesar de poder ser considerada ato preparatório, a junção de materiais não garante sequer que a obra será construída.

---

[3] "A nunciação de obra nova é preventiva de prejuízo, mas não preventiva de obra" (RJTJRS 126/100).

Todavia, parece temerário estabelecer como início da obra apenas o *levantamento de paredes*, obrigando o possível prejudicado a esperar até este instante, quando condutas outras podem previamente caracterizar o início da obra e são de *per si* passíveis a embargos, como, por exemplo, a terraplanagem ou escavação com intuito de construir uma garagem subterrânea[4].

Ainda neste sentido, Adroaldo Furtado explica que "desde o momento em que a intenção do dono da obra se exterioriza por fatos (*materiais são depositados*, marcações são feitas no terreno e canteiros são preparados), já existe obra, ainda que em fase de preparação". Continua este autor afirmando que "pode haver alguma dificuldade prática em determinar-se o momento exato em que a obra se inicia, mas este *critério da visibilidade dos trabalhos* é o mais seguro[5]".

Na mesma linha, Ovídio Batista esclarece que "Considera-se iniciada a obra, para efeito de legitimar a propositura da ação nunciatória, tanto que estejam começados os trabalhos de preparação do local, e até mesmo a partir do momento em que o responsável pela obra *deposita sobre o terreno os materiais* a serem empregados nela"[6].

É também fundamental, para ser possível a interposição da ação de nunciação, que a obra iniciada ainda não tenha sido concluída. Antes da conclusão da obra, a qualquer tempo, poderá a obra ser paralisada por meio de embargos. Estando a obra concluída, não há mais a possibilidade de embargos, pois não se suspende o que já se ultimou.

Para definição de "conclusão", uma corrente jurisprudencial e doutrinária defende a utilização do *critério de acabamento da obra*, ou seja, faltando apenas os arremates finais, como, por exemplo, reboco, pintura, obras complementares de estética, vidros, rodapés, etc., a obra pode ser considerada como concluída, impedindo, portanto, a interposição da ação de nunciação[7].

---

[4] *"O preparo de um terreno, uma terraplanagem ou a feitura de um "planteaux", nada mais é do que uma obra no terreno. Não é obra somente a construção de um prédio. E a obra é nova, pois que consistiu na preparação prévia do terreno para a futura construção, como é intuitivo, sendo oportuno, evidente a desnecessidade de esperar-se o levantamento de paredes" (TARJ, Ap.54.693).*

[5] FURTADO, Adroaldo Fabrício. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, Tomo III, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.587.

[6] SILVA, Ovídio A. Batista da. Procedimentos Especiais, 1ª ed., Rio de Janeiro: AID Editora, 1989, p.308.

[7] *"Faltando à obra simples arremates desinfluentes na estrutura, deve ser tida por concluída, para efeitos de nunciação de obra nova" (TJPR, Ap. 1219/81). Por outro lado: "Construção para moradia ainda não concluída porque faltam os revestimentos das paredes e tetos..."(TJRJ, Ap. 32.498).*

Outros acreditam que deve ser lavada em consideração a *natureza da obra.* Sendo assim, uma casa de laje tipo pré-moldada, ainda que já erguida, não pode ser considerada concluída até que o revestimento de reboco, a pintura ou a colocação das calhas tenham sido efetuados. Da mesma maneira, a construção de um muro não pode ser considerada concluída até que o revestimento seja feito. É que, tratando-se de uma construção muito rápida, haveria uma injustiça para com o prejudicado, que não teria tempo, dada a brevidade da conclusão (que em muitos casos pode ocorrer em um único dia), para interpor a ação de nunciação[8].

Por fim uma terceira corrente alega dever ser adotado o *critério de utilização*, ou seja, a partir do momento em que a obra puder ser utilizada para o fim a que se destina, pode-se considerar a obra como acabada. Uns mais radicais alegam que só depois do "habite-se" é que se poderia falar em conclusão da obra[9].

Esta corrente é a que confere maior flexibilidade temporal à propositura da ação de nunciação. Contudo, esta demasiada ampliação temporal pode ser perigosa, pois acaba por possibilitar ao prejudicado mal intencionado a livre escolha pelo momento mais drástico para a interposição dos embargos, qual seja, aquele em que a obra estiver em fase mais adiantada.

Se a construção é considerada concluída, o interessado somente poderá reagir através do ajuizamento de ação demolitória, que é de rito ordinário e não especial como a de nunciação[10].

De um modo geral, não importa se o dano ao prédio vizinho ocorreu no início da obra porque, enquanto não for considerada juridicamente terminada, poderá ser suspensa. Incompreensivelmente, o STF já decidiu, e vem sendo seguido por alguns autores e julgados no sentido de que se o dano já se efetivou, a obra deve ser reputada pronta, pois o embargo não evitaria o mal já causado[11].

---

[8] *"O conceito de acabamento de obra deve levar em conta sua natureza, tratando-se de obra que pode ser edificada em exíguo período de tempo, resultando desarmado o prejudicado"(TJSP, Ap. 286.901).*

[9] "A casa estava pré-concluída, faltando apenas acabamentos. Entretanto, já estava habitada por seu proprietário, inadmissível a ação de nunciação" (TJRS, Ap. 31.563).

[10] "Proposta em tempo hábil, não importa se à época do embargo estava terminada" (TJSP, Ap.228.651).

[11] "Reputa-se concluída a obra, ainda que lhe faltem trabalhos complementares, se o dano temido já se verificou." (STF, RF 152/104).

IV.IV- Prejuízo ao Prédio Vizinho:

Para que a obra enseje a propositura da ação de nunciação de obra nova é fundamental que haja dano atual ou, ao menos, o risco futuro de prejuízo efetivo, concreto, objetivo e permanente, a prédio vizinho ou situado no arredores.

O dano não precisa ser certo e iminente, mas deverá haver um temor razoável, fora dos limites normais de tolerância (se apenas ocorre uma pequena diminuição da incidência de ventilação ou iluminação, não serve como justificativa), a ser apreciado com prudência e rigor técnico pelo juiz. Exige-se, portanto, que a ameaça seja objetivamente fundada, e não um mero receio vago e subjetivo.

Não basta qualquer prejuízo para fundamentar a pretensão do nunciante, pois alguns devem ser tolerados, como os de caráter meramente econômico (ex., construção de estabelecimento que vai gerar concorrência comercial) e os de caráter pessoal (ex.. ter sido construído algo horrível, de mau gosto, etc.). O dano há que estar relacionado com a estrutura, integridade, finalidade ou uso de prédio prejudicado, como, por exemplo, infringir recuos obrigatórios, retirar por completo e ilegalmente a luz ou aeração, tornar devassável, etc. Deve ainda, ser originariamente decorrente da obra nova, sendo improcedente a ação se os danos apontados eram preexistentes e apenas se agravariam com o andamento da obra[12].

A extensão do prejuízo não deve ser entendida como restrita àqueles prédios contíguos, confrontantes, limítrofes, mas sim como abrangente dos mais afastados, que, juridicamente, encontram-se sob o conceito de vizinhança. Isto assim é porque a ação de nunciação visa primordialmente não os interesses privados de um dado vizinho, mas sim o interesse da coletividade na segurança e salubridade de toda a vizinhança[13].

V- Partes:

V.I- Legitimação ativa:

---

[12] "Nunciação de obra nova. Dano ou ameaça a prédio vizinho. Ocorrência. Hipótese de danos preexistentes no imóvel que apenas se agravaram com o andamento das obras. Culpa recíproca. Responsabilidade concorrente." (TJSP, Ap.114.514)

[13] "O moderno conceito de vizinhança não se condiciona à contiguidade dos prédios, abrangendo os próximos ainda que não limítrofes."(RJTJSP 109/156).

V.I.I- Legitimação do proprietário, possuidor e equivalentes (art.934, I, CPC):

Àquele que propõe a ação de nunciação denominamos "nunciante" ou "embargante". Não sendo ação de natureza possessória nem dominial exclusiva, a ação de nunciação poderá ser proposta tanto por um proprietário sem posse quanto pelo mero possuidor. *"O proprietário sem pose também pode exercer a nunciação de obra"(RT 578/188).* Esta é a maior prova de que a natureza da ação nunciatória não é possessória.

Incluem-se, sem contestação, dentre os legitimados previstos no art. 934, I, o enfiteuta, o comodatário, o usufrutuário, o titular de direito real de uso e habitação, além dos compromissários compradores. O loteador, conforme dispõe o art. 45 da Lei 6766/79, é legitimado, juntamente com os vizinhos, ainda que tenha vendido todos os lotes.

Em um ponto de vista diferenciado da maioria dos autores, Ovídio B. da Silva acredita que todo aquele possuidor, cuja posse é derivada ou de origem contratual, não será apto a ser inserido no contexto da previsão do art. 934, I, quando o sujeito passivo de sua pretensão for um terceiro e não o locador. Assim, este autor acaba por excetuar da categoria de legitimados ativo à propositura da nunciação os locatários, os arrendatários e os parceiros.

A justificativa para esta afirmação é a possibilidade de divergências entre o possuidor direto e o proprietário quanto à lesividade da obra realizada por um terceiro. No seu entender, o possuidor direto poderia apenas comunicar (ou notificar) o possuidor indireto ou proprietário a fim de que este venha exercitar a obrigação que lhe é atribuída pelo Código Civil, art. 1.189, qual seja, a de garantir ao locatário o pleno uso da coisa locada.

O eminente autor cita como exemplo da problemática por ele vislumbrada a hipótese de ingressar o inquilino (ou arrendatário, parceiro, colono, etc.) com uma ação de nunciação contra a vontade do proprietário. Neste caso, admitindo-se que tal tenha sido feito pouco antes de findar o contrato, qual seria o destino da ação?

Quem fornece a resposta a esta questão é Rita Gianesini, afirmando que, "finda a locação, o locatário seria sucedido pelo novo inquilino ou pelo proprietário do imóvel"[14]. Para esta autora, assim como para a maioria da doutrina, da qual diverge o mestre citado, haveria a possibilidade do locatário (bem como os a ele equiparados) ajuizar uma ação nunciatória contra terceiro, porque tal legitimação fundamenta-se não na proteção possessória, mas sim no uso ao qual o prédio é destinado. Sendo assim, "na hipótese da ação ter sido

[14] Ob. Cit., p.46

ajuizada pelo possuidor, a anuência do proprietário à nova edificação não prejudica o andamento da medida judicial, principalmente se o prejuízo afetar a utilização do prédio"[15] .

Adroaldo Furtado também faz coro à opinião de que "corretíssima é a solução do Código ao incluir o possuidor entre os legitimados, sem restrições ou ressalvas". Continuando, afirma que "o título e a espécie da posse não influem, podendo tratar-se de posse contida em direito real limitado (ex. usufruto e habitação) ou oriunda de relação obrigacional (ex. locatário), ou mesmo sem título algum"[16].

Ele combate a fundamentação oferecida por Ovídio (quando expõe a possibilidade de surgirem conflitos entre possuidor e proprietário) lembrando que para a solução estaria nas vias adequadas inseridas na relação de direito material, da qual não faz parte o nunciado. Não haveria maiores problemas porque o possuidor age em nome próprio e não como representante ou substituto do proprietário. Para este autor, incluem-se ainda na categoria de legitimados ativos os administradores judiciais, o síndico e o testamenteiro, pois não importa a origem da posse[17]. Definitivamente, concorda-se, não há legitimidade ao mero detentor pois este não possui a coisa em nome próprio.

V.I.II- Legitimação dos condôminos (art.934, II, CPC):

Entre os condôminos não há realmente que se falar em direito de vizinhança, pois esta pressupõe prédios distintos e, no condomínio, está ínsita a noção de *unidade*, portanto, a fundamentação da pretensão não será encontrada nas regras de vizinhança, mas sim nas regras referentes ao condomínio, estipuladas nos arts. 623 e segs. do Código Civil. Foi a similitude fática ao direito de vizinhança que levou o legislador a permitir que a ação de nunciação de obra nova fosse meio de solucionar conflitos entre os comunheiros.

Apesar dos condôminos terem direito ao desfrute comum do imóvel (art. 623, I, CC), nenhum deles poderá, sem o consenso dos demais, prejudicar o

[15] Ob. Cit., p.49

[16] Ob. Cit., p.595

[17] "O locatário, tendo a posse direta da coisa locada e o interesse em defendê-la, para que não sofra prejuízo na sua utilização tem legitimidade para ação de nunciação de obra nova, mesmo contra o próprio locador, se este, iniciando-a, põe em risco o livre uso e gozo da coisa locada"(TJMG, Ap. 55.571).

uso dos demais ou efetuar por conta própria obra que venha a desnaturar a destinação econômica inicial de tal imóvel (art. 628, CC).

A legitimação prevista no art. 934, II, implica necessariamente a abrangência às três seguintes hipóteses: a) a obra é realizada por um condômino e outro a ela se opõe; b) a obra é promovida pelo condômino, recebendo a oposição por parte do condomínio; c) a obra é efetuada pelo representante do condomínio (síndico ou administrador), em área comum ou em unidade autônoma, recebendo a aposição de um ou mais condôminos.

Deve-se salientar ainda que tal pretensão não exclui a legitimidade dos condôminos ou do condomínio contra terceiros. Contudo, neste caso, a fundamentação será a previsão do art. 934, I, inserindo-se os condôminos na categoria de proprietário. A mesma fundamentação será aplicada no caso da obra nova estar sendo realizada em unidade autônoma (e não em área comum) com prejuízo ao vizinho de outra unidade autônoma.

Pouco importa a espécie de condomínio (*pro diviso* ou *pro indiviso*, comum ou especial, vertical ou horizontal) para caracterização da legitimidade ativa dos condôminos, sabendo-se que sua legitimidade é *exclusiva*, ou seja, não há necessidade de comparecimento dos demais condôminos em litisconsórcio necessário, para o ajuizamento da ação. Se acaso houver concorrência de legitimidade de mais de um condômino por ter o prejuízo igualmente os atingido, poderá ocorrer o litisconsórcio facultativo.

Não é demais observar que, com base na redação do inc. II, do art. 934, alguns autores e julgados têm entendido que a existência de prejuízo para interposição da ação, neste caso, não é imprescindível, posto que, no citado dispositivo, há referência a "prejuízo ou *alteração* da coisa comum". Tal posicionamento, contudo, não é jurisprudencialmente uniforme[18].

V.I.III- Legitimação dos Municípios, Estados e União (art.934, III, CPC):

Neste caso, assim como no inciso anterior não há exigência expressa de vizinhança, sendo necessário apenas que a obra esteja sendo praticada em infringência à lei, regulamento ou posturas municipais. Também não é

[18] "A disjuntiva 'ou' usada no inciso II do art. 934 do CPC, indica que condômino poderá opor-se à execução da obra nova que altere a coisa comum, ainda que não traga prejuízo" (TJGO, Ap. 10.800). Em sentido inverso: "Se a obra executada não causa prejuízo nem altera a coisa comum, a ação não pode prosperar. Aplicação do art.934, II, do CPC"(TJRJ, Ap.2283/88).

fundamental a comprovação do prejuízo, pois este é presumido a partir da violação aos princípios normativos.

Em relação ao inciso III, o Código limitou-se a citar apenas o Município porque, geralmente, as regras de disciplina das construções são de âmbito municipal, contudo, segundo determinação constitucional, a matéria pode ser abrangida por interesses federais e estaduais. A análise da matéria, contudo, não é pacífica.

Para um grupo de autores, como Rita Gianesisni, Ovídio B. da Silva e José Carlos B. Moreira, não pode a interpretação do art. 934, III ser restritiva, uma vez que além do Município, também a União e os Estados, cada um dentro de sua política disciplinadora, têm interesse em fazer com que as normas administrativas relativas ao direito de construir sejam fielmente cumpridas, valendo-se, se preciso for do seu Poder de Polícia das Construções. Concordam que haverá *legitimatio ad causam* exclusiva dos Estados e da União sempre que a fonte da norma limitadora do direito de construir promane, respectivamente, de cada uma desses entes de Direito Público, pois, restringindo-se a competência somente aos Municípios, neste casos específicos, estaria-se trazendo para a causa alguém despido de qualquer interesse capaz de legitimá-lo para dita ação. A alternativa seria o Município comunicar o fato, judicial ou extrajudicialmente, a fim de que estes adotem as providências pertinentes na espécie.

Adroaldo Furtado, contestando tal postura, entende que as demais pessoas jurídicas de Direito Público se desejarem agir na repressão de obras infringentes de normas de construção de tais entes emanadas, terão que se valer de outros remédios jurídicos e não da ação de nunciação. O autor justifica este posicionamento, lembrando que o texto legal não aponta o foco legislativo da norma vulnerada, portanto, ainda que a norma promane da União ou de um dos Estados, a legitimação ativa é exclusiva do Município.

Ainda acerca do disposto no inc. III, vale ressaltar que há também a legitimidade dos particulares para propositura da ação de nunciação, quando prejudicados pela violação a uma lei, regulamento administrativo ou postura que disciplinem o direito de construir. Contudo, segundo Ovídio B. da Silva, "aqui a ação lhe será atribuída não com fundamento no art. 934, III e sim porque os pressupostos da ação dos inc. I ou II se hajam verificado"[19-20].

V.II- Legitimação passiva:

[19] "*O particular tem legitimidade para propor ação de nunciação de obra nova contra quem deixa de observar regulamentos administrativos na sua edificação e, por isso, o prejudica*" *(TJSP, RT 513/77).*

[20] Ob. Cit., p.299.

A ação de nunciação de obra nova terá como réu, na condição de nunciado, o *dono da obra*, ou seja, aquele por conta de quem esta se executa. Poderá ser o proprietário ou possuidor do imóvel, pessoa física ou jurídica de direito privado, com ou sem personalidade jurídica.

O simples executor ou construtor, assim como os operários, da obra não devem necessariamente ser considerado nunciado, apesar do art. 938 mandar que sejam intimados "o construtor e os operários". Neste dispositivo não se determina que sejam citados, mas sim intimados, o que significa que terão apenas o conhecimento do conteúdo do embargo, proibido-os de continuar o andamento da obra. Citado como réu ou nunciado será apenas o dono da obra.

Para Adroaldo Furtado, nos casos de serem vários os donos da obra, há litisconsórcio necessário (art. 47, CPC), sendo obrigatória a citação de todos. Ele entende ser "estranhíssima" a possibilidade de alguém ser condenado a indenizar sem ter sido citado ou intimado. Em outro sentido, Rita Gianesini entende que "na hipótese de várias pessoas serem os donos da obra, a ação de nunciação de obra nova poderá ser proposta contra qualquer uma delas"[21-22]. Principalmente na hipótese de obra clandestina em que a identificação do seu responsável é difícil, é perfeitamente admissível a nomeação à autoria, quando a ação for proposta contra quem não é o dono da obra.

Para Ovídio B. da Silva, mesmo sendo uma ação de caráter pessoal, a ação de nunciação não dispensa a outorga uxória (Art. 10, CPC). Não obstante este entendimento, a maioria da doutrina e da jurisprudência posicionam-se no sentido de que, como espécie de ação pessoal, a ação de nunciação não exige a intervenção do cônjuge para sua interposição[23].

VI- Procedimento (arts.935 a 940, CPC):

Atualmente, em razão da rapidez com que pode se efetivar o prejuízo, o art. 935 do CPC admite que, antes mesmo de ser ajuizada a ação de nunciação,

---

21 Ob. Cit., p.68.

22 "Sendo diversos os respectivos donos ou possuidores. Não cabimento da assistência litisconsorcial. Hipótese de litisconsórcio facultativo, impossibilidade de conversão em litisconsórcio ativo"(RJTJSP 119/308).

23 "Nunciação de obra nova. Desnecessidade da outorga uxória por se cuidar de ação pessoal, que não se confunde com ação real de natureza imobiliária".(TJSP, Ap.265/75, RT 510/106). "A ação de nunciação de obra nova não é de caráter pessoal; daí a desnecessidade da citação da mulher do réu"(TJSC, Ap.22.617).

possa o prejudicado, em caso de urgência, adotar uma medida preliminar de caráter extrajudicial que tem por finalidade paralisar imediatamente a construção.

O embargo extrajudicial da obra nova é uma forma de *notificação* ou *protesto verbal (rectius oral)* que pode ser feito pessoalmente ao dono da obra, ou, na sua falta, ao construtor, na presença de duas testemunhas. De caordo com o parágrafo único do art.935 do CPC, nos três dias subsequentes (prazo este decadencial), deverá o embargante solicitar a ratificação da medida extrajudicial em juízo, sob pena da mesma perder seus efeitos. Esta ratificação é efetuada em audiência de justificação destinada a tomar o depoimento das duas testemunhas.

Por não existir em nosso Código disposição acerca do modo pelo qual deve-se processar a solicitação de ratificação do embargo extrajudicial, o mestre Adroaldo Furtado, entende que deverá ser feita na petição inicial da ação de nunciação dirigida ao juiz da mesma forma que o seria se a solicitação fosse para o embargo liminar. Procura-se assim evitar dois procedimentos, o da ação principal e o de ratificação do embargo.

Para este autor, a análise da petição pelo juiz seria dividida em dois pontos: a) o cabimento ou não do embargo judicial, segundo o art. 937, e; b) a validade ou não do embargo extrajudicial. Pode ocorrer o indeferimento de ambos os pedidos; a possibilidade de embargo judicial, mas não haver a ratificação da medida privada (por falta de urgência, por exemplo) ou o deferimento único da ratificação, com efeito retroativo, que implicitamente significa o cabimento do embargo judicial. O recurso cabível desta decisão é o agravo.

Discordando deste procedimento, em que a solicitação da ratificação poderia ser feita na inicial da nunciação, Ovídio B. da Silva aponta dois aspectos negativos em sua adoção: 1) obrigaria o nunciante a ajuizar a ação nunciatória no exíguo prazo de três dias; 2) sendo necessária a audiência para inquirição das testemunhas, haveria que ser aberto, dentro do procedimento da ação de nunciação, um espaço para este procedimento especial, havendo ainda a necessidade da lavratura do auto de embargo extrajudicial, para comprovação ao juiz das condições em que o embargo se dera. Por outro lado, se admitirmos que a ratificação, feita nos três dias subsequentes ao embargo, o será em procedimento separado, ficaria sem prazo certo o ajuizamento da ação nunciatória, já que ao fazer referência à aplicabilidade do art. 803, do CPC, (art. 939), nada dispôs acerca do art. 806, que refere-se ao prazo para interposição da ação principal, após a efetivação da medida cautelar.

A medida extrajudicial, quando homologada, adquire força de ato judicial com efeitos retroativos ao momento em que foi praticada (*ex tunc*). A espécie de sua eficácia é muito importante para a avaliação da tempestividade da ação.

Sendo a nunciação ação pessoal, fundada em direito real sobre imóvel, a petição inicial, observados os requisitos gerais previstos no art. 282 do CPC, de acordo com a regra especial do art. 95 do CPC, deverá ser interposta no foro da situação da coisa, muito mais benéfico ao andamento do feito, em especial, ao cumprimento da determinação de embargo à obra, da prova pericial ou de uma possível inspeção judicial. Para Rita Gianesini, trata-se de competência determinada em razão do território em caráter absoluto, não podendo ser prorrogada[24].

Na inicial, poderá haver a cumulação de pedidos. Assim, além do pedido principal, qual seja, a suspensão das obras iniciadas, mediante embargo definitivo, poderá o nunciante solicitar: (a) *embargo liminar*, a fim de que a construção fique de logo paralisada a espera da decisão final da lide; (b) *condenação do réu* à reconstrução, modificação ou demolição da obra; (c) *cominação de pena pecuniária* incidente na hipótese de descumprimento do embargo liminar; (d) condenação ao pagamento de perdas e danos; (e) *ordem de apreensão e depósito* de materiais ou produtos, quando a obra consistir em demolição, colheita, corte de madeiras, extração de minérios e etc. (art. 936, parágrafo único).

O pedido de embargo liminar é o mínimo que deve constar na inicial, sob pena de estar descaracterizada a ação. Se não há pretensão à suspensão da obra, mas apenas ao desfazimento do que está construído, a ação é demolitória e não nunciatória. Sobre o pedido de *desfazimento da obra*, não há apreciação liminar, ficando a solução a cargo da sentença definitiva. O que será desfeito, reconstruído ou demolido é apenas o que foi feito em detrimento do autor e não toda a obra[25].

Para Rita Gianesini, seguida por Ovídio B. da Silva, que admitem a *cumulação sucessiva eventual* na nunciação em alguns casos, "permitir-se a demolição seria transformar em demolitória a ação nunciatória, alterando-se a *causa petendi*"[26]. Para eles a nunciação de obra nova não tem natureza dúplice e somente em ação autônoma poderiam ser cogitados os demais pedidos

---

[24] Contudo, em sentido contrário: "Nunciação de obra nova. Rege-se pela rei sitae. A prorrogação de competência, não se tratando de tema ratione materiae, é lícita inocorrendo declinatoria fori"(TJRS, Ap.36.936, RJTJRS 83/505).

[25] "Se a obra do nunciado somente em parte for prejudicial ao nunciante, sua demolição seria exagerada, bastando sejam feitas as alterações necessárias para torná-las não prejudiciais"(TJRJ, RT 423/232).

[26] Ob. Cit., p.85.

(desfazimento e perdas e danos)[27]. Em sentido divergente posicionam-se a maioria da doutrina, a exemplo de Humberto Theodoro Júnior, o qual acredita que "se, entretanto, os pedidos de embargo da obra e de demolição foram cumulados, não é razoável deixar de apreciar o segundo somente porque o primeiro se mostrou descabido"[28].

Em relação à *cominação da pena*, na verdade configura junto ao pedido de embargo liminar, um pedido único, ou seja, o de paralisação da obra sob pena de multa. É um meio coercitivo, e a rigor um pedido obrigatório, pois sua ausência poderia tornar inócua a obrigação de suspensão. Se não há o requerimento, o juiz pode valer-se da faculdade do art. 284, determinando ao autor que a emende em 10 dias, pois não podendo fixar de ofício, se o pedido não ocorrer caberá o indeferimento.

Consideram-se *perdas e danos* o valor apurado na sentença após a reconstituição das coisas ao seu estado anterior. Não se confunde nem se exclui as perdas e danos devido ao pagamento de multa ou à indenização substituta. A finalidade das perdas e danos é reparar o dano causado pela permanência da obra, quando, por fatores outros, não puder der demolida[29].

O conteúdo do parágrafo único do art. 936 contribuiu e muito para a ampliação da acepção da expressão "obra nova". A *apreensão e o depósito* só terão utilidade prática se concedidos liminarmente, no momento em que se decide o embargo. O juiz terá que decidir sobre quem seja o dono dos materiais ou produtos e, por outro lado, o valor deles tem de ser considerado ou para efeito de indenizá-lo o réu, juntamente com outras verbas, ou para abatê-lo do total da indenização, caso os receba ao final o nunciante.

Se não houve embargo extrajudicial a cargo do interessado, ou, se em havendo, o juiz não o homologou, poderá, então, haver a medida liminarmente decretada pelo juiz na abertura do processo. Nesta medida liminar não faz-se

---

[27] "Inadmissível é a conversão da ação nunciatória em demolitória, uma vez que a demolição seria consequência do acolhimento do pedido de nunciação. E desde que falta um dos pressupostos da ação nunciatória, a demolição deverá se cogitada em ação própria"(TJSP, Ap.210.609).

[28] Op. Cit., p.182.

"Terminada a obra cabe ação de nunciação de obra nova porque cumulou a suspensão e demolição"(TJSP, Ap. 284.832, RT 533/76).

[29] "Se o nunciante cumula o pedido de embargos da obra nova e o de indenização, não decide "ultra petita" o acórdão que, em vez de julgar procedente o pedido de embargo, já que a obra se achava concluída, condena o nunciado ao pagamento de perdas e danos"(STF, RE. 62318).

necessária uma prova cabal do direito do autor, pois em face do caráter emergencial da medida, a cognição é superficial.

Para Adroaldo Furtado, a impossibilidade da concessão do embargo liminar implica a extinção do processo por falta de um pressuposto de seu desenvolvimento válido, sendo cabível a apelação. Se o embargo é concedido caberá agravo. Há, contudo, quem, assim como Pinto Ferreira, discorde, acreditando que o feito prossegue sem a concessão liminar, mesmo porque há outros pedidos a serem apreciados. Para Rita Gianesini, se o indeferimento ocorre porque a obra está concluída, não é nova ou não gerou prejuízo, a extinção do processo ocorrerá não pela não concessão do embargo, mas sim pela ausência de requisitos para a ação.

A efetivação do embargo é ato complexo. Primeiramente o oficial de justiça se apresentará ao responsável ou construtor e dirá que a partir de então a obra deverá ser paralisada. Em seguida tentará descrever no auto o estado das atividades (inclusive com fotografias, se preciso), formalizando-o e entregando a intimação ao construtor e seus operários. Só após fará a citação do nunciado, para contestar em 5 dias. Estas mesmas exigências aplicam-se também aos casos de embargo extrajudicial.

São perfeitamente admissíveis, além da contestação, a reconvenção e as exceções. Na contestação, pode o réu alegar inexistência de obra nova, de prejuízo ou a sua conclusão, dentre outras matérias. Pode ainda o réu oferecer exceção de impedimento ou suspensão, impugnar o valor da causa ou interpor declaratória incidental. Em relação à reconvenção, é difícil imaginá-la em relação ao objeto específico da ação, porém se recordarmos a possibilidade de cumulação de pedidos incluindo o de perdas e danos, nada obsta que o nunciado, por via reconvencional, solicite indenização pelo período em que a obra ficou paralisada por embargo, judicial ou extrajudicial, improcedente. Poderá ainda o réu permanecer inerte, sujeitando-se aos efeitos da revelia, principalmente a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, e o seu julgamento antecipado, que não obrigatoriamente significará a procedência dos pedidos do autor.

O art.937 introduz no procedimento da nunciação uma espécie de julgamento antecipado da lide, pois, se não há contestação, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pelo autor, proferindo o juiz de logo a sentença. Também há o pronto julgamento se oferecida a contestação não há provas a serem produzidas em audiência.

De acordo com o art.940, poderá o nunciado, a qualquer tempo ou grau de jurisdição, requerer o prosseguimento da obra mediante o pagamento de caução (real ou fidejussória), cujo valor será apurado em procedimento cautelar

em apenso aos autos principais perante o juízo de origem (art. 940, §1°, CPC), ainda que os autos principais já esteja no Tribunal, e a demonstração do prejuízo que a suspensão da obra possa acarretar (art. 940, CPC).

Não será, contudo, qualquer prejuízo que irá possibilitar o prosseguimento da obra mediante o pagamento de caução, é fundamental que haja necessidade concluir determinada fase da obra, sob pena de comprometimento de todo o serviço. Contudo, se a obra foi paralisada por infração de postura ou de regulamentos administrativos, impossível será a prestação de caução (art.940, §2°). O pedido de caução tem que ser expressamente feito pelo réu, pois o juiz não poderá agir de ofício. Por outro lado, admite-se que não seja o próprio réu quem irá pagá-la, podendo ser um terceiro, em seu benefício. Também não há obrigação do juiz em deferir ou indeferir o levantamento dos embargos. Ele só está proibido de deferir se a obra estiver sendo erguida em desacordo com as leis que disciplinam o direito de construir, pois o interesse público sempre se sobrepõe ao particular. Contra a decisão que defere ou não o levantamento, caberá agravo de instrumento[30].

Após a realização da audiência de instrução e julgamento, ou sendo decretada a revelia, a sentença será proferida, podendo rejeitar ou acolher todos os pedidos ou acolher uns e rejeitar outros, como por exemplo, acolher o embargo e indeferir a demolição, acolher o embargo e indeferir as perdas e danos, ou, então, rejeitar os embargos, mas acolher a demolição e as perdas e danos.

A natureza da sentença, portanto, vai variar conforme o teor da matéria solucionada. Desta forma, se em face de embargos, terá caráter iminentemente executivo. Se diante de ordem de demolição e ressarcimento de danos, sua natureza é condenatória, dependendo seu cumprimento de processos de execução (de obrigação de fazer e de quantia certa, respectivamente). Quando rejeita qualquer dos pedidos cumulados, será declaratória negativa.

VII- Bibliografia:

1. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, Tomo III, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.
2. GIANESINI, Rita. *Ação de nunciação de obra nova.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

[30] *"Não cabe apelação, mas sim agravo de instrumento da decisão que defere caução opere demoliendo para prosseguimento das obras"*(TJMG. JMineira 79/163).

3. GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
4. LEVENHAGEM. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, 2ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 1991.
5. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo XIII, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.
6. NEVES, Iêdo Batista. *O Processo Civil na doutrina e prática dos Tribunais*, vol. VI, 8ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
7. SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.
8. SILVA, Ovídio A. Batista da. *Procedimentos Especiais*, 1ª ed., Rio de Janeiro: AID Editora, 1989.
9. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. III, 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TUTELA ANTECIPADA NO PROCESSO DO TRABALHO

Rodrigo Samico Carneiro (Aluno do 9º Período de Graduação em Direito da UFPE)

1. Evolução histórica do instituto

A diversidade de ordenamentos jurídicos autônomos existentes, deixa transparecer através dos tempos as mudanças por quais os mesmos passam. Para uma efetiva prestação da função jurisdicional, fizeram-se necessárias reformas nos diversos institutos que compõem a teoria do Processo Civil, tornando-os mais adequados à realidade sempre mutante.

Observa-se, ao longo da história, três fases distintas com relação à teoria do processo. Em um primeiro momento, negava-se a autonomia do Processo, vinculando-o ao direito material, como seu acessório. Tratava-se a ação, em síntese, como se fora simples reflexo do direito material, resultante do descumprimento da obrigação imposta pela lei. E o processo, a seu turno, não significava mais do que um meio para fazer cumprir, mediante certas formalidades jurídicas, determinada obrigação não satisfeita voluntariamente. Assim, ficava o processo reduzido às fórmulas e ritos utilizados no foro, concentrando-se a doutrina processual no estudo limitado e acanhado do procedimento judicial.[1]

O reconhecimento de considerável autonomia do Direito Processual(de ação) frente ao Direito Material, veio com o fortalecimento do poder estatal em detrimento do individualismo até então dominante. Assim, passou o processo a ser visto como um veículo, para aplicação pelo poder público, do Direito Material, ao invés de tutelar apenas os interesses particulares. Tal entendimento acentuou-se com o advento de que o processo servia também à tutela declaratória, notadamente as de natureza negativa. Ora, se o processo se prestava a declarar a inexistência de uma relação material entre os litigantes, o direito de ação não poderia apenas ser um mero desdobramento do direito material violado.

Assim, superou-se o caráter pré-científico do direito processual. Transformada a ação em direito autônomo, criam-se condições para que o

[1] ESTÊVÃO Mallet, "Acesso à justiça no processo do trabalho" em "Apontamentos de direito processual do trabalho", São Paulo, LTr Edit., 1997, pág. 12.

próprio direito processual se estabeleça como ramo autônomo da ciência jurídica.[2]

Seguiu-se a este período, a fase do conceitualismo ou abstracionismo da disciplina, buscando aprofundar e consagrar sólidas bases, que durou até meados do presente século. Porém, o legislador brasileiro, que não poucas vezes estava em descompasso com as novas teorias de direito da Europa, continuou a dar grande ênfase ao conceitualismo, mesmo quando este já estava no seu fim. Assim, estão presentes no digesto processual civil de 1973 inúmeros artigos que ainda prezam exageradamente pelo rigor da forma a despeito da decadência do citado preceito em toda a europa, em favor da eficácia da prestação jurisdicional. A exemplo, cite-se que o instituto do efeito suspensivo das apelações, que está cada vez mais incompatível com a moderna sociedade, ou no dizer de Mauro Cappelletti "um processo moderno deve rechaçar(...) toda desvalorização desnecessária do primeiro grau de jurisdição[3]".

Iniciava-se então, um momento de virada na doutrina dominante, que passava a deixar para trás os rigores da forma exigidos pelo conceitualismo, e que se mostravam distantes da realidade, para aderir ao caráter instrumental do processo. Muito mais do que as categorias abstratas do direito processual, como a ação, a jurisdição, a legitimação, etc., passam a importar o alargamento da via de acesso ao Judiciário, a eliminação dos obstáculos econômicos à propositura de ações, bem como a efetividade da tutela jurisdicional.[4]

Como o estado, de maneira geral, proíbe a autotutela, não há de se negar que uma demora na prestação jurisdicional não pode subsistir de maneira a prejudicar as partes que requerem a tutela estatal. Ao se negar a proteção processual ao direito nega-se, em termos práticos o próprio direito. Assim, justifica-se a existência de meios mais eficazes para se garantir a inafastabilidade da jurisdição cumulada com uma rápida e eficaz prestação jurisdicional, como é o exemplo do instituto da Tutela Antecipada. Alguns julgados nacionais já direcionam-se neste sentido, inclusive quanto a este instituto alhures mencionado, como os que se transcreve abaixo:

> "A Constituição da República de 1988 não permite o tolhimento da ação do Judiciário,

---

[2] COITURE, Eduardo J., "Introducción al estudio del proceso civil", Buenos Aires, Depalma, 1949, pág. 9.

[3] CAPPELLETTI, Mauro, Por uma nueva "Justicia del Trabajo"em Processo, Ideologias, Sociedad, Buenos Aires, EJEA, 1974, pág. 255.

[4] DINAMARCO, Cândido Rangel, "A reforma do Código de Proesso Civil", São Paulo, Malheiros, 1995.

> inviabilizando a prestação jurisdicional. (...) Inadmissível restringir-se o poder cautelar do juiz..."(TRF – 3ª Reg., 2ª Sec., Proc. MS nº 37.791, rel. Juíza Annamaria Pimentel)[5]
>
> "O direito à cautelar é uma decorrência do direito à jurisdição útil"(TRF – 5ª Reg., Pleno, MS nº 42.519, Rel. Juiz Hugo de Brito Machado)6

Do exposto, consubstancia-se a ligação entre a antecipação da tutela elencada no artigo 273, inciso I, do nosso *Codex de Rito* e o princípio do direito de ação, constitucionalmente assegurado. Busca-se assim, por meio deste instituto o resultado útil ao processo, evitando-se a superveniência de dano irreparável ou de difícil reparação. Faz-se a ressalva que a hipótese contida no inciso II do mesmo artigo apresenta contorno bem diverso, haja vista o seu caráter sancionatório em vista do retardamento do andamento do processo.

2. Considerações Gerais sobre a antecipação da tutela

O instituto da tutela antecipada, inseriu-se definitivamente e com caráter geral no direito processual brasileiro com o advento da Lei nº 8952 de 13 de dezembro de 1994. Porém, observamos que esta não foi a primeira vez que este instituto mostrou-se aplicável no ordenamento jurídico nacional. Assim, podemos citar como exemplo o disposto na Lei 8245/91, que trata da liminar de despejo e da fixação provisória de aluguel na pendência de ação revisional, permitidas respectivamente pelos arts. 59 e 68, inciso II, da citada Lei, ou, ainda, o art. 84, § 3º do Código de Defesa do Consumidor, que afirma: "Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz, conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.".

3. Da aplicabilidade no processo do trabalho

Para se concluir pela admissibilidade da aplicação da tutela antecipada no Direito do Trabalho, é bastante a observância da inexistência de norma disciplinadora exclusiva de Direito Processual do Trabalho, e a compatibilidade

[5] DOESP de 17.6.91, pág 82.

[6] Ciência Jurídica, Novembro/dezembro de 1996, vol. 72, pág. 119.

deste instituto com as aludidas normas especiais, o que autoriza a aplicação do art. 769 da CLT. Artigo este, que consagra o princípio da subsidiariedade das normas trabalhistas.

Porém, o entendimento de compatibilidade esposado acima merece uma crítica, não do caráter axiológico, mas de ordem técnica. O Direito do Trabalho conta, em sua consolidação com instituto que prevê a unicidade da audiência trabalhista.

Assim, *ART.849 - A audiência de julgamento será contínua; mas, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz ou presidente marcará a sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação."*

Do acima exposto, vê-se que a solução ao conflito trabalhista deveria ser dada em uma única audiência, fato que já ressalta o caráter de urgência advindo de relações desta natureza. Assim, melhor do que se aplicar o art. 273 do CPC, no processo do trabalho, seria simplesmente respeitar o rito imposto pela lei trabalhista. [7]

Mas, na prática, sabemos que isto não é possível devido ao grande volume de processos trabalhistas, e mesmo que admitíssemos ser isto possível, inúmeras são as controvérsias em que se faz necessária a oitiva de testemunhas, a prova pericial e a expedição de carta precatória, o que por si só, quebraria a unicidade pretendida. Assim sendo, por que não se aplicar o instituto da tutela antecipada analogamente ao processo civil para garantir a prestação jurisdicional mais eficaz?

Outro ponto a favor da concessão da decisão antecipadora da tutela no Processo do Trabalho, seria o fato de que este processo conta com alguns princípios e normas que lhe consagram a solução de forma mais rápida possível. Assim a antecipação da tutela mostra-se plenamente compatível com este ramo processual, pois reforça a celeridade e a rapidez da prestação jurisdicional tão buscadas onde se lida quase sempre com créditos de natureza alimentar, que têm seu privilégio consagrado em diversos diplomas legais.

Quanto ao âmbito de aplicação, a corrente doutrinária dominante, admite a tutela antecipada no processo de conhecimento. Inclusive, não vemos argumento para se negar a aplicação em dissídio coletivo, pois este é processo como qualquer outro, e não se invocará sua força normativa como impedimento, pois é admitida a antecipação da tutela inclusive quando o objeto do processo é a lei em tese, conforme disciplina o art. 102, Inciso I, letra p da Constituição. É plenamente compatível ainda a tutela antecipada em ações rescisórias, pois sua inadmissão considerando-se a existência de coisa julgada,

[7] MALLET, Estêvão, "Antecipação da Tutela no processo do trabalho" São Paulo, LTr, 1998.

não se mostra compatível já que estão presentes os requisitos elencados no caput do art. 273 do CPC.

Existem ainda controvérsias no sentido de se aceitar ou não a medida em processo de execução e na fase recursal. No primeiro caso, se se considerar que o processo de execução contém pedido de tutela jurisdicional, observa-se que pode existir o abuso do direito de defesa ou o risco de dano irreparável, casos em que se admitiria a antecipação pretendida. No caso da fase recursal, poderia-se afirmar que nesta etapa como a sentença já foi proferida, a tutela teria atingido o seu fim maior. Porém, deve-se observar que a tutela só é plenamente concedida quando chega ao seu final, ou seja, quando nada mais resta a discutir. Ora, se há recurso é porque ainda há discussão, ainda há partes insatisfeitas, assim, se autorizaria plenamente a antecipação de tutela jurisdicional até a final deliberação acerca da lide. Neste aspecto específico, o colendo TST já se posicionou, ao afirmar: " ...o art. 273 do CPC (...) desde que evidenciado o pressuposto do dano irreparável ou de difícil reparação, é aplicável em grau de recurso ordinário."(TST – SDI, AG-RO-AR nº 63.809/92-3, Rel. Min. Francisco Fausto, Ac. nº 1.780/96)(DJU nº 124, de 28.6.96)

Por fim, na questão do âmbito de aplicação, pode surgir a dúvida quanto a antecipação de tutela requerida pelo empregador. Entendemos que no caso do inciso II, que visa punir o manifesto propósito protelatório do réu, deve-se punir também o empregado que haja incorrido em tais práticas, embora existam posições em contrário.

4. Da competência monocrática do Juiz Togado

Face a natureza colegiada dos Juízos Trabalhistas, pode-se impor questionamento no sentido de quem é competente para apreciar o pedido de tutela antecipada, específica ou não (CPC, art. 273 e ss. E artigo 461, § 3º e ss). Então, temos que observar que a consolidação no seu artigo 659 estabelece a competência privativa do Juiz Togado para a concessão de liminares, e não o faz de maneira restritiva em face do seu caput. Assim temos que:

> "ART.659 - Competem privativamente aos Presidentes das Juntas, além das que lhes forem conferidas neste Título e das decorrentes de seu cargo, as seguintes atribuições:
>
> IX - Conceder medida liminar, até decisão final do processo em reclamações trabalhistas que

> visem a tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do ART.469 desta Consolidação."

Ora, do exposto pode-se concluir que a decisão de tutela antecipada será analisada pelo Juiz Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento, ou seu substituto, quando pleiteada no primeiro grau de jurisdição e pelo Relator nos Tribunais.

Porém, convém demonstrar que esta opinião não parece ser unânime. Assim faz-se necessário observar o contido no art. 649 da CLT, que no seu § 2º, afirma:

> "ART.649 - As Juntas poderão conciliar, instruir ou julgar com qualquer número, sendo, porém, indispensável a presença do Presidente, cujo voto prevalecerá em caso de empate.
>
> § 2 - Na execução e na liquidação das decisões funciona apenas o Presidente.

Nota-se que o comando acima é de ordem geral enqüanto que o do art. 659, IX excepcional. Partindo do princípio de que não é lícito se aplicar analogicamente a norma excepcional, não se pode aplicar a norma do 659, como quer parte da doutrina, ficando assim a competência para o colegiado. Consubstanciando este entendimento afirma Mallet que: "Sem razão, portanto, Leonardo Dias Borges ao utilizar-se de analogia para afirmar a competência do juiz presidente para decidir sobre o pedido de antecipação . Mais acertada é a posição de Indalécio Gomes Neto, não , porém, pelos motivos pretendidos, já que a antecipação da tutela pode ser provimento liminar e, mais ainda, Ter natureza cautelar, sem que disso decorra a competência do juiz presidente. Melhor dizer simplesmente, como faz Luciano Athayde Chaves, que se observa a regra geral de competência do colegiado, porque a norma do art. 659, inciso IX da CLT, "está adstrita à hipótese que discrimina" (A antecipação da tutela jurisdicional de mérito no processo do trabalho e a reintegração, Revista Trabalho & Doutrina, São Paulo, Saraiva, vol. 8, pág. 115 [8]).

5. Natureza da Providência Cautelar

O artigo 273 do CPC abrange duas situações bem distintas uma da outra. Assim sendo, a resposta judicial para esses dois diferentes riscos não pode ser a

[8] MALLET, Estêvão. Ob. Cit., pág. 76.

mesma. A cada um deles, corresponde um determinado tipo de provimento judicial. O "pericolo di infruttuosità del provvedimento" é eliminado com medida de caráter meramente conservativo, capaz de, impedindo a ocorrência da mudança fática em que se consubstancia a ameaça de dano, assegurar a tutela do direito da parte interessada. Já o "pericolo di tardività del provvedimento", contudo, não se satisfaz com semelhante providência. Muito ao contrário, justamente a manutenção do estado de insatisfação do direito é que submete o titular do direito a risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Logo, impostergável, para afastar esse perigo, medida de caráter antecipatório, apta a – como escreveu Calamandrei – "accelerare in via provvisoria la sodisfazione del diritto"[9].

O que se quer observar é que enquanto medidas de natureza puramente conservativa prestam-se bem para assegurar tutelas ressarcitórias ou restitutivas, nenhuma utilidade tem quando evidenciada a necessidade de tutela satisfativa. Há, então a necessidade de se emitir provimento destinado a satisfazer a tutela pretendida. Aliás, ressalte-se neste ponto que o instituto da tutela antecipada chega em boa hora para ser aplicado no direito do trabalho, haja vista a grande quantidade de medidas cautelares com caráter satisfativo que vinham sendo emitidas pelos magistrados trabalhistas.

Ainda sobre o tema, afirma o Prof. Cândido Rangel que "As medidas inerentes à tutela antecipada têm nítido e deliberado caráter satisfativo, sendo impertinentes quanto a elas as restrições que se fazem à satisfatividade em matéria cautelar. Elas incidem sobre o próprio direito e não consistem em meios colaterais de ampará-los, como se dá com as cautelares. Nem por isso o exercício dos direitos antes do seu seguro reconhecimento em sentença deve ser liberado a ponto de criar situações danosas ao adversário, cuja razão na causa ainda não ficou descartada. É difícil conciliar o caráter satisfativo da antecipação e a norma que a condiciona à reversibilidade dos efeitos do ato concessivo (art. 273, § 2º). Some-se ainda a necessidade de preservar os efeitos da sentença que virá a final, a qual ficará prejudicada quando não for possível restabelecer a situação primitiva.[10] "

E, finalmente a opinião do Dr. Alexandre Nery Rodrigues de Oliveira, que afirma: "Se antes o pedido liminar em sede de ação trabalhista seria repudiado, com exceção daquela hipótese referente à transferência de empregados, o que ocasionava que muitos viessem à Justiça do Trabalho por

[9] MALLET, Estêvão. Ob. Cit. Pág 39.

[10] DINAMARCO, Cândido Rangel, "A Reforma do Código de Processo Civil", Malheiros Editores, 1º ed., 1995, pág 146.

ações cautelares com pedidos liminares quase sempre de índole material e não poucas vezes com caráter de satisfatividade repudiada para tal tipo de processo, agora não mais incide tal restrição, pelo que admissível a pretensão à antecipação de tutela inserida na própria reclamação, não importando, como salientou o professor Kazuo Watanabe em recente palestra (Brasília, 27.04.95, dentro de seminário promovido pela Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios quanto à reforma do CPC), que não tenha havido indicação precisa de dispositivos legais, mas apenas que a pretensão se revele pela inequívoca antecipação da tutela.[11] "

Agora, observe-se aqui que a medida contemplada pelo inciso II do art. 273 do CPC, não pode ser tomada de igual maneira como sendo de natureza cautelar. Trata-se tão somente de medida de natureza punitiva, destinada a melhor reger os litigantes, desestimulando-os a praticar atos em detrimento do bom andamento do processo. Não pode haver melhor pena para quem deseja retardar a prestação jurisdicional do que antecipá-la de pronto.

6. Das condições para a antecipação da tutela.

Inicialmente, vamos analisar o requisito genérico, contido no caput do art. 273, que trata da prova inequívoca. Deve ser dito, que não se pode interpretar a disposição de forma literal, pois se assim fosse, não haveria mais nenhuma necessidade do prosseguimento do feito, podendo o juiz proferir a sentença imediatamente. Assim, somos do entendimento de que prova inequívoca é a prova suficiente à formação de juízo de probabilidade, bastante à concessão da tutela antecipada.

Quanto ao primeiro requisito para a concessão da tutela, que é o "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação", equiparado ao "justificado receio de ineficácia do provimento final" referido no § 3º, do art. 461, do CPC. Observe-se que o dano deve advir não apenas da demora em se propor uma solução ao litígio, mas de um efetivo abalo seja de ordem material ou de ordem moral. Assim, a ameaça de divulgação de ato faltoso falsamente imputado ao trabalhador, pondo em risco a reputação deste, justifica, por exemplo, a utilização da tutela antecipada. [12] De outra forma, deve ser estabelecida relação de causa e efeito entre a demora e o dano dela decorrente, e o dano já consumado não mais é aproveitado pela decisão que antecipar a tutela. Assim, na hipótese de interrupção do pagamento dos salários, o prejuízo

[11] OLIVEIRA, Alexandre Nery R. de, "Antecipação de tutelas inominadas e específicas na Justiça do Trabalho", http://www.amatra10.com.br, 25 de novembro de 1998.
[12] MALLET, Estêvão, ob. Cit., pág, 60.

já se consumou no momento em que estes foram interrompidos, mas a antecipação aproveita aqueles que ainda estão por vencer.

Os danos devem ser ainda irreparáveis ou de difícil reparação, não se protegendo os danos de fácil reparação. Os danos de natureza não patrimonial e os decorrentes de violações a direitos fundamentais são sempre irreparáveis. Já os de caráter patrimonial, podem ser irreparáveis na medida em que desempenhem função não patrimonial, como é o caso do salário com o qual o empregador alimenta sua família.

Quanto ao segundo requisito, tem-se "o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu". Segundo a lição magistral de Ripert, abusar de um direito consiste em tornar aparentemente legítimo o ato que não deve ser praticado. [13]

Assim, atos impertinentes e desnecessários praticados ao longo do processo configurariam o mencionado propósito. Quando o réu altera a verdade dos fatos ou deduz pretensão contra texto expresso em lei, considera-se como protelação, e admite-se a antecipação. A letra do inciso II, leva-nos a concluir pela punição do propósito, pela intenção protelatória do réu. No entanto este entendimento não deve subsistir, haja vista não ser possível se punir a mera intenção do réu. Observe-se o exemplo em que o recorrente, desiste de seu recurso para prejudicar o recurso adesivo da outra parte. Neste caso, a despeito dos motivos do desistente, não há que se falar em punição, demonstrando, portanto o cuidado que se deve Ter com a letra da lei.

O art. 17 do CPC, traz bons exemplos de abuso do direito de defesa que justificariam a concessão da media. Assim temos que:

> *ART.17 - Reputa-se litigante de má-fé aquele que:*
> *I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;*
> *II - alterar a verdade dos fatos;*
> *III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;*
> *IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;*
> *V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;*
> *VI - provocar incidentes manifestamente infundados.*

[13] RIPERT, "La règle morale dans les obligations civiles", Paris, LGDJ, 1949, nº 92, pág. 164.

7. Efeitos Antecipáveis

Os efeitos da tutela podem ser antecipados total ou parcialmente. Como a tutela processual trabalhista se opera nas decisões condenatórias e executórias, estes são os efeitos a serem antecipados. A dúvida surge quanto aos pedidos meramente declaratórios ou constitutivos. Aí, parte da doutrina se contrapõe a concessão de tutelas antecipadas nestes tipos de ação por entender que a precariedade das antecipações não se coadunam com a necessidade de emissão de certeza a ser emitida pelos provimentos declaratórios.

Porém é preciso se observar que a coisa julgada não está indissoluvelmente ligada à eficácia declaratória da decisão. E quanto a afirmação que a sentença declaratória nenhum efeito tem antes de passada em julgado, o próprio processo trabalhista nos mostra exemplos como no caso do dissídio coletivo de interpretação, chamado de dissídio jurídico, a sentença de acolhimento é, sem dúvida de natureza declaratória. O direito por ela afirmado pode ser imediatamente reclamado pois o recurso cabível não suspende a eficácia da decisão e, os valores pagos não são passivos de restituição, face ao disposto na Lei 7.725/65, que afirma em seu art. 6°, § 3° que a reforma da decisão normativa não implica a restituição das vantagens pagas aos empregados.

8. Revogação e modificação

O § 4° do art. 273 do CPC afirma ser a tutela revogável ou modificável a qualquer tempo. Assim, o juiz pode, dado o caráter precário da decisão, independente de requerimento da outra parte. E, se existe o requerimento, não é imperativo que se ouça a outra parte. Isto ocorre pois se é admissível a concessão inaudita altera parte é de se admitir a sua revogação da mesma forma.

Como toda decisão judicial, deve ser motivada. Assim, a revogação ou a modificação devem ser fundamentadas. Quanto à necessidade de fato novo para que se reavalie a matéria, o entendimento dominante é de que ainda que os fatos permaneçam inalterados é lícito ao juiz reanalisar sua decisão. Até porque, pode o juiz adotar interpretação jurídica diversa da exposada anteriormente. Este fato, se coaduna perfeitamente com a natureza sumária e precária da decisão de antecipação, não sendo justo se impor a sua imodificabilidade ou irrevogabilidade.

9. Impugnação da decisão

Claramente classificada como decisão interlocutória, a declaração que concede a antecipação é sujeita à questionamentos, no âmbito do processo civil pela via do agravo de instrumento. Já no processo do trabalho, o aludido recurso tem seu cabimento bem mais restrito. Assim, poderia-se imaginar que o momento de ataque à decisão interlocutória seria apenas em fase recursal. Isto não é verdade. Antes de expressar nossa opinião, vejamos o que julgou o TRF 3° Reg. : "Não há ato judicial destituído de controle, e sendo ele capaz de causar lesão a eventual direito da parte, sujeitar-se-á à correção pela via mandamental, mormente quando o recurso dele interposto não tem o condão de paralisar seus efeitos."(TRF – 3° Reg., 2° Sec., MS n° 131.843, Rel. Juiz Homar Cais[14]).

Assim, abre-se amplo espaço para a impetração do mandado de segurança, que irá então, de imediato contestar a decisão. Este entendimento baseia-se ainda no fato de que ao contrário do que pretendem alguns, a decisão que concede a tutela nada tem de discricionária, não sendo insuscetível de impugnação. Ainda na jurisprudência, o TST afirma que "Cabível é o mandado de segurança contra decisão que concede ou denega medida liminar em ação cautelar..."(TST – Pleno, Proc. RO-MS n° 336/87.4, Rel. Min. Marco Aurélio)[15]

Não se afasta, tampouco a pertinência da correição parcial, desde que satisfeitos os seus presupostos. Se a concessão ou a denegação da tutela antecipada decorrer de inversão tumultuária dos atos e termos processuais, a medida correicional tem cabimento, estando amparada nos arts. 709, inciso II e 682, inciso XI, ambos da CLT.[16]

De toda forma, ante os termos do § 3°, do art. 273, a decisão relativa à antecipação da tutela, quando não impugnada de imediato por meio do mandado de segurança, sempre comportará quastionamento no recurso oferecido contra a decisão final, não ocorrendo, nessa matéria, preclusão. Nem mesmo é de exigir-se protesto formal da parte prejudicada, figura sem previsão legal e incompatível com a regra do § 1°, do art. 893, da CLT. [17]

10. Cumprimento da decisão

[14] Revista do TRF – 3° Reg., n° 16, pág. 240.

[15] DJU de 29/06/90, pág. 6.313.

[16] MAILLET, Estêvão, ob. cit. Pág. 111.

[17] Contra, considerando o prortesto indispensável para obstar a preclusão, Valentin Carrion, "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", São Paulo, RT, 1993, pág. 699.

O cumprimento da decisão não deve se sujeitar às regras do processo de execução de sentença, no caso do inciso I. Isto decorre do fato de que ao se utilizar dos meios comuns da execução, a eficácia da medida restaria comprometida, haja vista o lapso de tempo inevitavelmente a ser decorrido. Já no caso do cumprimento da antecipação da tutela baseada no inciso II do art. 273 do CPC, sujeita-se a contrario sensu, às regras normais do processo de execução de sentença. Observe-se que o obrigação de indenizar, decorre como afirma Cândido Rangel Dinamarco "simplesmente das normas gerais de direito.[18]"

Por fim, na execução da tutela antecipada para pagamento de quantia certa, não há necessidade de se seguirem os procedimentos comuns de execução da sentença, podendo o juiz determinar o pagamento, e estipular multa diária, por exemplo. Anote-se, ainda, que o STJ decidiu que com a tutela antecipada "não se transfere o domínio do bem"(STJ – 1° T., R Es., n° 113.368-PR, Rel. Min José Delgado in DJU n° 93, de 19/05/97, pág. 20.593), decisão esta que restringe muito a praticidade da medida em análise, afetando sensivelmente seu caráter satisfativo.

11. Bibliografia

1. MALLET, Estêvão. **"Acesso à justiça no processo do trabalho"** em **"Apontamentos de direito processual do trabalho"**, São Paulo, LTr Edit., 1997.
2. COUTURE , Eduardo J. **"Introducción al estudio del proceso civil"**, Buenos Aires, Depalma, 1949.
3. CAPPELLETTI, Mauro. **Por uma nueva "Justicia del Trabajo" em Processo, Ideologias**, Sociedad, Buenos Aires, EJEA, 1974.
4. DINAMARCO , Cândido Rangel. **"A reforma do Código de Proesso Civil"**, São Paulo, Malheiros, 1995.
5. MALLET, Estêvão, **"Antecipação da Tutela no processo do trabalho"** São Paulo, LTr, 1998.
6. OLIVEIRA , Alexandre Nery R. de. **"Antecipação de tutelas inominadas e específicas na Justiça do Trabalho"**, http://www.amatra10.com.br,

[18] DINAMARCO, Cândido Rangel "A reforma do Código de Processo Civil", São Paulo, Malheiros, 1995. Pág. 147.

25 de Novembro de 1998.
7. JÚNIOR, Humberto Theodoro. **"Curso de Direito Processual Civil."**, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

A EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL TRABALHISTA

(prescrição dos direitos dos empregados domésticos: controvérsias acerca de sua regulamentação constitucional[1])

Fabianna Camelo de Sena Arnaud
(Aluna da Graduação do Curso de Direito da UFPE)

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Os empregados domésticos na CF/88; 3. Prescrição das ações propostas por trabalhadores domésticos; 4. Considerações finais; 5. Bibliografia.

1. Considerações iniciais

Tomamos o presente tema, com a finalidade prática de analisarmos os reflexos das Normas Constitucionais no âmbito trabalhista, especificamente no que diz respeito à "polêmica" classe dos trabalhadores domésticos, em se tratando da regulamentação Constitucional da prescrição dos seus direitos.

Antes de adentrarmos no mérito da questão, faz-se mister uma breve distinção do que seja a Constituição material e a formal: "Si las normas que regulan el orden jurídico-político fundamental forman, en su conjunto, la Constitución material, la formalización de estas normas en uno o mas textos legales, a los que se reconoce rango jerarquico superior, se traduce en la Constitución formal ..."[2].

A importância desta distinção ao nosso trabalho, se deve ao fato de que o sentido formal, ora demonstrado, traduz uma dupla característica que torna a Constituição uma Lei Fundamental ou "superlei" dentro do ordenamento jurídico-positivo do estado, quais sejam a Supralegalidade e a Imutabilidade Relativa. Com esta breve explanação pretendemos esclarecer que é justamente nesta Supralegalidade constitucional que encontramos base para nos posicionarmos diante de qual seja a legislação mais propícia ao caso concreto: à prescrição das ações propostas por empregados domésticos.

---

[1] Tese defendida e aprovada em primeiro lugar, no Congresso Brasileiro de Direito Privado, realizado entre os dias 01 e 04 de Outubro de 1997, no Centro de Convenções de Pernambuco.

[2] HERAS, Jorge Xifras. La Constitución como norma y como ley.

Os aspectos, material e formal, da Constituição, apesar de ter sua relevância doutrinária, na prática não têm valor algum.

Dessarte, mesmo sendo tradicional a doutrina que pretende negar eficácia a certas normas Constitucionais, não podemos crer em tal afirmação, posto que não há numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, todas têm a força imperativa de regras ditadas pela Soberania.[3]

A teoria moderna, partindo do pressuposto de que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, prefere dar uma divisão tricotômica: normas de eficácia plena (aplicabilidade imediata), normas de eficácia contida (aplicabilidade imediata mas com restrições) e normas de eficácia limitada (criadas para estruturação ulterior).[4]

Ressaltemos ainda, que a eficácia jurídica que vimos abordando, não se confunde com a social, pois esta só se consuma com a sua observância por parte da sociedade; ou melhor, refere-se ao seu cumprimento. " Em relação à jurídica, sua aplicabilidade decorre da simples incidência da norma"[5].

Dentre as normas constitucionais encontramos no Título II, Capítulo II, as relativas aos Direitos Sociais, objeto de nosso estudo, pormenorizado no que se refere à prescrição do direito de ação dos empregados domésticos (Art. 7°, XXIX da CF/88).

As ligações do Direito Social com o Direito Constitucional em nosso tempo são óbvias. Hoje as Constituições não são exclusivamente políticas, mas também sociais, encerrando quase todas uma Carta do Trabalho e da Segurança Social, como faz a nossa.

2. Os empregados domésticos na CF/88

A Constituição Federal de 1988, em seu Capítulo II, do título II, ampliou os Direitos do empregado doméstico (Art. 7°, parágrafo único) estendendo-lhe algumas vantagens atribuídas ao empregado em geral.

Tal medida desencadeou uma infinidade de críticas sob o fundamento de que a natureza das normas constitucionais estaria se desvirtuando de seu papel

[3] MIRANDA, Pontes de, Comentários à Constituição de 1967, tomo III, p. 182.

[4] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho, 20ed., Ed. LTr, 1993.

[5] MALLET, Estêvão. Revista LTr. Vol.55, n.10, p.1186, out/91 – Aplicabilidade das Normas Constitucionais Relativas a Direitos Sociais.

à medida em que privilegiava uma classe específica de trabalhadores, estabelecendo assim particularismos.[6]

Justifica-se tal medida Constitucional, pois a classe dos domésticos sempre teve um Direito excessivamente restrito aos olhos da Legislação trabalhista, e tal inclusão destes no texto constitucional, visava apenas a uma garantia mínima e necessária de Direitos.

O nosso texto Consolidado, excluiu expressamente os empregados domésticos da aplicação de seus dispositivos. Com o seu advento, muitos sustentaram ter havido uma revogação do Decreto-lei n. 3.078 de 1941, que regulava o trabalho doméstico.

Contudo, diplomas legais posteriores à CLT conferiram alguns direitos de ordem trabalhista a esses empregados, como podemos mencionar a Lei Orgânica da Previdência Social e a lei n. 2757/56 que regulou a situação dos zeladores, serventes, faxineiros e porteiros de prédios residenciais.

Apesar de legislação em contrário, entendemos que é inconteste o vínculo laboral do empregado doméstico, " assim considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas" (Lei 5.859/72), posto que exercem atividade remunerada, subordinada e de caráter contínuo, conforme requisita o Art. 3º, da CLT.

Sobre isto, assim se posiciona Cesarino Júnior: "Somos favoráveis à extensão da legislação trabalhista aos empregados domésticos, com apenas algumas alterações que a adaptem à natureza do trabalho... o caráter protecionista do Direito Social deve abranger todos os hipossuficientes" (*in* Direito Social Brasileiro", vol. I, p. 115, ed.1970).

Com relação à atual Carta Magna, os Direitos Sociais, antes esparsos em diferentes contextos na Carta anterior, são agora ampliados e sacramentados em todo um capítulo que lhes empresta substância e sistematização.[7]

3. Prescrição das ações propostas por trabalhadores domésticos

Pela amplitude do seu tema, o "Empregado Doméstico" é assunto que desperta enorme polêmica, sempre que mencionado.

---

[6] GONÇALVES, Emílio / Emílio Carlos Garcia Gonçalves. Direitos sociais dos empregados domésticos, Ed. LTr. 4ª ed., p.63.

[7] MELO, Sílvio de. Os Direitos Trabalhistas na nova Constituição e seus reflexos na Legislação do Trabalho. Revista PGE/SP. jun/1989.

Não pretendemos, por meio deste, esgotar todo o tema, motivo pelo qual dissertaremos apenas sobre um aspecto muito controvertido na jurisprudência laboral, que é a prescrição das ações propostas pelos trabalhadores domésticos.

O fato é que, a partir da regulamentação constitucional concernente a tal matéria, a aplicabilidade dos diplomas anteriores que regulavam as mesmas, começou a ser questionada. Não mais se chegava a um comum acordo de qual seria o instrumento legal que traria o adequado prazo prescricional dos domésticos.

Ao dispor sobre o Art. 7º, parágrafo único, XXIX, a Constituição Federal de1988 suscitou uma enorme discussão acerca desta matéria - prazo prescricional, despertando divergências entre os mais diversos ramos do Direito (Constitucional, Cível e Trabalhista), senão vejamos:

> "Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> (...)
>
> ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de:
>
> cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato.
>
> até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural.
>
> (...)
>
> Parágrafo Único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social".

Toda discussão se avoluma quando ao analisarmos o parágrafo único do Art. 7º, percebemos a não inclusão do inciso XXIX do mesmo artigo.

As correntes jurisprudências tomam os mais diversos posicionamentos, face à falta de regulamentação clara e precisa acerca do prazo prescricional.

Há uma linha jurisprudencial considerável que se vincula ao entendimento de que a prescrição aplicável ao trabalhador doméstico é aquela com fulcro no art. 178, § 10, V, do nosso Código Civil:

> " Art. 178. Prescreve:
> (...)
> § 10. Em 5 anos:
> (...)
> A ação dos serviçais, operários e jornaleiros, pelo pagamento dos seus salários" .

Os defensores desta tese, seguem com base na exclusão dos domésticos pela CLT, alínea "a", Art.7º, do mesmo diploma, o raciocínio de que o Art. 178, § 10, do Código Civil brasileiro se estende aos domésticos, visto que o Art. 7º, parágrafo único da CF não dispõe sobre a prescrição do inciso XXIX.

> Art. 7º. " Os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam:
> a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não econômica à pessoa e à família no âmbito residencial desta".

Observemos as seguintes ementas:

> "Prescrição bienal contra empregada doméstica não procede. O art. 1º da Lei n.5.859, de 1972, determina que ao doméstico aplica-se o disposto nesta lei. Ora, nenhuma disposição da Lei n .5.859 estatui a prescrição bienal. Logo, ao doméstico aplica-se a prescrição do direito comum". (TRT-2ª Região, 3ª Turma, RO 2.241/82).
> "A prescrição dos direitos dos domésticos é qüinqüenal, nos termos do art.178, § 10, item V, do Código Civil, tendo em conta ser imponível a aplicação da regra do art.11 da CLT, face ao que dispõe o art. 7º do mesmo diploma". (TRT 2ª Região, 5ª Turma, RO 17.224/85, in LTr 51-4/458).

Outra corrente de pensamento considera que a prescrição aplicável aos domésticos seria a prevista no art.11 da CLT:

> "Art.11. não havendo disposição especial em contrário nesta Consolidação, prescreve em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido".

Seus defensores alegam que o parágrafo único do Art. 7º da CF/88, determinou expressamente os itens do mesmo artigo cabíveis aos domésticos, estando excluído o inciso XXIX.

Neste sentido a Jurisprudência assim se posiciona:

> " Aplicação analógica no trabalho doméstico, face à omissão da Lei n. 5.859/72. Omissa quanto à prescrição, a Lei n.5.859, de 11.12.72 (que dispõe sobre o trabalho doméstico), impõe-se observar a sua natureza laboral para buscar a regra tomada para a utilização do processo analógico, aplicando-se, necessariamente, princípios do próprio Direito do Trabalho e não do Direito Comum, como, aliás, dispõe expressamente o art. 8º da CLT'. (TRT 2ª Região, 2ª Turma, RO 02861056457, in DJ 14.10.88)".

No entendimento do professor Carlos Moreira De Luca a "solução, parece, estar em antigo texto expresso, não revogado pela legislação posterior. Efetivamente, o Dec-lei n. 1.237, de 02.05.39, veio regular a Justiça do Trabalho, dando-lhe feição do Organismo Judiciário autônomo...".

> Art. 101 dispõe que "não havendo disposição especial em contrário, prescreve em dois anos qualquer reclamação perante a Justiça do Trabalho".

Dec. n. 6.596/40 manteve o prazo prescricional em seu art. 227, computando-se o prazo da data ou fato que lhe der origem.

A teor do disposto no art. 2º da LICC (Dec-lei n. 4.657/42), as disposições do Dec-lei n. 1.237, retro, não se destinando à vigência temporária, vigoram enquanto não sejam modificadas ou revogadas por outra Lei.[8]

---

[8] PAMPLONA Filho, Rodolfo. Prescrição Trabalhista, p. 68.

É verdade que não ocorreu revogação expressa pelo texto Consolidado das normas do Dec-lei n. 1.237, tampouco sua matéria foi inteiramente regulada, como é o caso da matéria prescricional. Não havendo ainda incompatibilidade relativa entre ambos mantém-se o prazo de dois anos.[9]

Este também é o entendimento de Rodolfo Pamplona Filho, em sua obra 'Prescrição Trabalhista", Ed. LTr, p. 68", a respeito de que "o art. 101 do Dec-lei n. 1.237/39 é a norma específica para a Justiça do Trabalho, bem como inexiste lei posterior que a revogue expressamente".

Não obstante, na prática, nos deparamos mais freqüentemente com a **aplicação prevista no inciso XXIX, do art. 7º da CF/88**, mesmo com a falta de previsão do parágrafo único do referido artigo.

Nas lições do Ministro Arnaldo Süssekind:

> "A prescrição não é direito social; é perda do direito de ação por inércia do titular do questionado direito. Se não deveria figurar na Lei Maior, certo é que afronta a boa técnica legislativa à inserção de regras sobre prescrição no elenco dos direitos sociais consubstanciados no art. 7º. Mas lá está no inciso XXIX. O parágrafo único não regulamentou a matéria referente à prescrição dos créditos resultantes das relações de trabalho e não teria de fazê-lo; porque o certo é que versasse a matéria em artigo próprio, limitando-se o artigo 7º a relacionar os direitos sociais, sem cogitar da prescrição do direito de ação. Isto explica a razão pela qual, ao enumerar os direitos sociais aplicáveis aos trabalhadores domésticos, o parágrafo único do art. 7º não mencionou o inciso sobre prescrição...".[10]

Convém salientarmos que, apesar de majoritária, essa aplicação não é pacífica, suscitando, pois, muita polêmica dentro do nosso Direito Laboral.

---

[9] DE LUCA, Carlos Moreira. O prazo de prescrição dos direitos assegurados aos empregados domésticos. Rev. LTr. São Paulo, vol. 53, n.1, jan/89, pg. 81/82.

[10] SÜSSEKIND, Arnaldo. Prescrição, painel do I Congresso Brasileiro de Direito Processual do Trabalho. Rev. LTR, SP, vol. 53, n.9, jul/89, p.1022.

4. Considerações finais

Ao nosso entender, a aplicação da prescrição bienal, nos moldes do art. 11 do texto Consolidado, não tem procedência, uma vez que a alínea "a", do art. 7º do retro citado diploma legal, expressamente exclui os empregados domésticos de sua regulamentação, conforme restou demonstrado.

Outrossim, conforme se tem entendido, este dispositivo foi tacitamente revogado pela Constituição Federal de 1998.

Quanto ao art. 178, § 10, V, do Código Civil brasileiro, concordamos com Valentim Carrion quando comenta que "recorrer aos prazos extintivos prescricionais do Código Civil, tendo os do Direito do Trabalho, apresenta-se como ranço analógico, depois de que todos os institutos trabalhistas de lá foram retirados há muito, ...". não pode ser procedente, pois, também a fundamentação pelo art. 178, § 10, V, do CC.

É de observar-se, ainda, que tal forma foi revogada pelo art. 101 do Decrlei n. 1.237/39 pela sua incompatibilidade e pela sua completa regulamentação de matéria de que tratava o art. 178, §10, V, do Código Civil.

Ocorre que, do nosso ponto de vista, mesmo não havendo expressa revogação em contrário por parte da Carta Magna com relação a este Decreto, a sua inaplicabilidade se deve a condições tácitas, mesmo porque a nossa CF/88 veio inová-lo, empregando inovações que faziam-se necessárias, posto que o Dec. 1.237 datava de 1939.

Face ao exposto, trazemos à baila o nosso entendimento de que o texto constitucional é o Diploma mais adequado ao caso em pauta; não pretendemos com tal posicionamento, desmerecer as brilhantes e tão bem fundamentadas concepções, ora demonstradas.

A nossa fundamentação decorre do fato de que o contrato de emprego doméstico, conservadas as suas particularidades, é indubitavelmente um contrato de trabalho "especial", distinto dos demais apenas pela ausência da lucratividade para o empregador. Por conseguinte, se todos os direito elencados pelo parágrafo único do art. 7º da CF são de natureza trabalhista, não existe razão para a inaplicabilidade do prazo prescricional do referido instrumento jurídico; ainda mais quando nos vem à mente algo que mencionamos no início do nosso trabalho: a superioridade hierárquica das normas constitucionais - supralegalidade, frente às demais normas, sendo aquelas dotadas de eficácia jurídica (plena ou contida) em qualquer situação.

Ora, a Constituição é texto superior que procura inovar os demais, não há que se aceitar o motivo de tantas divergências. Completa razão assiste ao legislador ao omitir do parágrafo único do art. 7º, o inciso XXIX, afinal

prescrição e Direito social não se confundem; aquela é a perda do direito de Ação.

Ademais, se o parágrafo único tratou de elencar os direitos sociais, não havia razão lógica para fazer menção ao inciso XXIX.

Em tempo algum houve por parte da nossa Carta Magna o *animus infringendi* com relação ao Direito adquirido, art. 5°, XXXVI da CF/88, visando tão somente alcançar as causas posteriores à sua promulgação. Isto nos mostra que nenhuma ilegalidade há em aplicar-se o preceito constitucional, posto que além de mais atualizado, adequando-se melhor às nossas necessidades, é superior hierarquicamente a todas as outras normas do nosso sistema.

Com relação ao Direito Laboral não poderia ser diferente; a Constituição Federal é sempre a Lei Maior.

Vejamos algumas ementas jurisprudenciais:

> "Os créditos Trabalhistas do empregado doméstico estão sujeitos ao prazo de prescrição do art. 7°, XXIX da CF (TST, RR 81.494/93.8, Vantuil Abdala, Ac. 2ª T. 3.197/94)".

> "Prescrição. Com o advento da Constituição de 1998, foi derrogado o art. 11 da CLT. O instituto da prescrição rege-se pelo art. 7°, n° XXIX, da Carta Magna. Ac. TRT 8ª Reg. (RO 2612/91), Rel. (designado) Juiz Georgenor Franco Filho, publ. Na sessão 10/02/92 [grifo nosso]".

> "A prescrição bienal vigorou até 04.10.88, após essa data o prazo prescricional elasteceu-se para cinco anos. Ac. (unânime) TRT 8ª Reg. (RO 3130/96, Rel. juiz Hermes Tupinambá, publicado na sessão de 28/08/91)".

> "Prescrição Qüinqüenal. A nova regra prescricional, art. 7°, XXIX da Constituição/88, tem vigência imediata, não retroativa. Devem ser respeitadas as situações atingidas pela norma anterior, art.11, da CLT, sob pena de ofensa ao direito adquirido. Ac. TST 2ª T (RR 23345/91.5), Rel. Min. Ney Doyle, DJU 13/03/92, p. 3003".

5. Bibliografia

1. BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil, vol II, ed. Saraiva.

2. DANTAS, Ivo. Comentários à Constituição Federal.

3. FILHO, Rodolfo Pamplona. Prescrição das Ações trabalhistas propostas por trabalhadores domésticos. Revista LTr. 60-11/1483.

4. GONÇALVES, Emílio Carlos Garcia Gonçalves. Direitos Sociais dos Empregados Domésticos. Ed. LTR. 4ª ed.

5. MALLET, Estevão. Aplicabilidade das Normas Constitucionais relativas a Direitos Sociais. Revista LTr. Vol. 55, n.10, out.91.

6. MELO, Sílvio de. Os Direitos Trabalhistas na nova Constituição e seus reflexos na legislação do trabalho. Revista PGE/SP, jun.89.

7. OLIVEIRA, Juarez de. Constituição da República Federativa do Brasil.

DISSÍDIOS COLETIVOS IMISCUÍDOS DO ASPECTO "FLEXIBILIZAÇÃO": CONTRADIÇÃO INTRA-DOGMÁTICA DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO*

Kylce Anne de Araujo Pereira (Aluna do 5.º período da graduação em Direito da UFPE; Pesquisadora do PIBIC/CNPq; Monitora de Introdução ao Estudo do Direito II)

Sumário: 1. Introdução: prolegômenos ao tema; 2. Interpretação como elemento caracterizador dos dissídios coletivos jurídicos; 3. A problemática da flexibilização nas relações jurídico-trabalhistas; 4. Conclusões; 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução: prolegômenos ao tema

Nos países subdesenvolvidos, ficam claramente caracterizados os conceitos de subintegração e sobreintegração, tão constantes na realidade terceiromundista. Quanto à subintegração, esta pode ser caracterizada pela ênfase dos chamados deveres jurídicos em detrimento do esquecimento parcial e até mesmo total dos direitos subjetivos inerentes aos cidadãos, o que remete ao conceito de subcidadania, à medida que são olvidados os direitos fundamentais e é criado um pseudo-cidadão, que desconhece a esfera de direitos, sobrelevando o aspecto prescritivo. Inversamente, surge a parcela dos sobreintegrados, os quais, além de enfatizarem seus direitos, olvidam a gama de deveres jurídicos à qual estão subordinados, tudo isto com a proteção velada da ordem jurídica - com a chamada "constitucionalização simbólica".[1]

Conseqüência deste relacionamento desigual é o contrato de trabalho, o qual, para muitos estudiosos, não passa de uma pseudo-garantia aos trabalhadores, à medida que possui em seu bojo uma relação de subordinação,

---

* Tese apresentada e classificada durante o II Congresso Brasileiro de Processo Civil e Trabalhista - 24 a 26 de setembro de 1998 - Natal - Promoção Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, UFRN e TRT da 21.ª Região.

[1] Cf. NEVES, Marcelo. "Entre Subintegração e Sobreintegração: a cidadania inexistente". **Revista Acadêmica**, a. 75. Recife: Universitária, 1992, pp. 77-97.

pois equipara a reles coisa o trabalhador quando suscita a utilização de sua mão-de-obra, ferindo, destarte, a dignidade humana.[2] Como se pode perceber, a influência de fatores externos possui seu início no próprio contrato de trabalho. Entretanto, não se localiza esta influência apenas neste setor da autonomia privada,[3] existindo, ainda, a alopoiese à medida que se observa o próprio âmbito de influência estatal. Para caracterizar tal situação, pode-se apresentar o instituto, objeto deste trabalho, "dissídio coletivo", o qual, principalmente vislumbrado em sua acepção jurídica, caracteriza-se por possuir tais interferências.

Faz-se mister, para clarificar tal aspecto, observar certa classificação doutrinária. Existe proposição quanto à divisão deste instituto em: dissídios econômicos e jurídicos. Embora tal subdivisão não possua entendimento pacífico na doutrina, propomo-nos ao estudo da acepção jurídica do termo e, para tanto, deve-se explanar nossa concepção acerca desta. Dissídios coletivos jurídicos são aqueles cuja matéria sobre que versam observa o aspecto da exegese normativa, tanto relativa a contratos de trabalho de determinada categoria quanto relacionada aos chamados contratos ou acordos coletivos.

Quanto à flexibilização das relações de trabalho, tema hodiernamente objeto de diversos estudos, esta pode se caracterizar como uma menor rigidez imperante nas atuais relações jurídico-trabalhistas, resultante da atual realidade político-econômica brasileira. Como se verifica a existência de enormes distorções, das quais o exemplo mais gritante é o desemprego, faz-se mister a adoção de normas mais complacentes em relação a empresas cuja situação financeira determina tal política.

Desta forma, neste trabalho, pretende-se observar a contraposição entre ambos os aspectos para que se verifique a incidência ou não da chamada flexibilização quando estão em tela os dissídios coletivos.

2. Interpretação como elemento caracterizador dos dissídios coletivos jurídicos

[2] Cf. PATU JR., Ruy. "A Essência Aética do Contrato de Trabalho: um breve ensaio crítico sobre a institucionalização da relação de emprego pela ordem jurídica". Revista da OAB - seccional de Pernambuco. Recife, n.o 24, ago. 1997, pp. 93-124.

[3] Se é que se pode identificar a autonomia privada com este tipo de relação contratual, ao passo que no contrato de trabalho, a relação não é verdadeiramente de coordenação, porém tendente à subordinação.

Parte da doutrina considera tal espécie mais ampla, abrangendo, além do aspecto interpretativo, áreas ontológicas mais densas e significativas, porquanto seu objetivo mais importante consistiria na elaboração de normas de interesse do grupo profissional por intermédio de decisões normativas.[4] Não obstante tal entendimento, julgamos que a exegese não pode ser considerada como aspecto menor no trabalho do operador do direito, mas como abrangente em relação à concepção proposta acima, ao passo que pode, inclusive, ocasionar a gênese normativa.

Desta forma, tem-se que, quando o objetivo da intervenção jurisdicional em determinada querela - como ocorre no dissídio coletivo - é a solução tendente a esclarecer o entendimento de dada norma jurídica, existe um dissídio de direito.

Neste aspecto, pode-se afirmar que, como propugna Hans Kelsen,[5] o resultado da exegese ocasiona a adequação da norma jurídica - moldura para diversas interpretações, na sua concepção - em relação a determinada situação, apresentando como coerente certo sentido da norma para tal ocasião. Conseqüentemente, na interpretação de determinado acordo coletivo, a título de exemplo, verifica-se a influência de fatores político-econômico-sociais, observada a impossibilidade da existência de absoluta imparcialidade quanto ao aspecto jurisdicional.

Principalmente e - talvez - felizmente, em países subdesenvolvidos como o nosso, esta situação fica ainda mais claramente configurada. Assim sendo, predomina a influência da realidade quando da emissão da sentença normativa.

3. A problemática da flexibilização nas relações jurídico-trabalhistas

É exatamente na ocasião supramencionada que se observa patente o instituto da flexibilização como influenciador das decisões também em relação aos dissídios coletivos. Esta, independentemente da nomenclatura - adaptabilidade, capacidade de acomodação, versatilidade, Direito Emergencial do Trabalho - pode ser caracterizada como uma "deslegiferação do Direito do Trabalho",[6] isto é, olvida-se o aspecto dogmático-jurídico para se enfatizar outros prismas, primordialmente o econômico.

---

[4] Cf. PRADO, Roberto Barretto. Curso de Direito Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTr., 1986, p. 191.

[5] Cf. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991, pp. 363-371.

[6] SOARES, Ronald. "Flexibilização - um tema atual no Direito do Trabalho". Revista

Tudo isto fica evidente em nossa sociedade, à medida que o poder público, condicionado pela política de manutenção, a todo custo, da estabilidade econômica, vem enfatizando a necessidade da negociação coletiva entre sindicatos e empresas. De certa forma, esquece-se do direito consolidado e adota-se outro, embasado primordialmente em normas jurídicas contratuais.

O ponto de partida é o fato massivo e brutal do crescimento contínuo do desemprego. Há tendência no sentido de que, se há desempregados em grande número, é porque a demissão resultou da onerosidade inerente à força de trabalho. Assim, caso houvesse redução deste aspecto - se se libertasse o trabalho de todo o arsenal protetor que envolve e gera seu caráter dispendioso - a força de trabalho voltaria a empregar-se, já que, neste momento, a empresa reencontraria suas vantagens.[7] O pensamento neo-liberal, inclusive, produziu excessos, como acusar os sindicatos de trabalhadores, julgados paralizadores do jogo espontâneo do mercado, mediante pressão sobre o poder político para a regulação daquele a seu favor.

Para se refutar tal concepção, pode-se apresentar Oscar Hernandez Alvarez, que propõe: "En la génesis de la crisis el costo del trabajo no es sino uno - y no el más determinante - entre los multiples factores presentes. Por tanto, ninguna crisis encuentra solución en la reducción de los niveles de protección a los trabajadores (...) sería atentatório contra la justicia social estabelecer que, mientras en momentos de bonanza los beneficios redunden principalmente en favor del Capital, en los de dificultades, el peso mayor de los mismos recaiga sobre los trabajadores."[8]

4. Conclusões

Desta feita, quanto ao dissídio coletivo, apresenta-se em certos casos claramente, nos seus modos de solução de conflitos - acordo coletivo, arbitragem, conciliação - a flexibilização. Quando se propõe determinada interpretação e se excluem as demais possíveis, sendo a selecionada permeada pelo aspecto volitivo das partes, observados contexto econômico-financeiro e adequação da exegese a este, configura-se a chamada adaptabilidade. Também -

---

do TST, v. 59. São Paulo: TST, 1990, p. 132.

[7] Cf. ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. "A Flexibilização do Direito do Trabalho - crise econômica, novas tecnologias e política social do Estado". **Revista LTr**., v. 54, n.o 04. São Paulo: LTr, abr. 1990, p. 431.

[8] ALVAREZ, Oscar Hernandez. "Los Nuevos Planteamientos de Flexibilidad del Trabajo". **Anais do X Congresso Venezuelano de Relações do Trabalho**. ART de Venezuela, s/d, p. 129.

e principalmente - neste caso, força será acentuar o caráter relativo da ordem pública laboral, admitindo-se que as normas que asseguram benefícios aos trabalhadores logo se traduzem em direitos, mas estes são passíveis de renúncia ou transação, veiculadas através dos procedimentos idôneos supracitados.

Organizações sindicais dispõem de força, que lhes permite, com freqüência, dialogar a partir de posições idênticas às dos empregadores com grande peso na política geral do Estado. Desta forma, as primeiras formas de tutela, que requeriam uma rígida técnica de regulação através de legislação, hoje são substituídas por outras, dentre as quais figura o dissídio coletivo jurídico.

Embora haja doutrina no sentido de que essas modificações manifestam com clareza o grande dinamismo do Direito do Trabalho, cuja característica principal seria exatamente esta adaptabilidade às conjunturas econômicas vivenciadas pela sociedade, entendemos que não é a diminuição do *quantum* salarial ou uma nova interpretação - mais benéfica ao empregador em detrimento do empregado - que solucionarão os momentos de crise. Afinal de contas, na sociedade capitalista em que estamos inseridos, os trabalhadores também fazem parte do mercado de consumo e, portanto, com a diminuição do poder aquisitivo desta classe, inocorrerá solução de dificuldades econômicas, já que será afetado crucialmente o âmbito do consumo.

Além disso, não se pode olvidar que o Direito Laboral, desde seu nascedouro, tem como função essencial a busca do equilíbrio difícil e tormentoso na relação patrão *versus* empregado e não é tarefa das mais árduas perceber que as conquistas não foram obtidas em ocasiões de bonança, mas, ao reverso, foram geradas em fases de lutas. Desta forma, não se pode esquecer, ainda, todo o embate para que fossem assegurados os direitos e garantias dos empregados, utilizando-se de concessões à parte hipersuficiente da relação jurídico-laboral: empregadores.

Antes de tudo, inclusive, é impossível olvidar o princípio embasador de todo o ordenamento jurídico trabalhista - *in dubio pro misero* -, sem o qual fica descaracterizada qualquer proposta de solução de lides. Como princípio jurídico que é, deve sempre preponderar qualquer que seja o objetivo da interpretação, particularmente observado o dissídio coletivo jurídico.

Não se pode, por uma mera tendência política momentânea, através de "modernas" interpretações de dispositivos relativos à ordem jurídica trabalhista -propostas como resultado pelos dissídios coletivos -, retirar das mãos calejadas dos trabalhadores direitos seus cuja conquista fora permeada por diversos embates e lutas.

5. Referências bibliográficas

1. ADEODATO, João Maurício. "Uma teoria (emancipatória) da legitimação para países subdesenvolvidos". **Anuário do Mestrado em Direito**, n. 05. Recife: Universitária, 1992, pp. 207-242.
2. ALVAREZ, Oscar Hernandez. "Los Nuevos Planteamientos de Flexibilidad del Trabajo". **Anais do X Congresso Venezuelano de Relações do Trabalho**. ART de Venezuela, s/d.
3. AMADEO, E. **Labor flexibility and productivity: markets, institutions**
4. FARIA, José Eduardo. "A crise do direito do trabalho no Brasil". **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 80. São Paulo: EDUSP, jan./dez. 1985, pp. 197-209.
5. _____ . **Justiça e conflito : os juízes em face dos novos movimentos sociais.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.
6. FERRAZ JR. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
7. GERMAN, Robert A. **Basic text of labor law unionization and collective bargainging**. St. Paul: West Publ. , 1976.
8. HOBSBAWN, Eric. "O operariado e os direitos humanos". **Mundos do Trabalho**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984, pp. 409-431.
9. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1991.
10. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. "Problemas atuais do direito e do processo do trabalho". **Revista LTr** , v. 55, n. 08. São Paulo: LTr, ago. 1991, pp. 909-922.
11. NEVES, Marcelo. "A crise do Estado: da modernidade central à modernidade periférica - anotações a partir do pensamento filosófico e sociológico alemão". **Anais do Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil**, Recife, 1992. Recife : Tribunal de Contas-PE, 1992, pp. 157-170.
12. _____ . "Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente". **Revista Acadêmica**, a. 75. Recife: Universitária, 1992, pp. 77-97.
13. PATU JR., Ruy Trezena. "A essência aética do contrato de trabalho". **Revista da OAB - seccional de Pernambuco**, ano 32, n. 24. Recife: OAB, ago. 1997, pp. 93-124.
14. PAULON, Carlos Arthur. **Direito alternativo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1984.
15. PRADO, Roberto Barretto. **Curso de Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr., 1986.

16. RAMOS FILHO, Wilson. "Direito alternativo e cidadania operária". In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (org.). **Lições de Direito Alternativo**, n. 01. São Paulo: Acadêmica, 1991, pp. 155-171.
17. ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. "A flexibilização do direito do trabalho - crise econômica, novas tecnologias e política social do Estado". **Revista LTr**, v. 54, n. 04. São Paulo: LTr, abr. 1990, pp. 430-434.
18. SOARES, Ronald. "Direito alternativo X flexibilização". **Revista TST**, v. 61. São Paulo :TST, 1992, pp. 89-90.
19. _____. "Flexibilização - um tema atual no direito do trabalho". **Revista do TST**, v. 59. São Paulo: TST, 1990, pp. 131-136.
20. SOUSA JR., José Geraldo de; AGUIAR, Roberto A. R. de (orgs.). **Introdução crítica ao direito do trabalho**. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.
21. SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições do direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 1996. Vols. 1 e 2.
22. WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Acadêmica, 1991.

A COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA NO CTN E DE ACORDO COM A LEI Nº 8.383/91. QUESTÕES CONTROVERTIDAS EM NÍVEL ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.

Carlos Fernando Carneiro Valença Filho (Aluno do 9º período da Graduação em Direito da UFPE; ex-Pesquisador do PIBIC/CNPq)

1. Considerações iniciais.

O presente trabalho versa sobre um tema eminentemente prático, com o qual se deparam constantemente advogados, julgadores administrativos, juízes, etc., qual seja: a compensação em matéria tributária, prevista nos arts. 156, inc. II, e 170 do Código Tributário Nacional e em legislação esparsa.

Duas são basicamente as questões que procuraremos trazer à tona nas linha que se seguem. A primeira consiste em saber se a compensação tributária constitui um *direito* do contribuinte, no sentido de poder ser efetuada automaticamente pelo contribuinte, ou se está a depender de autorização da Fazenda Pública.

Decorrente da anterior é o segundo questionamento: em não se admitindo que a compensação tributária seja um direito do contribuinte, a depender de regulamentação por lei ordinária, ou sendo ela negada administrativamente, caberia ao Judiciário decidir admitindo a compensação? Caso positivo, pode o fazer liminarmente? Em outras palavras, cabe a concessão judicial de liminar para a efetivação da compensação tributária

eventualmente negada no âmbito administrativo? Enfim, é preciso medida judicial para viabilizar a compensação?

Desses dois pontos fundamentais, acerca dos quais nos propomos trazer as vicissitudes doutrinárias e jurisprudenciais que sobre eles incidem, surgem outros intrinsecamente ligados e da mesma relevância, a seguir enumerados: a) Em que espécies de tributos e lançamentos admite-se a compensação?; b) o que são tributos da mesma espécie?; c) quais os requisitos necessários para que possa ser efetuada a compensação?; d) quais os meios alternativos de que pode se utilizar o contribuinte para reaver o que indevidamente pagou à Administração?; e) são válidas as restrições impostas, normativamente ou pela autoridade administrativa, em termos de percentuais compensáveis?

Diante de todas as nuances que por ora se apresentam, a compensação tributária é um dos temas mais intrigantes do nosso ordenamento jurídico, presente tanto na esfera administrativa quanto na judicial, gerando polêmicas entre os mais renomados juristas e nos diversos tribunais do país.

Trataremos também no presente trabalho das inovações trazidas pela Lei 8.383 de 30 de dezembro de 1991, a qual despertou novamente os interesses dos juristas sobre o assunto, revigorando as discussões acerca da compensação tributária para tributos pagos indevidamente.

2. A compensação no Direito Civil e no Direito Tributário.

A diferença entre a compensação regulada pelo Código Civil e a tratada pelo Código Tributário Nacional está diretamente ligada ao grau de liberdade atribuída aos particulares e à Administração Pública, respectivamente, no âmbito de atuação de cada um, uma vez que, enquanto aos primeiros é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe, a esta somente é dado fazer o que está legalmente previsto.

Segundo Hely Lopes Meireles, *"na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público 'deve fazer assim'.*[1]

Assim, da mesma forma ocorre em termos de compensação, acerca da qual dispõe o Código Civil Brasileiro em seu art. 1009 que "se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem." Logo a seguir, no art. 1010, faz uma

[1] MEIRELES, Hely Lopes. *"Direito Administrativo Brasileiro"*, Malheiros edirores, São Paulo: 22ª edição, 1997, pág. 83.

restrição, limitando-a ao prescrever que "a compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis."

A compensação privada constitui um direito subjetivo pelo qual o devedor, sendo credor da mesma pessoa, pode exigir por tal forma que se opere a extinção do seu débito, bastando apenas que as dívidas sejam líquidas, vencidas e que o objeto seja coisa fungível, não necessitando nem mesmo que se trate de dívida em dinheiro.

Já o Código Tributário Nacional, por sua vez, dispõe no seu art. 170 que "*a lei pode*, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública." E acrescenta o parágrafo único do mesmo artigo: "Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo que decorrer entre a data da compensação e do vencimento."

Ora, a compensação civil é modalidade de extinção das obrigações, assim como a tributária o é do crédito tributário. Contudo, àquela nenhum dos credores pode se opor, a não ser que tenha havido prévia estipulação precedente que a exclua, preservando-se tanto a *autonomia da vontade* quanto a *isonomia*. E não havendo tal exclusão prévia, será sempre realizada, uma vez atendidos os pressupostos de sua admissibilidade, quais sejam: 1) que cada uma das partes seja credora e devedora da outra por obrigação principal; 2) as obrigações tenham por objeto coisas fungíveis, da mesma espécie e qualidade; 3) as dívidas sejam vencidas, exigíveis e líquidas; 4) não haja direitos de terceiros sobre as prestações.

Preenchidos tais requisitos, "a liberação produz-se sem cumprimento da prestação devida, porém mediante o sacrifício dos créditos; cancelam-se as obrigações, e os credores ficam, reciprocamente, satisfeitos."[2] Afirma ainda o autor dessas palavras que é unânime o entendimento de que "a compensação se dá de pleno direito no momento mesmo em que ocorre a coexistência das dívidas, com os requisitos apontados; e, se os interessados espontaneamente se não entendem, forçando por isto um pronunciamento judicial, a sentença produz efeitos *ex tunc*, operando retroativamente sua declaração de que se extinguiram os débitos."[3]

---

[2] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *"Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações"*, vol. II, 3ª edição, editora Forense, São Paulo, 1972, pág. 212.

[3] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, pág. 212.

Quanto à compensação tributária, também pressupõe duas relações jurídicas diferentes, "em que o credor de uma é devedor de outra e vice-versa"[4], surgindo como atividade *vinculada* da Administração, regida que é pelo princípio da legalidade, *supra* citado, e exigindo como pressupostos os que a seguir se enumeram, que em muito se assemelham aos elencados em matéria civil: a) reciprocidade da obrigação; b) liquidez das dívidas; c) exigibilidade das prestações; d) fungibilidade das coisas devidas.

Contudo, o ponto diferencial da compensação tributária para a compensação civil reside justamente na *necessidade de previsão legal* para aquela, o que não se exige para esta, ou seja, segue-se a regra de que a atividade que envolve a Administração Pública será sempre regulada ao amparo da lei.

Daí que "a autorização legal é pressuposto que diferencia a compensação tributária da de natureza civil. Decorre legalmente do princípio da estrita reserva legal que preside as relações administrativa e tributária em nosso sistema (arts. 97 do CTN, 5°, inc. II, e 150, inc. I, da Constituição de 1988). Dessa forma, mesmo quando a lei deixa a cargo da autoridade administrativa o estabelecimento das condições e a exigência de garantias para que o contribuinte possa utilizar a compensação, esta atividade é estritamente vinculada, não sobrando ao agente público qualquer campo de discricionariedade."[5]

A própria origem da compensação tributária está na diferenciação que o Código Civil faz ao tratar do instituto da compensação, excluindo expressamente dessa disciplina as dívidas para com a Fazenda Pública, pelo que, em se tratando de relação jurídica tributária, a compensação fica a depender do que esteja previsto "nas leis e regulamentos da Fazenda" (art. 1017 do CC, *in fine*).

Por isso o próprio Código Tributário Nacional previu a compensação, deixando ao legislador ordinário sua regulamentação, embora os dispositivos daquele sejam comumente invocados para fundamentar a denegação do direito do contribuinte à compensação tributária. É este o ponto crucial inicial do presente trabalho: a denegação indevida pela Administração da compensação, que enseja o contribuinte a recorrer aos meios judiciais, donde surge a discussão, entre outras, do cabimento ou não da concessão de liminar para tal.

Abra-se aqui um parênteses para registrar a inconstitucionalidade defendida por Hugo de Brito Machado, entre outros, de tal artigo 1017 do CC,

---

[4] BASTOS, Celso Ribeiro. *"Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário"*, 3ª edição, São Paulo, ed. Saraiva, 1994.

[5] DIAS, Luiz Cláudio Portinho. *"Compensação do crédito tributário"*. www.Geocites.com/Athens/Academy/3155/Tex_Trib.htm, 6 de agosto de 1998.

decorrente da injustiça e imoralidade de tal norma excludente da Fazenda Pública em virtude da necessidade de esta autorizar a exigência do pagamento do tributo, contrariando, dessa forma, o art. 3º, I, e 37 da Constituição Federal. Há a redução ao direito do contribuinte de fazer a compensação. Ora, tolhendo possibilidade deste de extinção de sua dívida outra coisa o dispositivo não está a não ser autorizando a própria inadimplência do Poder Público.

Voltando à questão da legalidade administrativa, tem-se que as condições para a compensação, com caráter geral, ficam a cargo da lei. Por outro lado há a especificidade de cada caso que foge à regra geral por ela traçada, podendo a autoridade a administrativa estabelecer condições e exigir garantias peculiares, dentro dos limites legais. Assim, mesmo para que o contribuinte possa se utilizar da compensação excepcional, o direito há de ser o de todos quantos se encontrarem nas circunstâncias estabelecidas, de acordo com o princípio da isonomia tributária (art. 150, inc. II, da CF/88). Em qualquer caso, não pode o agente público decidir discricionariamente.

Daí surge a regulamentação da compensação pelo próprio CTN, que traz também a particularidade de admitir que a mesma alcance também crédito vincendo (parágrafo único do art. 170). E em face desse disposição específica, surge a questão de se há ou não um *direito* do contribuinte à compensação, ressalvada a consideração de que a discriminação da Fazenda Pública mencionada alhures é inconstitucional.

3. A compensação no âmbito do CTN e a prevista pela Lei 8.393/91.

A Lei 8.393/91 prevê no seu art. 66 que *"nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subseqüentes."*

De antemão não se pode cogitar de revogação da norma do CTN, por ser esta considerada de natureza complementar e aquela, federal e hierarquicamente inferior, conforme pacífica e mansa jurisprudência do STF, pelo que subsistem os mesmos requisitos de liquidez e certeza para uma e outra. Assim também já decidiu o STJ.

Do arrazoado conclui-se de logo que as exigências gerais previstas no Código Tributário Nacional não foram afastados pela Lei *supra* referida, pelo que não se pode cogitar de compensação tributária entre créditos que não sejam líquidos e certos. "O crédito do contribuinte, para ensejar a compensação, há

de se revestir dos atributos de liquidez e certeza"[6], sobre os quais falaremos adiante.

Assim, tanto para efeitos da compensação do CTN quanto para a prevista na Lei 8.383/91, é necessário que o crédito antes de tudo seja *quantificado*, com especificação exata da quantia, da importância certa e determinada. É imprescindível que o contribuinte, para contrapor-se a determinado crédito tributário que lhe está sendo exigido, comprove a liquidez e certeza do seu.

Contudo, apesar da semelhança, alguns pontos diferenciam a compensação autorizada pela Lei 8.383/91 da do CTN. Inicialmente tem-se que para aquela não é necessária a autorização da Fazenda Pública, cuja atuação se dará apenas posteriormente, sob condição resolutória, ou decisão judicial que reconheça a liquidez do crédito, podendo o contribuinte fazê-la, assumindo a responsabilidade pelos seus atos. Assim, a compensação de que trata a Lei não extingue de logo o crédito tributário, a não ser após a homologação pelo Poder Público.

Outra diferença que existe entre elas é a de que a compensação da recente Lei se aplica unicamente aos casos de lançamento por homologação (aquele em que o contribuinte oferece à autoridade as informações quanto ao fato gerador do tributo, apurando o valor respectivo e efetuando o procedimento, completando-se o lançamento feito pela autoridade administrativa), não estando a Administração impedida de, após o ato, fiscalizar a atividade realizada pelo contribuinte, efetuando o lançamento de ofício quando entender ter sido aquele indevido.

E mais. A compensação da Lei 8.383/91 somente pode ocorrer entre créditos da mesma natureza, desde que líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo com a Fazenda Pública, ou seja, de um lado o crédito tributário e de outro, um crédito que o sujeito passivo daquela relação tenha junto a um devedor qualquer, a própria Fazenda ou um terceiro.

O §1º da Lei 8.383/91 prescreve que a compensação só pode se dar entre tributos, contribuições ou receitas da mesma espécie. Há três entendimentos: a) uns afirmam que seriam tributos da mesma espécie os cuja receita tivessem a mesma destinação orçamentária, ou seja, os que tenham a mesma indicação feita no art. 145 da CF/88; b) uma segunda corrente afirma que seriam os que tivessem o mesmo código de recolhimento, posição que tem sido rechaçada pela jurisprudência dominante; e c) uma terceira entende que

[6] SILVA, Bruno Matos e. *"Da compensação de tributos"*. www2. Rantac.com.br/users/jurista/copen.htm, 17 de agosto de 1998.

seriam os com o mesmo fato gerador, posição equivocada pois tributo com o mesmo fato gerador não é tributo da mesma espécie, mas o mesmo tributo.

E, por fim, uma dessemelhança já mencionada alhures: a de que a compensação do crédito tributário pressupõe a existência de um crédito tributário, ou seja, um lançamento já consumado, enquanto a aludida na Lei 8.383/91 pressupõe tributo futuro, cujo lançamento ainda não foi feito, podendo nem ter ocorrido ainda o fato gerador, bastando apenas que tenha havido um pagamento indevido, sem qualquer participação do Fisco.

4. O *lançamento* como elemento diferenciador da compensação do CTN e da prevista na Lei 8.383/91.

Previsto o art. 142 do CTN, o lançamento é o procedimento cuja notificação ao contribuinte torna o tributo exigível. Há três modalidades: lançamento *por declaração* (o contribuinte oferece às autoridades administrativas os dados quanto ao fato gerador do tributo e a Administração faz a notificação para pagamento); *de ofício* (tudo é feito pela autoridade administrativa, que também notifica o contribuinte para pagamento); *por homologação* (o contribuinte oferece os dados e de logo efetua o pagamento, completando-se com a homologação da autoridade administrativa).

Segundo afirma Hugo de Brito Machado, "a compensação autorizada pelo art. 66 da Lei 8.383/91 diz respeito especialmente aos casos de lançamento por homologação, visto como aquele dispositivo diz que 'o contribuinte poderá efetuar a compensação', deixando claro que a compensação dever ser praticada pelo contribuinte, porque é atribuição deste e não da autoridade administrativa."[7]

Contudo, segundo o mesmo autor afirma, "embora o art. 66 conceda autorização ao contribuinte para compensar, e por isto se deva entender que o mesmo se refere aos casos de lançamento por homologação, na verdade o dispositivo em tela pode ser entendido como instituidor de um direito à compensação, independentemente da forma de lançamento."[8]

A norma do art. 66 da já mencionada Lei não cuida da compensação referida no art. 170 do CTN, por não se tratar de compensação como forma de

[7] MACHADO, Hugo de Brito. *"A compensação tributária e o mandado de segurança"*. Artigo publicado na RJ nº 204, pág. 207.

[8] MACHADO, Hugo de Brito. *"A compensação no Direito Tributário"*. www.geocities.com/Athens/Academy/3135/Text_Trib.htm, 6 de agosto de 1998.

imediata extinção do crédito tributário. A extinção de que trata tal dispositivo é a *sob condição resolutória* de posterior homologação do lançamento que o constitui e dirige-se aos créditos que tenham sido pagos indevidamente ou a maior para compensação com tributo da mesma espécie relativo a período subseqüente, devendo ser exercitada no campo do lançamento por homologação.

5. Liquidez, certeza e reciprocidade do crédito tributário.

Em face do CTN, não se poderia falar em direito à compensação tributária pois esta estaria a depender de lei que a permita, desde que seja feita envolvendo créditos líquidos e certos.

Quanto à nova Lei 8.383/91, que traz inovações ao instituto da compensação, esta não cuida da compensação a que se refere o art. 170 daquele diploma legal, mas apenas autoriza a compensação de valores pagos indevidamente com valores objeto de obrigações tributárias.

A compensação da Lei 8.383/91 constitui um direito do contribuinte na medida em que é exercido por ele independentemente de quem quer que seja. Por isso não extingue de logo o crédito tributário, dependendo de ulterior homologação do lançamento que o constitui, ou seja, existe uma compensação sob condição resolutória de posterior homologação.

Tal Lei não revogou o CTN, sendo necessário, portanto, que estejam presentes os requisitos de *certeza* e *liquidez* do crédito tributário para que ocorra a compensação. A lei garante que há um direito objetivo "em tese" à compensação, contudo ela exige a certeza e liquidez dos créditos, assim como também aquele diploma legal, variando apenas o momento em que tais requisitos serão analisados pela Administração.

Para que ocorra a compensação é preciso que haja a apuração do crédito, o que se dará através de um procedimento pelo qual se verificará qual o montante pago a maior e os índices de correção aplicáveis. Tal procedimento é o próprio lançamento, pelo qual se apura numericamente o crédito a ser compensado com outro, tanto para a compensação do CTN quanto para a da referida Lei, com a diferença de que neste segundo caso ele se dá num momento posterior, consolidando a condição resolutória pela qual se dá a extinção do crédito tributário do contribuinte.

Contudo, pode acontecer de a Administração se recusar à prática dos atos aqui mencionados, ou estabelecer restrições (ilegais) da compensação a certos montantes ou percentuais, e daí advirem conseqüências nefastas para o contribuinte, que ficará tolhido de uma modalidade de extinção do seu crédito tributário. Surge, assim, o seu direito de obter do Poder Judiciário um

provimento de mérito de modo a suprir os atos que a Administração não praticou.

6. Direito à compensação?

Considere-se o seguinte exemplo prático: como poderia agir uma empresa que, na qualidade de contribuinte, paga um imposto (IPTU, por exemplo) a maior no exercício de um ano "x" e pretende, na qualidade de contribuinte, compensar tais valores indevidamente pagos a mais com os a serem recolhidos no ano posterior sob a forma de diminuição em cada parcela mensal no exercício vindouro ou abstenção de alguns meses? Teria assegurado o direito à compensação ou teria que se utilizar do expediente que comumente as autoridades administrativas têm "recomendado", qual seja, a repetição de indébito?

Para a compensação tributária é preciso que a Administração a autorize, seja a autorização *a posteriori*, nos casos em que se trate de lançamento por homologação, ou anterior, nos demais, regulados pelo CTN, através do procedimento adequado.

Pode a Administração reconhecer a efetiva existência de pagamento indevido e autorizar a compensação, para a qual será necessário se apurar o montante do que foi pago a maior, os índices de correção aplicáveis, ou seja, há de se proceder à liquidação do crédito. Restringe-se, portanto, a atividade da autoridade administrativa a verificar, através do lançamento legalmente previsto, a liquidez e certeza do crédito tributário, não podendo, preenchidos os requisitos legais, opor-se à compensação tributária.

Em caso de a Administração se recusar à prática dos atos necessários, pode o contribuinte se valer do Judiciário para obter um provimento que supra os atos que a Administração não praticou e que se restringem à verificação da certeza e liquidez do crédito tributário.

Daí surge uma série de discussões sobre quais medidas judiciais são cabíveis como forma de suplantar a atitude indevida e violadora do art. 170 do CTN cometida pela Administração, assim como quanto à possibilidade de obtenção em sede de liminar do provimento judicial que garanta a não infração a tal dispositivo legal.

Tal medida é da mais alta relevância, pois têm sido comuns as dificuldades que a Administração tem imposto para a realização da compensação, alegando uma série de motivos, sem fundamentação legal, reconheça-se, mas que, inobstante a carência de razoabilidade jurídica, terminam por resultar numa maior dificuldade que o contribuinte irá encontrar

para a concretização de seu pleito. Como solução alternativa, recomendam que se busque a *repetição de indébito*, sobre a qual falaremos adiante e que nem sempre corresponde aos anseios, tendo em vista toda a celeuma do procedimento dos precatórios, etc..

À Administração não cabe senão a verificação de questões procedimentais, as quais, uma vez satisfeitas, permitem ao contribuinte efetuar a compensação, não sendo-lhe permitido a não ser o reconhecimento ou não do crédito a ser utilizado para efeitos de compensação. Ou seja, uma vez verificados os requisitos legais, à autoridade administrativa não compete negar a compensação.

7. A compensação tributária a nível judicial.

Uma vez se negando a Administração a praticar aquela série de atos imprescindíveis à compensação tributária, tais como o reconhecimento efetivo da existência de um pagamento indevido e a autorização de sua realização, a verificação do montante que foi pago a maior e os índices de correção monetária, etc., para que aquela se verifique surge ao contribuinte o direito de obter do Poder Judiciário um provimento de mérito.

Aqui surgem as várias celeumas da compensação tributária obtida judicialmente, *exempli gratia*, se é necessário que tenha havido uma prévia recusa da Administração; se é possível o deferimento judicial a nível de liminar ou de antecipação de tutela, etc., conforme passaremos a analisar a seguir ao enumerarmos os vários instrumentos judiciais que têm sido admitidos pela jurisprudência pátria como hábeis a tal.

Cumpre, para o momento, elencar as duas correntes jurisprudenciais existentes: um primeira que entende que a compensação tributária demanda liquidez e certeza dos créditos e débitos a compensar, sendo incabíveis a realização de verificações periciais a nível de mandado de segurança ou medidas cautelares, e que a compensação judicial somente pode ser intentada após negada administrativamente; uma segundo facção, que assim como a primeira exige a liquidez e certeza dos créditos a serem compensados, mas que afirma não caber ao Judiciário o exame da realização da compensação em si porque a ele não cabe decretar a extinção do tributo.

7.1. A compensação em liminar judicial.

Divergentemente têm se posicionado os juízes brasileiros quanto ao deferimento da liminar para compensação do crédito tributário. De um lado há

os que resistem em deferi-la sob o argumento de que o "alvará" judicial liminarmente concedido implicaria a ausência de contraditório. Além disso, não haveria o *periculum in mora*, uma vez que, não tendo falido determinada empresa que pagou indevidamente há tempo, a não realização da compensação não a levará à falência.

Por fim, o deferimento da liminar geraria a impossibilidade de se declarar efetivamente a existência de um crédito e do direito à compensação decorrente, pelo que é sempre necessária a ouvida do fisco previamente, uma vez que a declaração do juiz estará extinguindo o crédito tributário.

Em sentido contrário, argumentam os que admitem a concessão judicial liminar da compensação pois haveria, sim, os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, o primeiro porque o tributo que se pretende compensar foi fruto de pagamento indevido, e o segundo pela possibilidade de constrangimentos e de instauração de ação penal (o contribuinte passa a não recolher mais e a Administração a o considerar em débito, inscrevendo-o em dívida ativa e em certos casos enviando o procedimento administrativo para o Ministério Público para a instauração de eventual ação penal) contra o contribuinte que pagou indevidamente e pretende compensar.

Quanto ao contraditório, nas medidas liminares este apenas fica postergado para momento posterior. No que atine à satisfatividade das liminares, o argumento de que a concessão da liminar criaria situação irreversível só serve para a compensação da Lei 8.383/91, que se faz em momento anterior à sua constituição, só se completando com a posterior homologação pelo fisco. E mesmo para as do CTN, é preciso distinguir a irreversibilidade dos efeitos das decisões no mundo jurídico e no mundo dos fatos, tal como ocorre no mandado de segurança, em que, mesmo concedida a liminar, pode ser a segurança definitiva denegada.

7.2. A compensação de tributos e o Mandado de segurança.

O mandado de segurança, nos termos da Lei 1.533/51, só tem cabimento nos casos de atos ilegais e abusivos a direito líquido e certo cometido por autoridades públicas, não amparados por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Em se tratando de compensação tributária, há quem entenda que não é admissível o uso do remédio heróico para a concessão de segurança para efeito de impedir o agente fiscal de cumprir mandamento legal – autuação e levantamento de débitos não pagos.

"Efetivamente, não é possível a utilização do mandado de segurança para fins meramente declaratórios, dado o caráter mandamental dessa medida, que exige a liquidez e a certeza do direito pré-constituídas pelo impetrante. Se pretende o contribuinte a 'declaração' do que quer que seja, o meio cabível é a ação declaratória."[9]

Não haveria ato ilegal ou abusivo para os adeptos dessa corrente. Não seria ele viável como forma de, sem a existência de provimento reconhecendo a existência de créditos oponíveis contra o fisco, efetuar a compensação, pois estaria ofendendo o art. 170 do CTN.

Dispõe a Súmula 213 do STJ: "*O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.*"

Tal Súmula apenas aparentemente está em contradição com acima dito. A ação mandamental não perdeu esse seu caráter. Serve para declarar o direito e determinar que a autoridade faça ou se abstenha de fazer algo. Presta-se, portanto, a declarar o direito, mas desde que, obviamente, o contribuinte o tenha.

O direito à compensação é, portanto, anterior à impetração do mandado de segurança, podendo ser este impetrado em caso de suspeita de ou efetivo desrespeito àquele pelo fisco. "O *mandamus* somente pode ser usado, em sede de compensação de tributos, na hipótese do contribuinte já ter obtido provimento no sentido de reconhecer a certeza e liquidez de créditos oponíveis contra o fisco, caso venha o contribuinte a ser autuado ou tenha justo receio de vir a sê-lo".[10]

7.3. A antecipação da tutela.

Figura introduzida em nosso sistema processual civil pela Lei 8.952 de 13/12/94, a antecipação da tutela, regulada no art. 273 do Código de Processo Civil, representa um avanço que correspondeu aos anseios da comunidade jurídica, embora ainda hoje se observe uma certa resistência por parte dos juízes em aplicá-la, principalmente quando se trata de deferi-la contra a Fazenda Pública.

A antecipação da tutela representa uma espécie de meio termo entre as cautelares e o provimento de mérito ordinário, uma vez que ela é concedida com o objetivo de evitar os males decorrentes da demora no proferimento da

[9] SILVA, Bruno Matos e. *"Da compensação de tributos"*. www2. Rantac.com.br/users/jurista/copen.htm, 17 de agosto de 1998.
[10] SILVA, Bruno Matos e. Artigo citado.

sentença definitiva, mas simplesmente após análise menos acurada, adentrando, todavia, no próprio conteúdo meritório.

"Justifica-se a antecipação da tutela pelo *princípio da necessidade*, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a *efetividade* da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida."[11]

Não se confunde nem com as medidas cautelares nem com o julgamento antecipado da lide. Enquanto neste "o juiz julga o próprio mérito da causa de forma definitiva, proferindo sentença de extinção do processo com apreciação da lide (CPC 269)"[12], na tutela antecipada ele "antecipa os efeitos da sentença de mérito, por meio de decisão interlocutória, provisória, prosseguindo-se no processo. No julgamento antecipado da lide há sentença de mérito, impugnável por apelação, sujeita à coisa julgada material; na tutela concedida antecipadamente há decisão interlocutória, impugnável por agravo e não está sujeita a coisa julgada material".[13]

Nos termos do art. 273 do CPC, havendo verossimilhança da alegação da parte e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou ficando caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto intuito protelatório do réu, terá o juiz o poder-dever de antecipar liminarmente a tutela.

A recorribilidade ao Poder Judiciário e a conseqüente obtenção do provimento antecipatório possui o efeito fundamental de, reconhecendo a possibilidade de indébito e compensação do mesmo, afastar os efeitos da mora, evitando a autuação fiscal seguida de juros da moratórios.

Em matéria tributária, *"a antecipação da tutela não tem o condão de evitar o lançamento por parte do Fisco – para fim de evitar o escoamento do prazo decadencial – no que tange ao principal do indébito que o contribuinte acredita ter e que 'sponte propria' decidiu compensar, já que, como decidiu o egrégio STJ, cabe ao Poder Judiciário tão-somente apreciar o caráter compensável do indébito alegado, sendo a compensação em si um procedimento levado a cabo pelo próprio contribuinte"*[14]

---

[11] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *"Curso de Direito Processual Civil"*. Rio de Janeiro, ed. Forense, 1997, pág. 607.

[12] JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria Andrade. *"Código de Processo Civil Comentado"*, São Paulo, 3ª edição, 1997, pág. 547.

[13] Ibidem

[14] PONTES, Helenilson Cunha. *"A tutela antecipada e a compensação tributária"*. Artigo de revista publicado na Revista do Tribunal Regional Federal – 1ª Região, vol. 09, nº 4, out-dez/97, Brasília-DF, págs 29-32.

De acordo com o entendimento do STJ, ao contribuinte que acredita ter efetuado um recolhimento com base ilegal ou inconstitucional, enfim, que considere ter realizado um pagamento indevido ou a maior, cumpre efetuar a compensação do indébito, requerendo ao Judiciário unicamente o reconhecimento da exigência pelo fisco de tributo sem fundamento legal e, portanto, compensável.

Contudo, a liminar concedida antecipadamente apenas tem o condão de, reconhecendo a existência do indébito e do direito à compensação, afastar os efeitos da mora, retirando, ainda que provisoriamente, a imposição legal acrescida de multa e juros. Incidindo direta e unicamente sobre a pretensão do fisco de exigir o tributo, o seu único efeito será este, ou seja, não evita o lançamento fiscal, mas apenas a consumação do auto de infração, uma vez que o fisco não reconhece a existência do indébito nem o direito à sua compensação.

Não traz efeitos irreversíveis a liminar antecipatória, pois ao final há normalmente o pronunciamento judicial e caso seja julgada improcedente a ação, caberá ao contribuinte reverter a compensação realizada nos termos do art. 160 do CTN, efetuando os recolhimentos cabíveis no prazo de 30 (trinta) dias.

7.4. Ação declaratória e ação ordinária.

O direito à compensação poderia ser pleiteado em ação ordinária, segundo o entendimento de alguns. A prova seria produzida pelo contribuinte, através de perícia contábil ou por medida cautelar na qual o perito faria o levantamento de todos os fatos, elaboraria seu laudo e, concedida a cautelar, o contribuinte estaria autorizado a fazer a compensação.

Contudo, tal procedimento colocaria o juiz como autoridade lançadora, o que é incompatível com o CTN, que prescreve que o lançamento é privado da autoridade administrativa. "O juiz estaria se valendo do perito para fazer um verdadeiro acertamento tributário."[15]

Quanto à ação declaratória, esta se presta apenas a declarar a existência ou inexistência de relações jurídicas entre as partes litigantes, não se prestando à simples declaração da existência de um fato nem da existência de um direito à compensação em tese.

Para que a declaração ocorra, é preciso que tenha se verificado o efetivo pagamento do tributo, que ele tenha sido indevido, se existem índices de

[15] MACHADO, Hugo de Brito. *"A compensação tributária e o mandado de segurança"*. Artigo publicado na RJ nº 204, pág. 207.

correção a serem aplicados e qual o limite para a compensação mensal. Feito isso, a declaração entre as partes pode ser concebida.

Não há norma que exclua a aplicação do art. 170 do CTN ao lançamento por homologação. Somente após a declaração de certeza e liquidez do crédito tributário é que ele poderá ser compensado e nas hipóteses de lançamento por homologação o contribuinte faz a compensação por sua conta e risco.

8. A repetição de indébito e a compensação tributária.

Diante da comum negativa da Administração em efetuar os procedimentos a ela cabíveis para a realização da compensação tributária ou mesmo de todos os empecilhos burocráticos por ela colocados perante o contribuinte, surge a *repetição de indébito* como instrumento alternativo ao instituto da compensação.

Da mesma forma que se admite a compensação dos créditos para com a Fazenda Pública, resultante do recolhimento de tributo indevido, para tal também o serve a restituição, com diferentes aspectos a serem considerados.

De fato, a compensação traz inúmeras vantagens para ambas as partes, tanto para o sujeito passivo, para o qual se evitam as demoras decorrentes do procedimento do pedido de restituição, como para a Fazenda Pública, para a qual advém economia em custos burocráticos do pedido.

"Certamente, ninguém ousará alegar que a agilização da restituição (via compensação) seja uma 'desvantagem' para a Fazenda, na medida em que ela deixa de ter, por um período maior de tempo, a posse (sem causa legal) de recursos que pertencem ao *solvens*."[16]

A colocação da repetição de indébito no capítulo do CTN relativo à extinção das obrigações tributárias baseia-se no fato de que também está prevista sua incidência para os casos de pagamento indevido, inobstante não represente a mesma coisa para o contribuinte – embora possa este dela se utilizar nas mesmas hipóteses em que poderia compensar seu crédito tributário –, tendo em vista as ressalvas de que terá que se submeter a todo um procedimento para recebimento via precatórios, etc.

E é comum a autoridade administrativa alegar a não possibilidade de compensar determinado tributo, afirmando ao contribuinte que é mais vantajoso (!) ou unicamente possível a repetição de indébito, tolhendo uma faculdade a ele oferecida em troca de outra menos interessante.

[16] AMARO, Luciano da Silva. *In* "Direito Tributário Brasileiro", 2ª edição rev., São Paulo, ed. Saraiva, 1998, pág. 403.

Contra essa prática abusiva da Administração pode o contribuinte que preencha os requisitos legais para a compensação tributária e que não quiser se utilizar da repetição de indébito recorrer ao Judiciário para a obtenção do alvará judicial.

9. Considerações finais.

Ficou evidente que a oposição colocada pela Administração em efetuar a compensação, que se tem verificado na prática, mesmo quando preenchidos os requisitos legais pelo contribuinte, representa o mesmo que impor-lhe um pagamento indevido para depois restituí-lo de valor correspondente.

O STF tem repudiado o entendimento de que o contribuinte não tem o direito de questionar a exigência de um tributo que considere indevido sem fazer o respectivo pagamento, tendo que efetuá-lo para depois, se vitorioso na questão, pedir a sua restituição.

Ora, se o contribuinte tem o direito de compensar, não se lhe pode ser imposta a exigência de tributo de período subseqüente. Obrigá-lo a ter que pagar para depois reaver sem lhe permitir a compensação a que faz jus é expediente absolutamente indevido e que tem sido alvo de críticas da doutrina e objeto de mudança na postura assumida pelos Tribunais do nosso país.

A compensação quando utilizada traz vantagens tanto para a Administração quanto para o contribuinte, constituindo, porém, mais um dentre tantos exemplos de institutos legais que não têm verificação prática, inobstante representem avanços sociais consideráveis.

10. Bibliografia.

1. ABREU, Mário Eduardo Coelho de. "Superior Tribunal de Justiça pacifica entendimento sobre a compensação de tributos com base em decisão judicial". www.gaiasilvarolim.com.br/informe/jornal6/stj.html, 11 de agosto de 1998.

2. BASTOS, Celso Ribeiro. *"Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário"*, 3ª edição, São Paulo, ed. Saraiva, 1994.

3. DIAS, Luiz Cláudio Portinho. *"Compensação do crédito tributário"*. www.Geocites.com/Athens/Academy/3155/Tex_Trib.htm, 6 de agosto de 1998.

4. JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria Andrade. *"Código de Processo Civil Comentado"*, São Paulo, 3ª edição, 1997.

5. MACHADO, Hugo de Brito. "A compensação tributária e liminar em cautelar". Artigo de revista publicado no "O Neófito – Informativo jurídico". www.neofito.com.br/artigos/tribut6.htm.com.br/artigos/tribut6.htm, 2 de março de 1998.

6. MACHADO, Hugo de Brito. *"A compensação tributária e o mandado de segurança"*. Artigo publicado na RJ nº 204.

7. MACHADO, Hugo de Brito. *"A compensação no Direito Tributário"*. www.geocities.com/Athens/Academy/3135/Text_Trib.htm, 6 de agosto de 1998.

8. MEIRELES, Hely Lopes. *"Direito Administrativo Brasileiro"*, Malheiros editores, São Paulo: 22ª edição, 1997.

9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *"Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações"*, vol. II, 3ª edição, editora Forense, São Paulo, 1972.

10. PONTES, Helenilson Cunha. *"A tutela antecipada e a compensação tributária"*. Artigo de revista publicado na Revista do Tribunal Regional Federal – 1ª Região, vol. 09, nº 4, out-dez/97, Brasília-DF.

11. SILVA, Bruno Matos e. *"Da compensação de tributos"*. www. Rantac.com.br/users/jurista/copen.htm, 17 de agosto de 1998.

12. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *"Curso de Direito Processual Civil"*. Rio de Janeiro, ed. Forense, 1997.

Violência e Criminalidade na Contemporaneidade Brasileira

Priscila Maria Farias de Medeiros
(Aluna de Graduação do Curso de Direito da UFPE - 7º Período Pesquisadora do Projeto PIBIC/CNPQ - Ex-Monitora de T.G.E.)

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceitos Preliminares; 2.1. Violência; 2,2. Criminalidade; 2.3. Cidadania; 3. O Quadro Contemporâneo; 4. Raízes e Fatores; 4.1. A Raiz Sócio-Econômica; 4.2. A Impunidade; 4.3. A Gravidade das Penas; 5. Conclusão; 6. Bibliografia

1. Introdução

Quanto vale uma vida humana? - A moral dirá que seu valor é inestimável e o Direito complementará reconhecendo o caráter de supremacia desse bem jurídico. A realidade concreta apresenta-nos outra resposta: pouco, para não dizer que nada vale.

A 'violência e a criminalidade' é um tema objeto de discussões na atualidade em diversos setores da sociedade. A atualidade do tema não implica em sua novidade, pois a violência e a criminalidade não são dados novos em nossa realidade empírica. Contrariamente, integram o nosso cenário cotidiano há tanto tempo que nossas memórias falham em lembrar períodos de completa paz social.

Sendo assim, por que a crescente e alarmante preocupação que tal tema tem despertado contemporaneamente, já que se trata praticamente de uma faceta inerente ao nosso convívio social? - O problema em destaque, não reside na existência em si dos fatores violência e criminalidade, mas sim no grau exacerbado de ocorrência com o qual nos deparamos hoje em dia.

Devido à abrangência temática, não temos pretensões de esgotar o assunto, sequer de estudá-lo em parte de forma aprofundada, mas de apresentar uma introdução de cunho jurídico - sociológico ao tema. Para isso, utilizaremos nossas vivências práticas e de análises estatísticas a fim de direcionarmo-nos a uma conclusão com sugestões de algumas soluções de caráter pessoal e tentativamente científico.

Faz-se imprescindível, preliminarmente, para o estudo ora proposto, um debate a respeito de conceitos intrinsecamente relacionados com o tema, quais sejam: violência, criminalidade e cidadania. Tendo em mente tais idéias iniciais, poderemos partir, então, para a análise da realidade brasileira em si, das espécies de violência existentes e tentarmos apontar suas prováveis causas, raízes ou fatores contributivos. Será a partir dessas considerações que buscaremos possíveis soluções compatíveis com o problema.

2. Conceitos preliminares

2.1 Violência

A violência é o uso da força moral ou física para se conseguir algo sobre o qual o ordenamento jurídico não confere legitimidade. Assim, o ato violento tem o potencial de ofender (interferir sob formas e graus danosos variados) a vontade ou liberdade de pessoas e a resistência de coisas.

A violência, como manifestação do agir humano, pode assumir inúmeras variações e espécies, tantas quanto a fértil imaginação humana permitir. Ela está presente em várias esferas do convívio humano começando com a violência física e/ou psicológica na própria família - a violência doméstica, e terminando com as agressões de fora - a violência das ruas.

2.2 Criminalidade

Uma definição técnica de criminalidade seria "fenômeno freqüente de delitos, em suas várias modalidades, durante certa época e em dada região, ou país" (Nunes, 1979, p.298). Há uma grande variedade de atos violentos explícitos ou sutis (violência física, violência psicológica, prática de abuso do poder, etc.). Dentre esses, há aqueles que são considerados 'crimes' e estão sujeitos às sanções das leis específicas de cada sociedade e momento histórico. Uma questão a se considerar é o que deve ser ou não considerado 'crime' e isso certamente é algo mutável e dinâmico socialmente.

Vemos a criminalidade, assim, como um índice que aponta o grau de ocorrência habitual de crimes numa dada comunidade. Trata-se, pois, de um conceito diretamente ligado ao de violência. A criminalidade diz respeito à ocorrência de crimes, que não deixam de ser, por sua vez, uma espécie de violência. Toda violência é uma agressão injusta, entretanto, nem toda forma de agressão é crime. Só serão consideradas 'crimes' aquelas agressões específicas já tipificadas na lei penal. Eis, pois, o Princípio da Anterioridade da Lei Penal

encontrado na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, XXXIX e XL e no art. 1º do Código Penal Brasileiro.

2.3. Cidadania

A abordagem desse tema, breve que seja, faz-se imprescindível para uma melhor compreensão do problema social em questão: violência e criminalidade.

O conceito de cidadania pressupõe que todos os indivíduos, sem qualquer discriminação, estejam ligados ao sistema jurídico estatal pelos dois pólos - o positivo e o negativo. É como se a cidadania fosse, metaforicamente, uma esfera dividida em dois hemisférios: o Norte (direitos e garantias fundamentais) e o Sul (deveres e obrigações). Num Estado de Direito democrático há, por excelência, igualdade no tratamento dos indivíduos sob sua jurisdição, que significa o reconhecimento dos mesmos direitos e deveres a todos. A cidadania representa também, pois, o direito de todos terem direitos. "É o direito de ter uma idéia e poder expressá-la. É o poder de votar em quem quiser sem constrangimento. É processar um médico que cometa um erro. É devolver um produto estragado e receber o dinheiro de volta. É o direito de ser negro sem ser discriminado, de praticar uma religião sem ser perseguido" (Dimenstein, 1994, p.20). Notamos que é crescente entre os socialmente excluídos essa concepção de exercício da cidadania no que tange à busca por seus 'direitos'. E isso é ótimo, representa um grande avanço social rumo à cidadania. Todavia, para o exercício pleno da cidadania não basta 'lutarem' pelo direito a empregos com salários dignos para a alimentação, educação, saúde e lazer de suas famílias. Essa é uma concepção restrita do conceito de cidadania. Infelizmente, nem sempre podemos afirmar que esses mesmos oprimidos socialmente carregam consigo a responsabilidade do dever do trabalho honesto e socialmente útil, o desejo de justiça social para todos, e a ética de se colocar no lugar do próximo ao sofrerem suas ações violentas. A atitude cidadã completa-se, assim, pela reivindicação de direitos paralelamente ao cumprimento dos deveres sociais.

A cidadania pressupõe a legalidade. O Princípio da Legalidade é um mecanismo de integração normativamente igualitária de todos os cidadãos, é a generalização igualitária da lei.

No sistema jurídico brasileiro inexiste a cidadania, pois sequer há, de fato, a igualdade perante a lei. Para que isso ocorra, o 'cidadão' precisa tornar-se consciente de que a cidadania representa uma conquista do povo, não uma concessão do Estado (Bicudo, 1994).

A nossa Constituição-cidadã de 1988 é meramente de papel, pois a cidadania é algo que se constrói no cotidiano a partir da concretização das normas constitucionais. A normatividade, pois, nasce da concretização dos textos legais (Müller, 1996). Como conseqüência imediata da "constitucionalização simbólica" (Neves, 1994) temos a "cidadania de papel" a que se refere Dimenstein (1994).

Temos, no caso brasileiro, dois tipos de indivíduos: o sobrecidadão e o subcidadão. Os sobrecidadãos estão vinculados ao Direito quase que exclusivamente via 'pólo de direitos' , o pólo positivo da cidadania, enquanto que os subcidadãos estão vinculados via 'pólo de deveres', o pólo negativo. Os sobrecidadãos abusam do poder, os subcidadãos a ele são subservientes. À sobrecidadania e à subcidadania associam-se a Impunidade e o Legalismo respectivamente, como forma de permissividade e intolerância jurídica (Neves, 1996).

O Legalismo, inflexível perante as camadas sociais mais carentes, tem comumente servido como instrumento de exclusão de grande parcela da população e opõe-se à Legalidade que visa a inclusão social generalizada. No geral, há uma práxis jurídica pouco engajada socialmente e que não atua reconstrutivamente. Dentro desse enfoque, cabe lembrarmos, pois, tratar igualmente é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

A Subcidadania não acarreta exclusão jurídica. Como vimos, os subcidadãos estão integrados ao sistema jurídico, mas apenas de forma negativa, pelo lado das obrigações. Trata-se, portanto, de exclusão social.

3. O quadro contemporâneo

A violência generalizada existente na atualidade brasileira parte de todos os segmentos sociais e a todos atinge. A tragédia maior da violência reside na sua banalização. A violência não nos surpreende mais, não porque ela tenha perdido, em si, o seu caráter chocante, mas porque o episódico impressiona-nos bem mais do que o já corriqueiro. Ocorreu em nossa sociedade o terrível fenômeno que Hélio Bicudo muito apropriadamente denomina de "institucionalização da violência".

A brutalidade nas relações humanas começa em casa mesmo, no lar doméstico. Nesse ambiente, as vítimas são, como sempre, os mais fracos: as mulheres e as crianças. É o império da lei do mais forte. As estatísticas demonstram que mais de 70% dos casos de violência contra a mulher ocorrem dentro de casa. No Brasil chega a haver a possibilidade de absolvição em júri de marido que mata a mulher por mera suspeita de infidelidade sob a alegação

juridicamente esdrúxula de legítima defesa da honra! Tal comportamento só corrobora com a tese de que na hierarquia de valores do cotidiano, a vida situa-se como um bem jurídico de menor relevância.

As mulheres são o verdadeiro "saco de pancadas" para aliviar as frustrações diárias de seus companheiros. Elas sofrem impiedosamente todas as formas de lesões corporais graves, tormento psicológico (que pode ser a pior violência de todas) e, muitas vezes, sequer prestam queixa, seja por medo, vergonha de sua situação ou descrença na Justiça.

As crianças também são alvo fácil da violência. A criança brasileira não tem escapatória: se tem casa, já sai de lá, muitas vezes, espancada, se não tem, sofre com os maus tratos da rua que não são poucos, conforme apontou o relatório final da CPI da Criança e do Adolescente de 1992. Constatou-se uma política social voltada para a intimidação e o extermínio de nossas crianças e adolescentes que se encontram em extremo desamparo social. Essa é uma solução imediatista e condizente com a real ética social, mas que se opõe pelo vértice à política de atendimento aos menores abandonados proposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90. A CPI verificou a existência de mais de 30 milhões de menores carentes no Brasil e que nas capitais brasileiras os órgãos de "segurança" assassinam, no mínimo, 3 crianças por dia. Tamanha é a complacência social que a violência é praticada às escâncaras. A própria polícia paulista confessou ter eliminado só no ano de 1990, mais de 1000 pessoas, dentre as quais muitas crianças e adolescentes. Nesse mesmo ano, o IML de São Paulo registrou 994 homicídios de crianças e adolescentes, especialmente entre 15-17 anos, uma média de 2,7 assassinatos por dia (Bicudo,1994). Em 1992, mais de 1500 seres humanos foram mortos pela mesma polícia, o que revela uma tendência de elevação desse índice de criminalidade. O que mais nos entristece é saber que essa política de "limpar as ruas" desses pequenos marginais de "raça ruim" encontra respaldo na ética social, pelo menos na das grandes cidades, em que a violência é mais freqüente.

A violência nas ruas manifesta-se de várias maneiras, por prisões ilegais, tortura e assassinatos praticados rotineiramente pela Polícia e por grupos parapoliciais (grupos de "justiceiros" e esquadrões da morte). Tudo isso ocorre em violação expressa às nossas normas penais e processuais penais. A guerra inicialmente declarada pela Polícia Militar na ditadura contra os cidadãos considerados "criminosos políticos" continua na dita "democracia" de nossos dias contra os integrantes da camada socialmente marginalizada, indevidamente estereotipados de 'criminosos'. Compõem essa camada marginalizada os socialmente excluídos, quais sejam as crianças, os adolescentes, os

desempregados, os negros, os homossexuais e os pobres em geral, representantes de 70% da população.

Seria pertinente enfatizarmos, nesse âmbito, que nem todo indivíduo marginalizado, ou seja, que está à margem da sociedade, pode ser considerado um marginal, no sentido de delinqüente que a palavra comporta. Grande parte da violência cotidiana, de fato, parte de alguns desses marginalizados que, na luta pela sobrevivência e integração social, delinqüem. A sociedade embrutecida com a realidade culpa todos indiscriminadamente, quase como numa presunção absoluta de culpa, tratando-os com repúdio, indiferença e uma violência repressora, muitas vezes gratuita e desumana.

Matam-se em nosso país em 2 anos mais do que todo o contingente norte-americano morto na Guerra do Vietnã (52.000 X 48.000). Assim, é que podemos dizer que vivemos faticamente numa "guerra civil" (Dimenstein, 1994, p.31). São 125 execuções sumárias de seres humanos pela Polícia Militar de São Paulo por mês, o que equivale a uma vida a menos a cada seis horas. Quem não se lembra das recentes chacinas de Vigário Geral e de Carandiru? - Chocaram o mundo, mas poucos foram punidos. A violência dos policiais só pode aumentar com a quase certeza prévia de que não serão condenados pela Justiça especial de que usufruem, a Justiça Militar, corporativista, complacente e que os absolve com mais uma aberração jurídica: "estrito cumprimento do dever legal". Se a polícia justifica assim a sua violência contra os subcidadãos marginalizados, por que a Justiça também não descriminaliza o furto e o roubo praticados por aqueles que passam fome?! Seria, certamente, até de maior plausibilidade alegar, para excluir a ilicitude das condutas de furto e roubo famélicos, respectivamente, estado de necessidade e distribuição compulsória da renda. "Nossa virtude cívica, nosso bom comportamento como cidadãos, está na razão direta, não só da educação que recebemos, mas principalmente de nossa renda mensal" (Corbisier, 1991, p.215). O problema, pois, não está na "raça ruim" dos marginalizados, visto que são seres humanos tais como nós, mas sim nas condições subumanas que o mundo lhes oferece.

4. Raízes e fatores

Sobre esse tópico analisaremos, embora haja uma diversidade pertinente de pontos, as principais causas ou raízes da violência e criminalidade e fatores com elas relacionados.

4.1 A raiz sócio-econômica

Vivemos num país historicamente marcado por opressões e desigualdades de todos os níveis. A causa que mais influência exerce sobre a criminalidade e a violência é a desigualdade sócio-econômica. Temos uma das piores distribuições de renda do mundo segundo recente relatório da ONU publicado na mídia em geral. Para constatarmos tal realidade basta olharmos para a estrutura fundiária que nos circunda e que mantém acesas as lembranças de um passado colonial e escravocrata não tão remoto assim. Temos uma divisão de terras incompatível com um Estado de Direito que se designe democrático: 45% das terras brasileiras nas mãos de apenas 1% da população. O PIB per capita de que ufanistas tanto se orgulham por ter crescido nos últimos anos, nada revela a respeito da cruel distribuição de renda de um país em que alguns têm muito, poucos têm pouco e muitos nada têm.

É nesse contexto sócio-econômico, que se apresenta estratificado, em grupos semelhantes a castas e estamentos, que surgem os indivíduos marginalizados ou subcidadãos sem a mínima proteção do Estado bem como os sobrecidadãos que usufruem de todos os direitos e garantias constitucionalmente assegurados visto que compõem a classe político-economicamente dominante. Diante da falta de perspectiva de atingir condições dignas de vida, aguça-se a criminalidade, pois a política estatal é de total descompromisso social.

4.2. A impunidade

A descrença da sociedade na real efetivação das normas penais e processuais penais assim como a certeza da impunidade servem como fator estimulante da violência e do crime. A existência de uma Justiça Militar para o julgamento de casos de violência policial constitui uma inegável aberração num sistema democrático. Essa Justiça especial é, como vimos, corporativista, benevolente e consagradora da impunidade, visto que é quase absoluto o índice de absolvição. As falhas de nossa Justiça Comum também contribuem para a impunidade: a excessiva morosidade, a falta de identificação dos autores dos crimes, etc.

Para Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito (1996), há dois momentos possíveis de cumprimento da norma jurídica: antes e depois da conduta ilícita. O problema reside exatamente aí, no Brasil há inobservância das normas penais nos dois momentos. Nos já não temos no cotidiano o "hábito geral de obediência" como denominado classicamente por Del Vecchio, e para completar as penas não são aplicadas na prática.

Assim, é que a impunidade e a criminalidade incrementam-se mutuamente, num círculo vicioso extremamente assustador e afastador da Paz Social.

4.3. A gravidade das penas

A sociedade embrutecida com a violência cotidiana sugere, como solução ao problema, ainda mais violência: seja ela fornecida pelo Estado ou exercida com as próprias mãos. São freqüentes, em todo o território nacional, as práticas bárbaras de linchamentos, por exemplo como manifestação de revolta popular diante da total inação do Estado como órgão distribuidor de justiça. Não é justificável por seu caráter desumano, embora compreensível pelo estado de anomia inconcebível no convívio social com o qual lidamos. Já diziam os romanos e é inconteste ainda hoje que o *Ubi societas ibi jus* , ou seja, 'onde há sociedade, aí há o direito'. Assim, surgem as penas 'alternativas' aplicadas pela própria população com uma ética dura bastante assemelhada à Lei de Talião: "Olho por olho, dente por dente, vida por vida".

Mais civilizadamente essa mesma sociedade propõe como soluções estatais para o problema penas mais longas, regimes de cumprimentos mais duros, maior tipificação das condutas, diminuição da idade de responsabilidade criminal, etc.

Primeiramente, a função precípua da pena deve ser a de ressocialização e não a de retribuição. O Estado não pode usar a pena como um meio de vingança contra os indivíduos. O que se revela mais temível: um ano cumprido de fato na cadeia (numa realidade carcerária que desrespeita os direitos humanos e descumpre aberrantemente a Lei de Execução Penal, etc.) ou prisão perpétua apenas no papel? - Cremos que a indagação prescinde de resposta. As estatísticas revelam que não é a gravidade da pena que influencia na prática do crime, mas sim a crença na efetiva concretização da pena, qualquer que seja a quantidade legalmente atribuída. A experiência em países como os EUA, por exemplo, demonstra que até mesmo a pena de morte não reduz o índice de criminalidade.

A partir da Constituição Federal de 1988, quando se criou a figura do crime hediondo houve um surto de agravamento de penas através da inclusão de vários crimes no rol dos hediondos, sujeitos a penas mais altas e com regime mais severo de cumprimento. Entretanto, essa prática, mais uma vez pouco contribui para reduzir a criminalidade, conclusão esta a que têm chegado estudiosos como Reale Jr. como apontado na mídia escrita (Revista Veja, 16/09/98, p.50). Parece que as pessoas não param para ler o quantum de pena

que é prevista pela lei penal para decidirem então se devem mesmo praticar o crime. Trata-se da crença quase que generalizada de que este é o país da impunidade!

5. Conclusão

Voltemos ao pensamento de Kant do início desse estudo. Nele encontramos a função social do Direito: impor limites aos arbítrios individuais para proporcionar a liberdade de caráter coletivo. Certamente, esse deve ser o papel de uma ordem jurídica que de fato proporcione a justiça ao observar fielmente o Princípio da Legalidade.

Na realidade brasileira, no entanto, em que presenciamos o desaparecimento da cidadania, temos essa conceituação kantiana como utópica, pois o Direito como conjunto de normas estatais limita os subcidadãos na mesma medida em que paralelamente liberta os sobrecidadãos.

Vivemos numa "democratura" (Esquivel Apud Bicudo, 1994) em que a violência é tratada com mais violência. Poderíamos ir mais adiante questionando até a existência de um real 'Estado de Direito', uma vez que ao invés de um império das leis, observamos quase que um império da violência!

Precisamos de uma política criminal voltada à prevenção do crime e à recuperação dos delinqüentes, e não a simples repressão e penalização de seres humanos tal como a prática tem-se revelado. Decerto nossa legislação penal, processual e de execução tem bastantes falhas, mas defeito maior estará no seu completo descumprimento, pois como ficará a segurança mínima do cidadão?! Para caminharmos rumo a um Estado de Direito democrático, faz-se essencial a representatividade popular nos três Poderes estatais, a fim de proporcionarmos, de fato, a diminuição das desigualdades sociais que inegavelmente tanta influência exercem nos fatores criminalidade e violência.

Esse pensamento mesquinho das classes dominantes não se revela sábio. Até por uma análise da violência partindo de um ângulo individualista, os setores economicamente privilegiados deveriam optar por um programa social redistributivo, pois estariam trocando parte de seu patrimônio pela paz que não conseguem ter apenas reagindo com mais violência. Não quererem ceder o mínimo, dar uma fatia do bolo que possuem por inteiro, implica em não poderem sentir, com tranqüilidade, o verdadeiro 'sabor' da riqueza que têm e em sentirem-se cerceados no seu direito de ir e vir por conta da violência que os circunda. Não se trata, assim, de uma proposta embasada numa filosofia de cunho altruísta, comunista (ideal, porém de problemática viabilização dado o caráter egoísta do ser humano), sequer de liberalidade cristã; essa proposta

requer e se contenta até mesmo com uma forma individualista de raciocinar, é o individualismo sábio e compatível mesmo com o modelo capitalista em que vivemos, desde que este exista de uma forma mais humana e menos selvagem.

Sanando tais problemas estruturais, poderemos, então, quem sabe, viver no sonhado Estado democrático em que haja menor violência e criminalidade e que se compatibilize com o real conceito de cidadania.

6. Bibliografia

1. BICUDO, Hélio. Violência: O Brasil Cruel e Sem Maquiagem. São Paulo: Moderna, 1994.
2. BRASIL, Sandra. Lorota Jurídica. Revista Veja. Rio de Janeiro, 16/09/98.
3. CORBISIER, Roland. Raízes da Violência. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
4. DIMENSTEIN, Gilberto. O Cidadão de Papel. São Paulo: Ática, 1994.
5. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
6. NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente. Revista Acadêmica. Recife. A .75,1992, p. 77-85.
7. _____. Da Autopoiese à Alopoiese do Direito. Anuário do Mestrado em Direito. Recife. N. 5, 1992, p. 273-298.
8. _____. Legalismo e Impunidade. CEDDHC. 1996, p. 08-11.
9. _____. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994.
10. NUNES, Pedro. Dicionário de Tecnologia Jurídica. São Paulo: Freitas Bastos, 1979.

DEFESA SOCIAL DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL PÓS-1964

Bruno César Machado Torres Galindo (Professor da Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco, Mestrando em Direito Público na mesma instituição, Advogado)

Sumário: 1. Considerações prévias; 2. Defesa dos direitos humanos sob o regime autoritário 1964-1985: 2.1. O período pré-AI5; 2.2. O AI5 e a era Médici: os "anos de chumbo"; 2.3. A "distensão" de Geisel; 2.4. A "abertura" de Figueiredo; 3. Defesa dos direitos humanos sob o regime democrático: a "Nova República" e as perspectivas da defesa dos direitos humanos no período pós-ditatorial: 3.1. A questão do criminoso "comum"; 4. Considerações finais; 5. Bibliografia.

1. Considerações prévias

O presente trabalho versa sobre os direitos humanos, tema sempre debatido, porém, nunca esgotado, devido às implicações que tem sobre as principais aspirações do ser humano enquanto pessoa. Tal tema tem sido objeto de inúmeras discussões políticas, jurídicas, filosóficas e sociológicas em torno dos seus diversos aspectos, já que os direitos humanos tem alcance em todas essas esferas do debate científico do qual os humanistas não podem prescindir.

Obviamente, não pretendemos, em um modesto trabalho como este, analisar toda a problemática dos direitos humanos, ainda que meramente sob o enfoque da sociologia do direito. O nosso objetivo é, dentro de um enfoque sociológico-jurídico, abordar as violações e a defesa dos direitos humanos no Brasil a partir de 1964, quando foi implementado o Estado autoritário mediante o golpe militar de 31 de março do ano referido, golpe este impropriamente chamado de "Revolução".

A nossa análise segue uma cronologia histórica desde 1964, sendo dividida inicialmente em dois pontos, um abordando o período do autoritarismo (1964-1985) e outro os tempos contemporâneos, de 1985 aos nossos dias, onde a defesa dos direitos humanos tomou um outro direcionamento, com a volta da democracia política ao nosso país. Tais pontos ainda foram subdivididos para uma melhor compreensão dentro dos próprios

períodos aludidos, onde temos diferentes fases e contextos, que, sem dúvida, ficarão melhor entendidos se assim forem analisados. Antes dos subpontos, sempre faremos uma análise prévia, procurando situar o leitor no contexto global do período para logo em seguida adentrarmos os períodos específicos e o debate temático.

2. Defesa dos direitos humanos sob o regime autoritário (1964-1985)

O Brasil sofre de uma instabilidade política e institucional crônica. Analisando a história pátria, percebe-se que dessa instabilidade surgiram inúmeros períodos de autoritarismo que penalizaram de modo cruel a nossa sofrida população. O despotismo de Dom Pedro I, no início do Império, o governo Floriano Peixoto na República Velha, o Estado Novo de Getúlio Vargas e, mais recentemente, a ditadura militar pós-1964, o mais longo período de autoritarismo da nossa história.

Em todas essas épocas autoritárias, o desrespeito aos direitos humanos era a regra comum. O autoritarismo está inequivocadamente ligado ao arbítrio e abuso de poder, bem como a esse desrespeito pela vida e dignidade humana. Isso poderá ser verificado com as questões que iremos abordar a seguir, que examinam este último período de autoritarismo do qual fomos vítimas.

2.1. O período pré-AI5

O regime autoritário surgido em 1964 propiciou também o surgimento das primeiras organizações não governamentais defensoras dos direitos humanos. Não que tal defesa não existisse anteriormente mas apenas no período pós-1964 é que tivemos o trabalho mais sistemático de tais grupos organizados, tendo em vista as inúmeras violações dos direitos humanos praticadas pelos agentes estatais no implemento do controle governamental da sociedade pela repressão, fundamentalmente no que diz respeito aos prisioneiros políticos, pois não havendo possibilidade dos militares efetuarem um controle social com menor uso da força física e maior do sentimento e idéia do dever ser de que nos fala Cláudio Souto[1], procederam a tal controle com intenso uso da coação física.

O período pré-AI5 do qual falamos compreende desde a ascensão dos militares ao poder até a edição do Ato Institucional nº 5, de triste memória, no governo Costa e Silva. Com o golpe de Estado e a destituição do governo

[1] SOUTO, Cláudio & Solange. Sociologia do Direito – Uma Visão Substantiva. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 191.

Goulart, assumiu a presidência o marechal Castelo Branco. Entidades como o Comando Geral dos Trabalhadores - CGT, as Ligas Camponesas e a União Nacional dos Estudantes – UNE, foram logo dissolvidas por serem consideradas "subversivas" pela nova ordem. Esta última teve sua sede invadida e incendiada como um dos primeiros atos de autoritarismo do novo regime, demonstrando serem estudantes e trabalhadores organizados os seus principais inimigos.

Em tal período, por muitos considerado brando (o que não é verdadeiro, apenas não foi um período de repressão tão grande como nos "anos de chumbo"), os direitos humanos tiveram um desrespeito flagrante. Basta observarmos o que relata Artur José Poerner[2] de algo ocorrido em Goiás. Na cidade de Goiás Velho, quando da invasão da Cúria Diocesana, o próprio interventor goiano confessara que o padre Jacinto Rosas, o juiz Gonzaga de Castro, dois professores e seis estudantes haviam sido "maltratados fisicamente". O jornal *Correio da Manhã* noticiou em 11 de junho de 1964 que três estudantes de Porto Alegre haviam sido torturados e seviciados na 6ª Companhia de Polícia do Exército nos primeiros dias do regime militar. Esses estudantes foram detidos sob a acusação de distribuírem panfletos contra os bombardeios norte-americanos no Vietnã do Norte e mantidos presos por dois dias. Todos eles foram submetidos a choques elétricos, palmatória e violências individuais as mais diversas, dirigidas pelo próprio comandante da PE, Capitão Raul José Ribeiro. O mesmo jornal publicou também notícia de torturas sofridas por estudantes no Recife, onde a estudante de nome Sílvia Lúcia Montarroyos chegou a ficar louca, pois "foi queimada várias vezes nos braços e nas coxas, ao ponto de formar-se ferida em sua epiderme. Todas as noites, os seus carcereiros não a deixavam dormir, iluminando seu rosto com *flash* de lanterna, de meia em meia hora. Foi aí nessa cela que Sílvia veio a enlouquecer."[3]

São somente dois exemplos dentre os inúmeros que se tem notícia para demonstrar ser falsa a idéia de um período "brando". No máximo, podemos considerar um período menos truculento que o seguinte, onde a repressão foi intensificada.

No entanto, algumas entidades chegaram a exprimir um contentamento com a queda de Goulart, entre elas a Igreja Católica e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Tais entidades pareciam estar preocupadas com a "desordem" instalada no governo Jango e inicialmente viram com bons olhos a investida militar que deveria ser temporária apenas para garantir a ordem e logo

[2] POERNER, Artur José. O Poder Jovem. 4ª ed. São Paulo: CMJ, 1995, p. 205.
[3] Idem, ibidem, p. 205-206.

em seguida devolver o poder aos civis. Como se sabe, assim não ocorreu, e a vocação libertária dessas entidades terminou por fazê-las se contraporem ao regime militar.

Ainda em 1964, alguns setores progressistas da Igreja, principalmente os simpatizantes das mudanças introduzidas na Igreja pelo Papa João XXIII, não viram com tanto entusiasmo o movimento militar de então. Um dos mais famosos líderes dessa corrente eclesiástica, Dom Hélder Câmara, assumiu a Arquidiocese de Olinda e Recife nessa época e proferiu discurso que não agradou às autoridades militares, vindo, posteriormente, após alguns incidentes, a tornar-se um dos mais temíveis adversários dentro da Igreja ao governo militar. Em julho de 1968, portanto, ainda antes do famigerado AI5, na ocasião da assembléia anual da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, Dom Hélder mobilizou 43 bispos que assinaram com ele um pacto de compromisso com a defesa dos direitos humanos, culminando no movimento "Pressão Moral Libertadora".[4]

Como as entidades representativas dos estudantes e trabalhadores estavam na clandestinidade, as organizações de defesa dos direitos humanos estavam então fortemente vinculadas à Igreja Católica, pois em tempos de autoritarismo precisavam ocupar os espaços que restavam para lutar contra os desmandos e arbitrariedades do regime. E o respaldo da Igreja Católica foi imprescindível para o desenvolvimento da luta pelos direitos humanos[5].

A OAB, como afirmamos, chegou mesmo a aplaudir o golpe de Estado. Como destaca Luciano Oliveira, para a Ordem dos Advogados do Brasil "a ação dos militares foi percebida, no início, como uma intervenção passageira destinada justamente a salvaguardar a ordem constitucional liberal ameaçada pela "república sindicalista" de Goulart e Brizola. Nesse caso, o apoio inicial seria coerente com a missão deferida pela lei à OAB, de defensora da ordem constitucional. Os acontecimentos subseqüentes deveriam naturalmente levá-la a uma posição de crítica ao regime".[6]

Embora só assumisse posicionamento contrário ao regime militar em 1974, ainda no período pré-AI5, os advogados, por razões de ofício, tomavam conhecimento dos excessos do regime, sendo, pois, muito arriscado patrocinarem causas de presos políticos. Aqueles que o faziam eram intimidados, ameaçados e alguns, como Augusto Sussekind e Heleno Fragoso,

---

[4] OLIVEIRA, Luciano. Imagens da Democracia – Os Direitos Humanos e o Pensamento Político de Esquerda no Brasil. Recife: Pindorama, 1996, p. 48.

[5] FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. As Organizações Não Governamentais e a Defesa dos Direitos Humanos no Brasil. Recife, Dissertação de Mestrado em Direito: UFPE, 1988, p. 30.

[6] OLIVEIRA, Luciano. ob. cit., p. 50-51.

chegaram mesmo a ser presos. O advogado, portanto, tinha uma grande dificuldade de defender presos políticos, sendo pouco atrativo tal filão da advocacia dentro de um regime autoritário que se fortalecia.

2.2. O AI5 e a era Médici: "os anos de chumbo"

Os chamados "anos de chumbo" foram conseqüência de um processo de endurecimento e radicalização do regime autoritário, onde os lados opostos passaram a lutar em vertentes extremas.

Com a ascensão do general Costa e Silva ao poder, a linha dura dos militares passou a prevalecer e as soluções ainda mais autoritárias não tardaram a ser impostas.

Logo no início do seu governo, Costa e Silva teve que enfrentar uma onda de protestos por todo o país. Líderes políticos de grande expressão como os ex-presidentes João Goulart e Juscelino Kubitschek, além do sempre polêmico Carlos Lacerda, integravam a Frente Ampla, órgão de oposição extraparlamentar, tendo Lacerda, em fins de 1967, proferido discursos agressivos contra o regime militar.

Em 1968, os estudantes saíram às ruas para protestar contra a ditadura, surgindo mais conflitos entre eles e a polícia, terminando por ocorrer o brutal assassinato do estudante Edson Luís, menor de idade e sem envolvimento com movimentos políticos estudantis ou partidários, quando fazia refeição no restaurante Calabouço, Rio de Janeiro. Tal assassinato causou indignação não somente entre os estudantes, mas em toda a sociedade, o que culminou na famosa "Passeata dos cem mil", a maior manifestação pública contrária ao regime militar. Os estudantes também tentaram realizar um congresso para reorganização da extinta UNE em Ibiúna, São Paulo, que terminou sendo desmantelado pelo aparelho repressivo que intensificava as arbitrariedades, na mesma proporção dos protestos.

Esse clima de intensa agitação que tomou o país levou o governo linha-dura a adotar medidas extremas para a contenção da "subversão". O principal instrumento dessas medidas foi o famoso Ato Institucional nº 5 (mais conhecido como AI5), o instrumento jurídico de maior arbítrio e autoritarismo da História do Brasil, que pôs o Congresso em recesso por tempo indeterminado e permitiu ao governo as mais atrozes violências e arbitrariedades sem o menor controle de legalidade ou de justiça das medidas adotadas. A oposição legal que já era débil, tornou-se inexistente, levando os oposicionistas a uma única saída: a oposição clandestina.

Surgiram inúmeras organizações clandestinas, algumas delas praticando a luta armada contra o regime, sob a forma de guerrilhas urbanas e seqüestros de embaixadores, como os dos Estados Unidos e da Suíça. Para estas, era o único caminho que a ditadura militar deixava para a oposição, pois o próprio MDB (a oposição consentida) passava a ser praticamente idêntico à ARENA, sendo, como se dizia na época, um, o partido do "sim" e o outro, o partido do "sim senhor".[7]

Como já era de se esperar, o desrespeito aos direitos humanos em tal período foi algo assustador, fazendo parecer o período anterior "brando" em comparação com os "anos de chumbo". A tortura, por exemplo, passou a ser algo sistemático e rotineiro contra os prisioneiros políticos, tendo funcionado verdadeiras escolas de tortura, utilizando inclusive presos-cobaias para ensinamentos sobre a tortura. Apenas um dos inúmeros exemplos que a famosa publicação "Brasil: Nunca Mais – Um Relato para a História", serve para explicitar o afirmado, o depoimento de Murilo Pinto da Silva, de 22 anos, ao Conselho de Justiça Militar, em Juiz de Fora, 1970: "quando esteve na PE-GB, o interrogado e seus companheiros serviram de cobaia a demonstrações práticas de torturas em aulas ministradas a elementos das forças armadas;".[8] Muitos outros relatos podem ser vistos nas páginas 31 a 52 da referida obra.

Para uma institucionalização formal da repressão, foram criados o Destacamento de Operações de Informações e o Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI), formalizando-se no Exército um comando que centraliza as ações das demais Armas e das polícias federal e estadual, no âmbito da repressão, contando, ainda, a nível estadual, com o auxílio do Departamento de Ordem Política e Social (DOPS).[9]

O Estado tornou-se então definitivamente um Estado de "exceção", governando pelo terror governamental institucionalizado. O ente estatal passou a ser o principal delinqüente, cometendo as mais terríveis atrocidades contra a pessoa humana, servindo, não de promotor do direito e da justiça, mas do arbítrio e do terror.

Com tal intensidade de desrespeito aos direitos humanos mais fundamentais por parte do Estado, a saída estava nos grupos de defesa dos direitos humanos que procuravam ainda mais o respaldo eclesiástico para denunciar as atrocidades cometidas e defender o direito das pessoas à integridade física e mental, além do próprio direito à vida. A importância de

[7] POERNER, Artur José. ob. cit., p. 296.

[8] Brasil: Nunca Mais – Um Relato para a História. 10ª ed. Petrópolis: Vozes, 1985, p. 32.

[9] LEAL, Rogério Gesta. Direitos Humanos no Brasil: Desafios à Democracia. Porto Alegre: EDUNISC/Livraria do Advogado, 1997, p. 124.

figuras como Dom Paulo Evaristo Arns e Dom Hélder Câmara nesse período é de vital necessidade para os grupos de defesa dos direitos humanos e a ditadura militar tem consciência disso e tenta denegrir a imagem de tais bispos progressistas, tachando-os de comunistas e difamadores da imagem do Brasil no exterior, como ocorreu com Dom Hélder que foi chamado de "Fidel Castro de batina" pelo governador de São Paulo, Abreu Sodré, e como tais ataques pessoais não surtiram efeito, o regime apelou para a censura, proibindo a imprensa de fazer qualquer referência, mesmo crítica, à pessoa de Dom Hélder.[10]

As retaliações ao religioso pernambucano não foram somente as dessa ordem. Grupos paramilitares ligados a organizações de extrema direita promoveram inúmeros assassinatos de religiosos progressistas, dentre os quais o que teve maior repercussão foi o do padre Antônio Henrique Pereira Neto, amigo pessoal e colaborador direto de Dom Hélder. Em 27 de maio de 1969, seu corpo foi encontrado em um matagal próximo ao bairro da Cidade Universitária, em Recife. Seu cadáver apresentava sinais de tortura: várias facadas e hematomas no tórax e no rosto, duas balas no crânio e no pescoço. A *causa mortis* constatada pela necrópsia indicava asfixia provocada por enforcamento.[11]

Os próprios processos em que se apuravam os "crimes" contra a segurança nacional estavam eivados de desmandos e irregularidades, chegando ao ponto de se condenar pessoas de que nem mesmo se tinha certeza se eram culpadas de tais "crimes", invertendo o famoso brocardo latino *in dubio pro reo*, insculpido como princípio fundamental do processo penal, para um *in dubio pro condenação*. Foi o caso do professor Guilherme Simões Gomes, de Ribeirão Preto, São Paulo, que, em 1969, foi acusado de praticar atos destinados a provocar guerra revolucionária, de fazer propaganda subversiva e de portar armas privativas das forças armadas. No entanto, a própria sentença admitia a inexistência de certeza: "Embora bastante estranha a participação do réu nos fatos, a se tomar por verdadeiras as alegações que faz em Juízo, vê-se o Conselho, quanto a este acusado, em situação de dúvida definitiva, que há de pesar em favor dele".[12] Em seguida, contraditoriamente decidem pela condenação do réu sem ao menos ter a certeza de que o mesmo fosse culpado, com um raciocínio do tipo "é melhor que cem inocentes morram do que um só culpado escape", raciocínio inaceitável em qualquer circunstância.

---

[10] OLIVEIRA, Luciano. ob. cit., p. 50.

[11] CAVALCANTI, Paulo. O Caso Eu Conto Como o Caso Foi – Memórias Políticas. 2º vol. Recife: Guararapes, 1980, p. 291.

[12] Brasil: Nunca Mais..., p. 194.

As violências do Estado de exceção foram tantas, que, por vezes, se invertiam os papéis e a figura do bandido (muitas vezes os revolucionários e dissidentes políticos, não bandidos propriamente ditos) era vista com menos desconfiança do que a própria polícia autoritária, tal como nos fala Chico Buarque na sua canção "Acorda amor", onde o compositor, ao invés de chamar a polícia, que torturava e matava, clamava pelo "ladrão".[13]

Portanto, apesar do "milagre econômico", da história de se repartir o "bolo", do ufanismo do "Pra Frente Brasil", "Ninguém Segura Este País" e "Brasil, Ame-o ou Deixe-o", de tudo que aparentemente parecia bom na era Médici, os direitos humanos eram desrespeitados com uma intensidade talvez nunca vista no Brasil, encontrando um possível paralelo apenas na ditadura do Estado Novo.

Em 1973, quando o "milagre" começou a dar sinais de debilidade, foi possível, passada a euforia ufanista, perceber a miséria em que vivia a maior parte da população, ao ponto do próprio Médici, em visita ao Nordeste, admitir que "o governo vai bem, mas o povo vai mal".[14] A essa altura, o governo, mediante o terror, a tortura, os assassinatos e as perseguições, já aniquilara todas as organizações de luta armada contra o regime, tornando-se a Igreja, mais do que nunca, um apoio importante na luta das entidades não governamentais pelos direitos humanos, pois era a "única instituição brasileira fora do controle do Estado militar".[15]

Mesmo com as organizações de resistência armada ao regime destruídas, o fracasso do "milagre" que terminara por não dividir o "bolo", acarretou a percepção social da real ilegitimidade do governo Médici, sendo então substituído pelo general Geisel, inaugurando uma nova fase no Estado autoritário dos militares.

2.3. A "distensão" de Geisel

Com a crise econômica e o fim do "milagre", ruía o principal sustentáculo do regime autoritário. O general Geisel assume a presidência do Brasil nessa conjuntura e seu discurso inicial promete uma disposição de quebrar a rigidez do sistema político, falando-se em um processo de "distensão". Tal promessa ficou muito mais no discurso do que em ações

[13] OLIVEIRA, Luciano. Democracia e Direitos Humanos. Direito e Democracia. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996, p. 173.

[14] BALDUÍNO, Dom Tomás. A Corrupção do Estado e a Miséria do Povo. Anais da XV Conferência Nacional da OAB. Foz do Iguaçu, 1994, p. 352.

[15] OLIVEIRA, Luciano. Imagens da Democracia – Os Direitos Humanos e o Pensamento Político de Esquerda no Brasil. Recife: Pindorama, 1996, p. 49.

concretas, já que as posturas de Geisel foram bastante ambíguas, sendo justificadas pelos assessores mais próximos do presidente sob o argumento de que o projeto de distensão só seria viável se fossem feitas concessões, em momentos adequados, aos chamados "duros".[16]

Tais concessões terminaram em mais desrespeitos aos direitos humanos. Mal Geisel assumiu, os "duros" assassinaram, sem nenhuma justificação plausível, o jornalista Wladimir Herzog. Nas mesmas circunstâncias, foi assassinado, no ano seguinte, o operário Manoel Fiel Filho. Ambos os casos foram comunicados como "suicídios", em notas distribuídas à imprensa pelo comandante do II Exército, general Ednardo D'Ávila Mello, tido como "duro". O presidente Geisel resolveu então ir de encontro aos "duros" e destituiu o general Ednardo, não havendo depois "excessos" da mesma natureza.[17]

No entanto, Geisel continuou com medidas autoritárias como o famoso Pacote de Abril, em 1977, onde fechou o Congresso, estabeleceu definitivamente as eleições indiretas para governador de Estado, criou a figura do senador "biônico" e ampliou o mandato presidencial para seis anos, sendo tais medidas um verdadeiro acinte à democracia.

Tivemos, entretanto, muitos acontecimentos positivos. Em 1977, houve a célebre leitura da "Carta aos Brasileiros" feita pelo Prof. Goffredo da Silva Teles, reclamando o retorno imediato do país ao Estado de Direito, onde seguiu-se, em São Paulo, uma manifestação de rua, reunindo cerca de três mil pessoas, coisa que há muito não se via.[18] Tivemos a atuação firme da OAB em defesa dos direitos humanos, iniciando com a Conferência Anual da OAB, em 1974, que teve como tema "O Advogado e os Direitos Humanos". Houve a guerra psicológica das famílias dos desaparecidos contra o Estado de exceção torturador. Os familiares, embora pouco esperançosos, questionavam o poder oficial, pedindo-lhe explicações sobre quem os matou, quando, como e onde estão seus corpos. Tristão de Athayde, em artigo publicado no Jornal do Brasil, perguntava, em outubro de 1974, até quando haveria no Brasil, "mulheres que não sabem se são viúvas, filhos que não sabem se são órfãos, criaturas que batem em vão em portas implacavelmente trancadas, de um Brasil que julgávamos ingenuamente isento de tais insanas crueldades?".[19] Tal guerra psicológica teve um efeito importante, pois, como afirma Luciano Oliveira[20], ela

[16] KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denize Maria Frayze. História do Brasil. 7ª ed. São Paulo: Atual, 1996, p. 337.
[17] Idem, ibidem, p. 337.
[18] OLIVEIRA, Luciano. ob. cit., p. 53.
[19] Idem, ibidem, p. 54.
[20] Idem, ibidem, p. 53

forçava o regime militar a mentir descaradamente cada vez mais, o que terminou resultando em um grande descrédito social em relação a ele.

Em março de 1977 tivemos a volta dos estudantes às ruas. Apesar da repressão, cerca de três a quatro mil estudantes saíram do campus da USP, em São Paulo, em passeata pelas ruas paulistanas, onde lançaram uma "Carta Aberta à População", em meio a um grande congestionamento na capital paulista.[21]

Em fevereiro de 1978, começaram a surgir os Comitês Brasileiros pela Anistia que lançaram uma campanha por uma anistia ampla, geral e irrestrita, defenderam os presos políticos que reagiam às condições carcerárias com greves de fome, e ainda sistematizaram denúncias sobre torturas assassinatos e desaparecimentos políticos.[22] Conseqüentemente, as entidades de defesa dos direitos humanos passaram a ter mais respaldo social e a cumprir com mais eficácia os seus objetivos.

Toda essa movimentação da sociedade brasileira, aliada ao desgaste sofrido pela ditadura militar, terminou por forçar uma abertura, que iniciou de forma concreta no governo Figueiredo.

2.4. A "abertura" de Figueiredo

Onde podemos afirmar ter havido uma real distensão foi sob o governo do general Figueiredo, o último dos presidentes militares.

Pela pressão dos CBAs, em agosto de 1979, é votada a Lei da Anistia. Não era a lei que os CBAs desejavam, pois ela anistiava também as atrocidades dos torturadores, mas o principal foi conquistado, com a libertação de quase todos os presos políticos, e o conseqüente esvaziamento das prisões, e o retorno dos exilados ao Brasil.

Posteriormente, permitiu-se a eleição direta para governadores e senadores, em 1982, e uma conseqüente reorganização partidária, sendo suprimido o bipartidarismo anterior por um pluripartidarismo.

Entretanto, a reação da extrema direita não tardou a chegar. Inconformados com a nova situação e sentindo-se sem espaço político, partiram para a promoção de atentados terroristas contra simpatizantes da esquerda, entre estes, destacando-se os do Riocentro, onde explodiram duas bombas em um show comemorativo do dia do trabalho. Tais atitudes, no entanto, foram isoladas e não tiveram força para impedir o inevitável processo de redemocratização que ganhava cada vez maior vulto.

---

[21] POERNER, Artur José. ob. cit., p. 302-303.
[22] Brasil: Nunca Mais..., p. 67.

Quando da saída do poder do último dos presidentes militares, e tendo sido entregue a presidência a um civil, iniciou-se o período chamado Nova República. Mas antes mesmo de tal período, já se debatia nas entidades de direitos humanos que estas deveriam assumir um novo papel. É o que discutiremos a seguir.

3. Defesa dos direitos humanos sob o regime democrático: a "Nova República" e as perspectivas da defesa dos direitos humanos no período pós-ditatorial

A defesa dos direitos humanos no Brasil, até 1979, significou praticamente a defesa da dignidade humana e da vida dos presos políticos. Era basicamente uma esfera de defesa dos direitos humanos individuais, sem nenhuma dúvida, de fundamental importância tal atuação dos grupos de defesa dos direitos humanos. Com a anistia e a libertação dos presos políticos, pareceu esvaziar-se o objeto da atuação dessas entidades, pois o objetivo parecia atingido. No entanto, apesar da perspectiva de desaparecimento de um movimento em favor dos direitos humanos, o que se verificou foi o inverso. Em 1982, na cidade de Petrópolis, foi realizado o I° Encontro Nacional de Direitos Humanos, tendo a participação de 35 entidades. No ano seguinte, realizaram o II° Encontro, em Taboão da Serra/SP, desta feita com 64 entidades. Em 1984, o III° Encontro teve a presença de 87 organizações em Vitória/ES e no ano seguinte, em Olinda, esse número subiu para 97 entidades participantes, o que demonstra, ano a ano, o crescimento significativo de um movimento de alcance nacional de defesa dos direitos humanos, ainda nos últimos dias do regime militar.[23]

Isso ocorreu porque, embora não houvesse mais prisioneiros políticos, existiam outros encarcerados, não só os criminosos "comuns", mas também os loucos e os menores. A defesa dos direitos humanos desses era necessária, assim como tornou-se necessário defender os direitos humanos sociais e econômicos, como educação, saúde, habitação, emprego, remuneração condigna e outros direitos de alcance não meramente individual, mas sobretudo social. Todas as entidades que buscam a defesa de tais direitos estão ligadas, direta ou indiretamente, à questão dos direitos humanos.

Podemos perceber que os direitos humanos passaram a ter um caráter de maior complexidade e diversidade, tendo em vista a complexidade e diversidade da própria sociedade. Até grupos de luta contra o racismo, a discriminação e o preconceito em relação aos negros, homossexuais, deficientes físicos e

[23] FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. ob. cit., p. 12-13.

mulheres, são entidades integradas à luta pelos direitos humanos, pois a busca de respeito à dignidade humana de tais pessoas é algo notadamente emancipador e progressista. Houve, portanto, uma ampla integração das diversas camadas sociais na questão dos direitos humanos, já que muitos setores da vida social estiveram representados nessa luta, como se pôde ver. Tal integração culminou com a oficialização de um Movimento Nacional dos Direitos Humanos em janeiro de 1985, quando da realização do IV° Encontro Nacional de Direitos Humanos.

Tal ampliação do número de organizações não governamentais de defesa dos mais variados direitos humanos não afastou as entidades que já o faziam antes da redemocratização do país, das quais as principais foram a Igreja Católica e a OAB. A Igreja continuou com os seus braços de luta pelos direitos humanos, como as Comissões de Justiça e Paz e as Comissões Pastorais da Terra, só para termos dois exemplos. Por sua vez, a OAB criou um comitê de direitos humanos, na gestão de Eduardo Seabra Fagundes, tendo sido transformado, posteriormente, em uma comissão permanente, vinculada ao Conselho Federal, comissão que atua principalmente na fiscalização da observância dos direitos humanos por parte das autoridades estatais.

A atuação de tantas organizações diversas, muitas delas representativas dos anseios de larga escala da população, levou os direitos humanos à discussão na Assembléia Nacional Constituinte que, por fim, terminou consagrando na Constituição de 1988 uma gama bastante extensa de direitos e garantias fundamentais para os cidadãos brasileiros. Deu-se, portanto, uma consagração formal de tais direitos na lei maior do país a partir de 1988 em substituição à Carta do período autoritário. Infelizmente, isso não significou a sua consagração real, pois "mil decretos não têm o poder de dar comida, casa, saúde e educação de uma hora para outra".[24] Tem sido difícil a consagração real de tais direitos no Brasil, bastando para isso observar a realidade nacional de um modo geral, como nos descreve, por exemplo, Álvaro Augusto Ribeiro Costa, em sua conferência "Proteção aos Direitos do Homem, feita na XV Conferência Nacional da OAB, em Foz do Iguaçu, 1994.[25]

No entanto, não se pode deixar de perceber que a própria ampliação formal de direitos humanos é um reflexo das mudanças ocorridas na sociedade brasileira, havendo um anseio de muitos setores sociais oprimidos ou discriminados pela multiplicação desses direitos, não só teórica, mas

[24] OLIVEIRA, Luciano. Democracia e Direitos Humanos. Direito e Democracia. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996, p. 180.

[25] COSTA, Álvaro Augusto Ribeiro. Proteção aos Direitos do Homem, Anais da XV Conferência Nacional da OAB. Foz do Iguaçu, 1994, p. 557-561.

pragmaticamente. Sem sombra de dúvida, há uma estreita conexão entre mudança social e surgimento de novos direitos humanos (aqui nos referimos ao surgimento social concreto e não abstrato ou metafísico), pois tais direitos são um fenômeno social, embora possam ser examinados sob outros pontos de vista (filosófico, jurídico, econômico) que não o sociológico.

Em uma análise jurídico-sociológica, Norberto Bobbio constata que a multiplicação dos direitos humanos ocorreu basicamente por três motivos: a) "aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela"; b) "foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem"; c) "o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc." Ainda afirma o célebre jurista italiano que "entre esses três processos, existem relações de interdependência: o reconhecimento de direitos *de* (onde "de" indica o sujeito) implica quase sempre o aumento de direitos *a* (onde "a" indica o objeto)".[26]

Partindo da análise de Bobbio, é possível a percepção de que a mudança social e as mudanças no próprio Direito são constantes e estão em permanente interatividade em todas as sociedades contemporâneas.[27] Isso também ocorre no que diz respeito aos direitos humanos como parte do próprio Direito e é facilmente perceptível na realidade brasileira, principalmente a partir da redemocratização do país, quando a mudança social acarretou a multiplicação dos direitos humanos, da forma como nos fala Bobbio.

Os avanços nessa multiplicação, no entanto, são apenas formais, em sua maioria. As organizações não governamentais de defesa dos direitos humanos continuam atuando com grandes dificuldades das mais diversas ordens. Desde a falta de interesse do próprio Estado para respaldar a atuação de tais organizações (quando o próprio Estado não é o delinqüente[28]) até a dificuldade material de pessoas dispostas a levar adiante um trabalho de defesa dos direitos humanos que não é rentável financeiramente e, ao mesmo tempo, é bastante desgastante. Para uma compreensão dessa dificuldade material, basta observarmos o que ocorre com os advogados. Em um levantamento feito por Miguel Pressburger, coordenador do AJUP – Apoio Jurídico Popular, no Rio de Janeiro, no final da década de 80, existiam cerca de vinte mil advogados

[26] BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. trad. COUTINHO, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 68.

[27] SOUTO, Cláudio & Solange. ob. cit., p. 334.

[28] FONSECA, Jairo Gonçalves. O Estado Delinqüente. Anais da XV Conferência Nacional da OAB. Foz do Iguaçu, 1994, p. 365-369.

militantes nas mais diversas áreas, ao passo que os advogados que prestavam seus serviços profissionais a organizações defensoras dos direitos humanos, chegavam, no máximo, a trinta, existindo, em todo o Brasil, cerca de trezentos.[29]

As dificuldades são ainda maiores quando observamos a resistência e a hostilidade, muitas vezes por desinformação ou conhecimento distorcido da realidade, da própria sociedade em relação aos defensores dos direitos humanos, que, desde que não houve mais prisões políticas, ficaram no conhecimento popular como "defensores de bandidos". Basta assistirmos aos programas policiais que nos são mostrados pela mídia radiofônica e televisiva (programas como "A Cadeia" e similares, que muitas vezes exaltam as ações de policiais "corajosos" que eliminam bandidos) para constatarmos a apologia da violência policial contra os bandidos e o desprezo pelos militantes humanistas. Tal temática será abordada a seguir.

3.1. A questão do criminoso "comum"

Como já afirmamos, até a anistia, em 1979, a defesa dos direitos humanos no Brasil era a defesa dos presos políticos. A partir desse ano, a atuação dos grupos que procediam a essa defesa passou a ter outras vertentes de luta, entre elas a questão do prisioneiro "comum". Essa terminologia é utilizada para o diferenciarmos do prisioneiro político. Os prisioneiros comuns são justamente os delinqüentes das mais variadas espécies, desde o ladrão de pequenos furtos, como o batedor de carteira, o "trombadinha", até o traficante e o assassino frio e cruel. Apesar do seu comportamento anti-social e também das próprias violações dos direitos humanos que pratica com atrocidades, são seres humanos que, embora não possam permanecer livres enquanto mantiverem tal comportamento ou possibilidade deste, não podem ter violada a sua integridade física e moral por qualquer razão (ou mesmo sem razão), como vem acontecendo. Não sabemos o que levou o criminoso a praticar um ato delituoso dessa natureza, as condições sociais em que viveu, os traumas que sofreu, os males e as violências de que também foi vítima, e a proposta inicial, no nosso entender, deve visar a recuperação do prisioneiro, o condicionamento do seu comportamento para que possa novamente viver em sociedade. Por esses motivos, entre outros, é que as organizações de defesa dos direitos humanos assumiram um novo papel que terminou por não ser muito bem visto pela população em geral.

[29] OLIVEIRA, Luciano. Imagens da Democracia – Os Direitos Humanos e o Pensamento Político de Esquerda no Brasil. Recife: Pindorama, 1996, p. 58.

Esse novo comportamento social em relação aos direitos humanos tem uma explicação bastante lógica. Quando a defesa dos direitos humanos era feita para livrar da prisão, da tortura e da morte aqueles que tinham cometido "crimes políticos", a sociedade em geral via com mais simpatia essa atuação, pois os que estavam sujeitos a crueldades e abusos por parte do Estado eram pessoas idealistas ou adeptos de ideologias contrárias ao regime repressor, e mesmo suas atitudes criminosas, como assaltos e seqüestros, existiam por falta de condições de se combater o regime autoritário pelas vias normais. A partir do momento em que essa defesa passou a atuar em favor dos criminosos comuns, a opinião pública não teve a mesma simpatia. O que na verdade chocou a sociedade não foram os atos cruéis e violentos da tortura e do assassinato que faziam parte da atividade repressora, mas as pessoas que tais atos atingiam. Com presos políticos seria absurdo, mas com criminosos comuns, como, aliás, é prática não rara, os atos aos quais nos referimos seriam perfeitamente aceitáveis, pois pessoas como os criminosos não mereceriam ter direitos humanos, já que "tem direitos quem anda direito".

Esse comportamento da sociedade se deve em parte à escalada de violência que assola os nossos dias, principalmente na zona urbana do país. Os males sociais como desemprego, fome, miséria, falta de educação, saúde, habitação, para não falarmos em uma crise moral e ética que atravessa a sociedade mercadológica, aliada a governantes tecnocratas e sem sensibilidade humana, que só vêem o mercado como prioridade, têm proporcionado o aumento da violência em todos os níveis. A violência torna-se uma reação inconsciente a tudo isso da forma mais errônea possível, pois não é uma luta pela construção de uma sociedade melhor, mas uma autodestruição social.

Daí surge o temor da sociedade a esses elementos de comportamento destrutivo e anti-social, e pensa-se ser melhor e mais simples e rápido a destruição pura e simples desses criminosos, sendo melhor eles mortos do que vivos. Basta lembrar a reação da sociedade diante daquele terrível episódio do massacre no Carandiru, em São Paulo. Luciano Oliveira destaca que "a opinião pública sentiu-se, para dizer o mínimo, aliviada com a supressão de 111 bandidos."[30] Isso é grave, sobretudo pela crueldade do verdadeiro extermínio em massa feito no presídio citado, de forma completamente desproporcional e desmedida. Antes mesmo do acontecimento, um membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB denunciou que chamar uma tropa de choque como a ROTA e colocá-la para invadir o presídio resultaria inevitavelmente em execuções sumárias (como ocorreu) e violências desnecessárias, afirmando

[30] OLIVEIRA, Luciano. Democracia e Direitos Humanos. Direito e Democracia. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996, p. 174.

categoricamente que "só um homicida compulsivo poderia chamar a ROTA".[31] Isso levou Jairo Gonçalves da Fonseca a chamar o Estado brasileiro de "Estado delinqüente", por descumprir acintosamente aquilo que ele próprio estabeleceu, tornando-se o maior dos infratores.

Para uma maior conscientização em relação aos direitos humanos, torna-se necessária uma educação voltada para a cidadania, a partir das próprias escolas. Desse tipo de educação a polícia não pode prescindir, já que é ela que lida diretamente com a segurança da população, tendo a atribuição legal e legítima do uso da força coativa para coibir os delitos, se necessário e na devida proporção da necessidade. Perceba-se bem, o uso da força não deve ser regra geral, mas a exceção quando não se possa coibir o ato delituoso de outra maneira. Se assim não for, descambaremos para o arbítrio e o abuso de poder sem controle e sem limites. Tal prática, infelizmente, parece fazer parte do cotidiano da Polícia Militar no Brasil.

Essa postura da Polícia Militar tem raízes no período autoritário. Considerada força auxiliar do Exército, a Polícia Militar atuou diretamente na repressão política de acordo com os ditames da ideologia da segurança nacional. Quando sua atividade deixou de ser a repressão política para ser a repressão à criminalidade comum, a filosofia policial continuou sendo a da guerra interna, ou seja, do combate ao inimigo. Como salienta Saraiva Straus, o resultado de tudo isso é o "despreparo da Polícia Militar para atuar ao lado da população, como um serviço social, equiparado aos serviços de saúde e educação, e destinado à proteção da vida e do patrimônio".[32] A solução para esses problemas levantados passa necessariamente por uma educação policial para a cidadania, aliada ao fim da impunidade para os que cometeram violências abusivas e desproporcionais. Note-se que não estamos falando de qualquer violência, mas da violência abusiva e desproporcional, pois a polícia pode deve intervir violentamente para garantir a segurança da sociedade (aliás, é a sua obrigação), desde que o faça com moderação e apenas quando necessário, o que só se dará, ao nosso ver, com a adoção da solução apontada.

4. Considerações finais

Se quisermos tratar de defesa dos direitos humanos de forma séria e coerente, não podemos prescindir de um debate em torno de todas essas questões que envolvem a problemática desses direitos. Tal debate é bastante

[31] FONSECA, Jairo Gonçalves. ob. cit., p. 366-367.

[32] STRAUS, Flávio Augusto Saraiva. Proposta de uma Nova Política de Segurança Penitenciária. Anais da XV Conferência Nacional da OAB. Foz do Iguaçu, 1994, p. 372.

complexo e para muitos desinteressante, principalmente nessa época de exaltação do livre mercado, tudo gira em torno dele, consideram-no um verdadeiro Deus, e como nos fala Dom Tomás Balduíno, "é a vida humana, animal e vegetal sacrificada ao ídolo Mercado."[33]

Em uma época de tantas adversidades, é mais árdua e difícil a tarefa dos defensores dos direitos humanos, mas é necessária e não podemos prescindir dela. Não se pode colocar simplesmente homens e mulheres a serviço desse novo Leviatã chamado mercado, pois reduz-se o ser humano a uma mercadoria, sem respeito à sua dignidade e integridade como pessoa. O mercado deve existir para o bem da humanidade e não a humanidade para o bem do mercado.

A defesa dos direitos humanos tem um importante papel na sociedade contemporânea. O humanismo é um dos grandes bastiões da dignidade da pessoa humana e assim deve continuar sendo, com uma atuação combativa dos militantes teóricos e práticos dos direitos humanos para que possamos avançar e não retroceder na busca de uma sociedade e de uma humanidade melhor.

5. Bibliografia

1. BALDUÍNO, Dom Tomás. "A Corrupção do Estado e a Miséria do Povo", *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*, Foz do Iguaçu, 1994, 352-357.
2. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992.
3. BRASIL: NUNCA MAIS – UM RELATO PARA A HISTÓRIA, Petrópolis, Vozes, 10ª ed., 1985.
4. CAVALCANTI, Paulo. *O Caso Eu Conto Como o Caso Foi – Memórias Políticas*, 2º vol., Recife, Guararapes, 1980.
5. COSTA, Álvaro Augusto Ribeiro. "Proteção aos Direitos do Homem", *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*, Foz do Iguaçu, 1994, 557-561.
6. FONSECA, Jairo Gonçalves da. "O Estado Delinqüente", *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*, Foz do Iguaçu, 1994, 365-370.
7. FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. *As Organizações Não Governamentais e a Defesa dos Direitos Humanos no Brasil*, Recife, Dissertação de Mestrado, UFPE, 1988.

[33] BALDUÍNO, Dom Tomás. ob. cit., p. 355.

8. KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *História do Brasil*, São Paulo, Atual, 7ª ed., 1996.

9. LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil: Desafios à Democracia*, Porto Alegre, EDUNISC/Livraria do Advogado, 1997.

10. OLIVEIRA, Luciano. *Imagens da Democracia – Os Direitos Humanos e o Pensamento Político de Esquerda no Brasil*, Recife, Pindorama, 1996.

11. _____. "Democracia e Direitos Humanos", *Direito e Democracia*, Florianópolis, Letras Contemporâneas, 1996, 171-185.

12. POERNER, Artur José. *O Poder Jovem*, São Paulo, CMJ, 4ª ed., 1995.

13. SOUTO, Cláudio & Solange. *Sociologia do Direito – Uma Visão Substantiva*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 2ª ed., 1997.

14. STRAUS, Flávio Augusto Saraiva. "Proposta de uma Nova Política de Segurança Penitenciária", *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*, Foz do Iguaçu, 1994, 371-378.

DADSF
Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho

O quinto número da Revista Acadêmica consagra de vez uma iniciativa de um grupo de estudantes que acreditou que só se contrói o verdadeiro espírito de Academia reunindo o ensino, a pesquisa e a extensão universitária. Podemos dizer que a Revista agora está viva, não mais engatinha, mas já adquire maturidade que a Faculdade de Direito do Recife merece.

Sentimos seu pulso quando observamos a qualidade dos textos, quando se vê sua distribuição sendo ampliada por todo país, quando estudantes de diversas Universidades enviam seus artigos. Tudo isso demonstra a grandeza de uma pubicação estudantil que já rompe as barreiras de nossa Casa de Tobias.

O DADSF GESTÃO "INTERAGINDO" AGRADECE A TODOS QUE LUTAM PELO ENGRANDECIMENTO DA NOSSA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE:

Prof. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti
Reitor: Mozart Neves Ramos
Vice-Reitor: Geraldo José Marques Pereira
Prof. João Maurício Leitão Adeodato
Profa. Cristina Figueiredo
Presidente da OAB/PE Prof. Aluisio Xavier
Prefeito do Recife Prof. Roberto Magalhães
Prof. Ariano Suassuna
Prof. Sílvio Neves Baptista
Prof. José Gláucio Veiga
Prof. Nelson Nogueira Saldanha
Prof. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
Prof. William da Costa Pinheiro
Profa. Nilcéa Maria Barbosa Maggi
Prof. Sylvio Loreto

Saudações estudantis
Hugo Sarubbi Cysneiros
Presidente do DADSF

a Sg.
em 24/10/99
por [illegible]

Jns. 1/2019

renovada
P/ 8 lea
30/11/99