

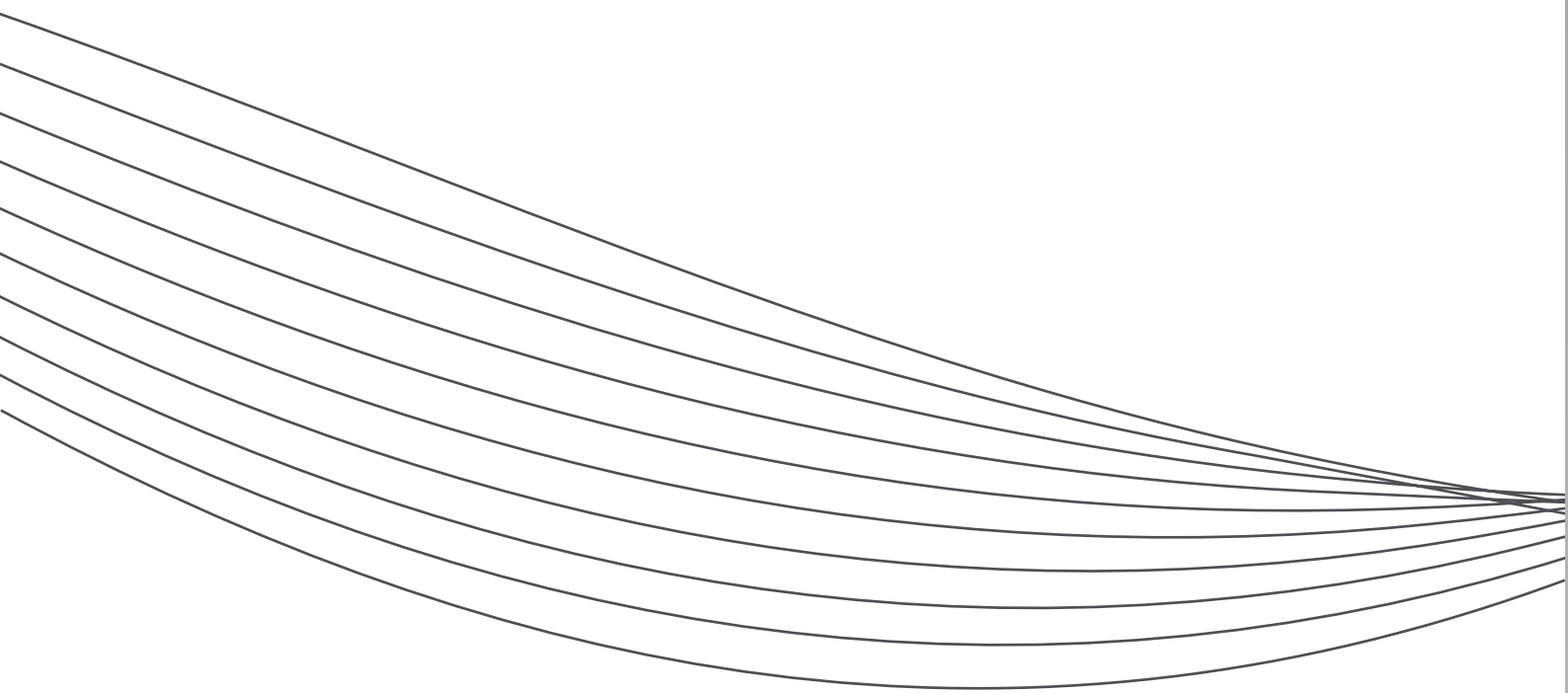
FEOS



REVISTA JURÍDICA DA FACULDADE DE DIREITO - V. II - N° I - ANO I

ISSN 1980—7430

DOM
BOSCO



FEOS



DOM
BOSCO

EOS — Revista Jurídica da Faculdade de Direito / Faculdade Dom Bosco. Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito. — v. 2, n. 1 (jul./dez. 2007) — . — Curitiba: Dom Bosco, 2007 — .

Semestral.

ISSN 1980—7430

1. Direito – Periódicos. I. Faculdade Dom Bosco. Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito.

CDD 340

EOS

Revista Jurídica da Faculdade de Direito
ISSN 1980—7430

DIRETOR-PRESIDENTE DO GRUPO EDUCACIONAL DOM BOSCO

Luiz Fernando Villas Bôas

PRESIDENTE DO CONSELHO CORPORATIVO DO GRUPO EDUCACIONAL DOM BOSCO

Ricardo Elias Nakid

DIRETOR DO CAMPUS MARUMBY

Augusto César Tosin

COORDENADOR DO CURSO DE DIREITO

Prof. Msc. Evilágio Gentil de Souza Neto
Prof. Msc. Luciano Tinoco Marchesini

COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

Prof. Msc. Roggi Attilio Ercole Filho

COORDENADORA DO NÚCLEO DE PESQUISA DO CURSO DE DIREITO

Profa. Dra. Michele Catherin Arend

COORDENADORA DO NÚCLEO DE MONOGRAFIA

Profa. Msc. Carmen Pick Schimidt

COORDENADORA DA REVISTA CIENTÍFICA DO CURSO DE DIREITO — EOS

Profa. Msc. Tais Martins

COMISSÃO EDITORIAL

Prof. Dr. Aloísio Surgik
Profa. Msc. Ana Carla Hamatiuk
Profa. Esp. Carolina Fátima de Souza Alves
Prof. Msc. Cristiano Dionísio
Prof. Msc. Evilásio Gentil de Souza Neto
Profa. Dra. Gisela Maria Bester
Profa. Msc. Kátia Regina Isaguirre Torres

Prof. Msc. Marcelo Miguel Conrado

Prof. Msc. Marcos Alves da Silva

Prof. Msc. Marcus Paulo Rycembel Boeira

Profa. Dra. Maria Berenice Dias

Profa. Dra. Marielda Ferreira Pryjma

Prof. Esp. Robinson Marçal Kaminski

Profa. Msc. Romualdo Flávio Dropa

Profa. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro

Profa. Msc. Tais Martins

Prof. Msc. Walter Guandalini Junior

Prof. Dr. Zulmar Fachin

JORNALISTA RESPONSÁVEL

Verônica Macedo (MTB 2232 / PR)

BIBLIOTECÁRIA

Lina Harumi Nozima

ANÁLISE DE LÍNGUA

Yara Wojslaw Pereira Dias

REVISÃO

Tatiane Valéria R. de Carvalho

DIAGRAMAÇÃO

Marline Meurer

GERÊNCIA DE PRODUÇÃO

Gilberto Soares dos Santos

EDITORA DA REVISTA

CORRESPONDÊNCIA

Faculdade Dom Bosco

Coordenação do Núcleo de Pesquisa

Campus Marumby

Av. Wenceslau Braz, 1172

Guaíra 81010-000

telefone: 41 3213-5200

e-mail: taismartins@dombosco.com.br

Tiragem

1 000 exemplares

APRESENTAÇÃO

Prezados companheiros de jornada, é com muita satisfação e carinho que apresentamos o segundo exemplar da Revista EOS. Digo satisfação e carinho porque todos os profissionais que nos atendem enviando seus artigos, todas as pessoas que trabalham na elaboração desta revista – desde a coletânea, diagramação, revisão e correção, às “mil e uma” reuniões, à bibliotecária, sempre diligente, que nos chama a atenção para erros quase imperceptíveis, ao diretor, que nos permite “sonhar”, e ao Grupo Dom Bosco que, ao estimular o Dom de Educar, educa também seus profissionais, com o intuito incansável de um futuro calcado no sucesso coletivo –, certamente entregam a vocês uma parte valiosa de suas vidas: seu trabalho digno. Por essa razão o agradecimento preliminar a eles se destina.

E com o fito de dimensionar esta abertura aos leitores da EOS, faço minhas as palavras da querida poetisa paranaense Helena Kolody:

“Sonhar é transportar-se em asas de ouro e aço
Aos páramos azuis da luz e da harmonia;
É ambicionar o céu; é dominar o espaço,
Num vôo poderoso e audaz da fantasia.
Fugir ao mundo vil, tão vil que, sem cansaço,
Engana, e menospreza, e zomba, e calunia;
Encastelar-se, enfim, no deslumbrante paço
De um sonho puro e bom, de paz e de alegria.
É ver no lago um mar, nas nuvens um castelo,
Na luz de um pirilampo um sol pequeno e belo;
É alçar, constantemente, o olhar ao céu profundo.
Sonhar é ter um grande ideal na ingloria lida:
Tão grande que não cabe inteiro nesta vida,
Tão puro que não vive em plagas deste mundo”.

Prezados leitores, faço das palavras da brilhante poetisa paranaense um castelo de sonhos, para que ecoem, tomem vida e força na reflexão acadêmica. Num país como o Brasil, cercado por reflexos nocivos de uma educação travestida de esperteza, estaríamos equivocados se não persistíssemos, se não lutássemos... E aí está o sonho: transformar, libertar, repensar, refletir e esculpir, diante de nossa indignação, novas opções, pois nossa proteção é a persistência.

É preciso sonhar, mas com a condição de crer em nosso sonho, de observar com atenção a vida real. O que temos feito para realizar nossos sonhos? Permita-me contar-lhes uma pequena passagem que ouvi num discurso de formatura: “em certo lugar distante existia uma cidade e, próximo dela, residia um sábio muito famoso por seus conselhos e conhecimentos. Residia, porém, na cidade, uma menina muito sagaz que, com sua sabedoria adolescente resolveu desafiar o sábio. Disse ela aos seus companheiros de folguedos: ‘Vou vencer o famoso sábio’. Levarei uma pequena borboleta em minha mão e perguntarei ao sábio: ‘Sábio, a borboleta em minha mão está viva ou morta?’ Se ele me responder: ‘Está viva!’, eu a esmagarei em minha mão. E se ele disser: ‘Está morta!’, eu abrirei minha mão e a borboleta voará invicta e ele terá errado! E se pôs a menina em direção à casa do sábio. Lá chegando, perguntou-lhe: ‘Sábio, a borboleta em minha mão está viva ou morta?’ E ele, fitando a menina e com toda sua sabedoria respondeu: ‘A resposta está em suas mãos’”.

Nosso compromisso visceral se renova e, conforme anunciado no primeiro número, o espaço democrático e multidisciplinar continua aberto neste segundo volume, pois a vocação literária deve ser sempre renovada.

Boa leitura e excelentes sonhos...
Até a terceira edição.

*Professora Tais Martins
Editora da Revista EOS*



FEOS

SUMÁRIO

Artigo 01 8
O Direito Internacional Contemporâneo e a
Corte Penal Internacional de Haia
César Augusto S. da Silva

15 **Artigo 02**
Fontes das Obrigações Trabalhistas
Eduardo Milléo Baracat

Artigo 03 25
As Razões Históricas do Surgimento
do Direito Penal Econômico
Fábio André Guaragni

32 **Artigo 04**
Interpretação de Tratados
Internacionais
Gilvan Brogini

Artigo 05 38
Hermenêutica do Recurso por Simples
Petição na Justiça do Trabalho
Luiz Eduardo Gunther
Cristina Maria Navarro Zornig

Artigo 06 47
Delineamentos Hegelianos para
uma Moderna Teoria do Estado
Marcelo Lasperg de Andrade

51 **Artigo 07**
Horizontes e Perspectivas dos
Direitos Humanos das Mulheres sob
a Ótica da Lei n. 11 340/2006 – Lei
Maria da Penha
Melina Girardi Fachin
Fernanda Bernardo Gonçalves

Artigo 08 57
Novos Temas da Responsabilidade
Civil — Presunção de Lucros
Cessantes
Paulo Nalin

63 **Artigo 09**
Apontamentos sobre as Restrições
Estatais Indevidas ao Princípio
Fundamental da Prestação da Adequada
Tutela Jurisdicional
Phillip Gil França

Artigo 10 72
A Coisa Julgada e a Análise de sua
Flexibilização
Weslei Vendruscolo

Artigo 01

O Direito Internacional Contemporâneo e a Corte Penal Internacional de Haia

de César Augusto S. da Silva*

1. Introdução. 2. A política precursora do Tribunal Penal Internacional. 3. O caso de Nuremberg. 4. A Corte Penal Internacional e o Direito Internacional. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

Estas reflexões visam a delinear um panorama, ainda que breve, da recém-criada Corte Penal Internacional, estabelecida na cidade de Haia, na Holanda, por meio do Estatuto de Roma de 1998, com natureza jurídica de organização internacional no contexto do direito internacional contemporâneo. Na busca do desenvolvimento de uma jurisdição penal global, ele foi criado com vistas a estabelecer um mecanismo internacional de modo a condenar indivíduos que violem gravemente os direitos humanos consagrados nos regimes internacionais dos direitos humanos e do direito humanitário.

Num primeiro momento serão analisados os antecedentes históricos e políticos do tribunal, bem como as experiências pioneiras que acabariam por servir de paradigma para a instauração desse inédito tribunal permanente. O exemplo dos tribunais temporários de Nuremberg, em 1945, assim como dos tribunais especiais da Organização das Nações Unidas (ONU), como o da ex-Iugoslávia (1993) ou de Ruanda (1994), no início da década passada, é fundamental para compreender as motivações e o contexto político da criação do Tribunal Penal Internacional permanente ligado à ONU, no avanço da jurisdição do direito internacional, ainda que, no ambiente das relações internacionais, não se possa falar totalmente em uma “ordem jurídica internacional” tal como

existem as ordens jurídicas nacionais, como bem esclarece Hedley Bull¹.

Em razão da maior importância e do destaque que alcançaram as experiências do julgamento dos nazistas criminosos de guerra em Nuremberg, ao final da Segunda Guerra Mundial, optou-se, para fins deste trabalho, por analisar somente esse caso para chegar aos fundamentos da gênese da Corte Internacional Penal de Haia, com breves menções a respeito dos tribunais especiais criados por iniciativa do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas.

O que pode ser observado desde o início da instalação de uma corte penal dessas proporções é que, de forma mais geral, o fundamento do Tribunal Penal Internacional é situar o indivíduo como sujeito de direito e deveres no campo internacional, o que constitui idéia corrente desde os tempos mais remotos, em que pensadores como Hugo Grotius (**O Direito da Guerra e da Paz**, 1625), Francisco de Vitória (**O Direito da Guerra**, 1557), Richard Zouche (**O Direito da Guerra**, 1598) e principalmente Emer de Vattel (**O Direito das Gentes**, 1758) lançaram as bases do moderno direito internacional².

2. A política precursora do Tribunal Penal Internacional

A questão internacional da tutela dos direitos humanos, que a partir do século XX se tornou preocupação

*Mestre em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina, professor e coordenador do curso de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD.

¹V. BULL, Hedley. **A sociedade anárquica**. Tradução de: Sérgio Bath. Brasília/São Paulo: UnB/Imprensa Oficial do Estado, 2002. p. 147-185.

²V. SWINARSKI, Christophe. **Direito internacional humanitário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 20.

MOREIRA, Adriano. **Teoria das relações internacionais**. 3. ed. Lisboa: Almedina, 1999. p. 88.

permanente no sistema internacional, vem surgindo de forma gradativa, mas com certo grau de presença considerável, já desde as grandes revoluções que transformaram a civilização ocidental, ainda ligadas à doutrina do direito natural: a Revolução Gloriosa de 1688 que consolidou a Magna Carta da Inglaterra de 1215, a Revolução Americana (1776) e a Francesa (1789), embora ainda não se pensasse na possibilidade de implementar mecanismos jurídicos universais ou instrumentos legais globais para a defesa e a proteção desses direitos, como ocorreria com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948³.

Ao final do século XIX, com as relações internacionais tendo como seu epicentro o continente europeu, é que a adesão ao tema dos direitos humanos adquiriu maior intensidade, uma vez que já nessa época a noção clássica de soberania absoluta se vem relativizando. O poder político exercido pela força e legitimidade social, em que os Estados o exercem sozinhos no cenário internacional, passou a ser limitado, principalmente após a Primeira Guerra Mundial, com o surgimento da Liga das Nações, produto do Tratado de Versalhes, chegando a um ponto singular e inédito.

A vontade de implementar um tribunal penal internacional, um organismo capaz de regular e punir os atos dos indivíduos que prejudicassem e ameaçassem a paz e a segurança internacional, independente de sua nacionalidade ou origem, surgiu, pela primeira vez, com a Liga das Nações, quando da convenção para a criação de um Tribunal Penal Internacional, em 1937, cuja finalidade consistia em combater e reprimir atos terroristas que preocupassem a comunidade internacional à época. Essa convenção, juntamente com a Conferência Internacional para a Prevenção e Repressão ao Terrorismo, não obteve nenhum sucesso, por falta de ratificação e adesão dos Estados que compunham a organização. A preocupação constante dos Estados-nação ainda era proteger suas clássicas soberanias no contexto internacional, desse modo agindo conforme suas “razões de Estado” num sistema “anárquico”, como se observa na doutrina realista de relações internacionais.

Contudo, o fracasso da Liga das Nações não significou a desistência da implementação de um mecanismo jurídico internacional que atuasse em defesa dos direitos humanos. Em meio à criação de uma nova organização internacional, a ONU, as relações entre os Estados regulamentaram-se por meio do seu documento constitutivo, ou seja, a Carta de São Francisco.

Destarte, em virtude da barbárie produzida durante grande parte da guerra, a vontade da criação de fato de um organismo capaz de punir os principais responsáveis por tais atos concretizou-se, por meio da criação de dois tribunais militares internacionais temporários pelos vencedores da Segunda Guerra: o Tribunal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio. Ainda que recebida com diversas críticas, a iniciativa repercutiu de forma construtiva na comunidade jurídica para avançar na construção de um ordenamento internacional.

3. O caso de Nuremberg

O Tribunal de Nuremberg, a maior influência sobre o Tribunal Penal Internacional, iniciou seus trabalhos por volta de novembro de 1945 e finalizou-se em torno de outubro de 1946, com o propósito de julgar os chamados crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade. Todos de acordo com os costumes internacionais e os tratados internacionais previstos nas convenções de Genebra de 1864 e 1925 e também no Pacto de Briand-Kellog de 1928, dos quais a Alemanha não fizera parte e, posteriormente, viria a denunciá-los⁴.

O estatuto do Tribunal possuía, ainda, uma base jurídica fortemente influenciada por princípios anglo-saxônicos, como o crime de “conspiração”⁵, não previsto nas legislações nacionais dos países com seu direito de tradição romano-germânica, o que provocaria, algumas vezes, discordância entre os magistrados de nacionalidades diferentes escolhidos para o julgamento. Esses julgadores foram os representantes das quatro grandes potências vencedoras da Segunda Guerra: os Estados Unidos, representados por Francis Biddle; o Reino Unido, por sir Geoffrey Lawrence, presidente da corte; a França, pelo professor da Universidade de Sorbonne, Henri Donnedieu de Vabres; e a União Soviética, pelo major-general Iona Nikitchenko.

Donnedieu de Vabres, respondendo à crítica de historiadores e jornalistas de que Nuremberg era meramente uma vingança de vencedores contra vencidos, com o propósito de dar um “espetáculo” para a opinião pública mundial, escreveu que a Corte Militar Internacional era “*une jurisdiction internationale, expression de la conscience universelle, de toute l’humanité*”⁶.

O Estatuto do Tribunal de Nuremberg, resultante dos Acordos de Londres de 1945, realizado entre as grandes potências, estabeleceu tipos penais vagos e abertos, inexistentes

³CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. 1. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. p. 17-20.

⁴Verificar os aspectos controversos de Nuremberg em GONÇALVES, Joanisval Brito. *O Tribunal de Nuremberg, 1945-1946*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 147-190.

⁵V. GONÇALVES, Joanisval. *Op. cit.*, p. 103.

⁶Artigo publicado no *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Paris, v. 70, tomo 1, 1947.

quando da prática dos atos imputados aos réus, o que constituía um desrespeito frontal ao princípio geral de direito *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Além disso, em seu artigo 27 deixava a espécie e a quantidade das penas ao inteiro arbítrio da corte, permitindo inclusive a imposição da pena capital. O artigo 28 estabelecia também que o tribunal poderia declarar o confisco dos bens roubados ou apropriados por qualquer dos acusados, aumentando ainda mais a sensação generalizada de mera vingança contra os réus, num julgamento em que os juízes e o ministério público eram todos das potências vencedoras do conflito, como analogicamente se defende Slobodan Milosevic em relação ao Tribunal Internacional para ex-Iugoslávia, que o acusa de crimes contra a humanidade em Haia, não reconhecendo a autoridade do tribunal⁷.

Tanto Donnedieu de Vabres quanto Bradley Smith defenderam as teses do tribunal, dizendo dentre outras que “O Tribunal estabeleceu que, por causa da rendição incondicional dos nazistas, os aliados tinham adquirido poder legislativo soberano na Alemanha e podiam agir segundo bem entendessem”⁸, reportando-se essencialmente ao direito consuetudinário, ao direito natural e à ética de convivência pacífica internacional.

Os acusadores, o Ministério Público de Nuremberg, como referido, também representavam as quatro maiores potências aliadas, destacando-se dentre eles Robert Jackson, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos e um dos idealizadores do próprio Tribunal, e Murray C. Bernays, igualmente dos EUA, que tivera papel fundamental no convencimento dos demais países quanto à necessidade de um julgamento dos criminosos de guerra, em vez da tese da execução sumária, a princípio defendida por britânicos e soviéticos⁹.

Apesar de não ter sido pioneira no cenário mundial, pois a idéia de julgar criminosos de guerra já aparecera na Idade Média e no período do Renascimento ocidental, quando o poder da Igreja Católica Romana era o instrumento controlador das relações entre os indivíduos e cujas sanções aplicadas eram de cunho estritamente moral e espiritual, a atividade repercutiu de maneira a inovar a consciência jurídica universal e aprimorar o Direito Penal Internacional, principalmente no que tange aos chamados “crimes contra a humanidade”.

Ainda que se levantem numerosas críticas a esse tribunal, e elas são inúmeras, ele pode ser considerado um “divisor de águas” na evolução de um ordenamento

jurídico internacional. A partir dele, passou-se a afirmar a responsabilidade penal internacional de indivíduos perpetradores de atos de genocídio, guerra ou de lesa-humanidade¹⁰. Em outras palavras, autoridades de Estado passaram a ser responsabilizadas por suas condutas que afrontassem o próprio gênero humano, colaborando para a edificação dos regimes internacionais dos direitos humanos e do direito humanitário.

Após Nuremberg, quando os estatutos e as sentenças desse tribunal foram acolhidos pela primeira Assembléia Geral da ONU, não foi mais possível para as potências vencedoras da guerra proceder a julgamentos conjuntos para os chamados criminosos de guerra. Os julgamentos prosseguiram em diversos países agredidos e invadidos pelas potências do Eixo durante o conflito. As potências aliadas decidiram, já sob a égide do sistema da ONU, que a responsabilidade pelos delitos praticados e julgados em Nuremberg não prescreveriam¹¹.

A Carta de Londres, combinada com a diretriz nº 10 do Conselho de Controle da Alemanha ocupada serviram de base jurídica para os julgamentos posteriores. Dentre os acusados estavam médicos alemães, magistrados e advogados que colaboraram com as leis do regime nazista durante o III Reich, assim como altos oficiais militares, responsáveis por barbáries contra civis durante a guerra.

Após o término da Segunda Guerra Mundial, milhares de prisioneiros alemães estavam detidos, não só nas quatro zonas de ocupação da Alemanha, como também em outros países libertados pelas potências aliadas. Praticamente todos eles haviam servido direta ou indiretamente a grupos ou organizações nazistas e teriam que ser submetidos a julgamento.

Superando as idéias mais radicais, inclusive porque os vitoriosos não podiam repetir os métodos selvagens e desumanos dos vencidos, passou-se a ponderar que a Corte de Nuremberg julgaria apenas os grandes criminosos líderes do regime nazista, enquanto os criminosos comuns seriam submetidos a julgamentos por tribunais militares de ocupação.

Verificou-se, entretanto, que uma miríade de julgamentos de todos esses prisioneiros se arrastaria indefinidamente se, em cada um deles, fosse necessário provar a prática de condutas criminosas individualizadas. Assim, evidenciou-se a necessidade de estabelecer uma regra geral

⁷ROBERTSON, Geoffrey. *Crimes against humanity*. New York: New Press, 2002. p. 342-345.

⁸SMITH, Bradley F. *O Tribunal de Nuremberg*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1979. p. 173.

⁹GONÇALVES, Joannisval Brito. *Op. cit.*, p. 59-98.

¹⁰Terminologia utilizada por Tarciso dal Maso no texto *O Tribunal Penal Internacional e sua Importância para os Direitos Humanos*, para referir-se aos crimes elencados no artigo 7º do Estatuto de Roma. Disponível em: <www.dhnet.com.br>

¹¹Cf. GONÇALVES, Joannisval Brito. *Op. cit.*, p. 195.

fixada primordialmente que levasse à condenação de todos esses réus pelo simples fato de pertencer a organizações nazistas à época, destinadas à prática de crimes contra a paz, de crimes de guerra ou de crimes contra a humanidade.

Esse foi o motivo pelo qual o Acordo de Londres inseriu no Estatuto de Nuremberg artigos que propunham uma decisão meramente declaratória da corte, que tivessem autoridade analógica de “coisa julgada” para os tribunais locais, facilitando os julgamentos dos criminosos de segundo e terceiro escalões.

Não se tratava de responsabilização penal de pessoas jurídicas, mas tão somente da elaboração de uma declaração prévia que serviria como substrato para as acusações posteriores contra todos os membros dessas entidades que estavam em poder das forças aliadas¹².

Deve-se ressaltar ainda o verdadeiro clima de “caça às bruxas” que se seguiu ao longo das décadas seguintes, em perseguição aos incontáveis nazistas e colaboradores de todo o tipo que, escapando ao final da guerra, se espalharam por grande parte do mundo, escondido sob outros nomes e identidades. Perseguições que culminariam na captura e julgamento por parte do Estado de Israel, de Adolf Eichmann, em 1960, pelos crimes contra o povo judeu durante a Segunda Guerra, que se escondia em um subúrbio de Buenos Aires, na Argentina¹³.

4. A Corte Penal Internacional e o Direito Internacional

Dessa forma, já no mundo pós-guerra, com as experiências anteriores que causaram tantas discussões e contrariedades, uma tentativa de estabelecer um tribunal internacional parecia realmente arriscada, sujeita às desconfianças e muitas críticas. Não devia representar uma espécie de vingança ou domínio por parte das grandes potências sobre os Estados mais fracos, com o paradigma de um tribunal que em muito pouco respeitou os limites mínimos de um Estado de direito, ainda que tenha contribuído para a evolução geral dos direitos humanos e do próprio direito internacional, ao estabelecer a categoria dos “crimes contra a humanidade”.

Três anos depois da primeira tentativa de implementação de um órgão para tais fins, surgiu o maior documento de defesa dos direitos do homem, a Declaração Universal dos Direitos Humanos – 1948 – que inovou, em

termos sólidos, a construção do direito internacional, que por esse instrumento estabeleceu então aos indivíduos “direito à vida, liberdade e segurança pessoal e não deve ser submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”¹⁴. Criava-se, assim, o novíssimo Direito Internacional dos Direitos Humanos, que reconhecia claramente o indivíduo como sujeito de direito no campo internacional, idéia defendida no Brasil há quatro décadas pelo professor Antonio Augusto Cançado Trindade. Ou seja, o *jus gentium* baseado somente no voluntarismo dos Estados deve ser ultrapassado pela humanização do direito internacional¹⁵.

A partir desse momento histórico, os princípios e as regras do direito internacional tornaram-se alvo de questionamentos por parte dos Estados, que se viram ameaçados por instrumentos internacionais organizadores das relações estatais com seus cidadãos que podiam perturbar ou balançar seus poderes no sistema internacional, ainda que a declaração não tivesse efeito vinculante e pudesse causar apenas constrangimentos e reprovação moral perante seus pares no sistema.

Nesse sentido, outros instrumentos legais completariam o regime internacional dos direitos humanos apregoados na Declaração Universal: os Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966. Estes sim com capacidade jurídica de vincular os Estados. Por outro lado, o regime internacional do direito humanitário seria construído também no ambiente pós-Segunda Guerra Mundial, pela atuação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, que renovou seus acordos do século XIX, surgindo as Convenções de Genebra de 1949, completadas posteriormente pelos Protocolos de 1977 como os principais corpos jurídicos desse regime.

No período da Guerra Fria, de forma mais geral, os regimes internacionais dos direitos humanos e os esforços para a criação de um tribunal penal internacional foram colocados num plano secundário, mediante o fato de que as prioridades, naquele contexto bipolar, eram as questões diplomáticas militares e de segurança. Somente quando esse ambiente internacional sofreu mutação mais radical, ao final do século XX, o tema global dos direitos humanos tornou-se novamente protagonista e preocupação constante no cenário internacional.

¹²Cf. DE VABRES, Donnedieu. *Op. cit.*, p. 545.

¹³ARENDETT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 32-47.

¹⁴Artigos III e V da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

¹⁵TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1 075-1139.

Por meio da consciência jurídica universal e em nome da doutrina da segurança coletiva¹⁶, o Conselho de Segurança da ONU resolveu impor um tribunal *ad hoc*, em 1993, para os crimes cometidos na ex-Iugoslávia, que consistiram em graves violações do direito internacional humanitário, assim como faria o mesmo, posteriormente, com o Tribunal de Arusha para a barbárie cometida em Ruanda. Dentre essas violações estão crimes mais graves estabelecidos nas Convenções de Genebra de 1949 e nos protocolos adicionais de 1977, o chamado Direito de Genebra, como o genocídio ou, ainda, os crimes de guerra.

Para evitar que tais acontecimentos viessem a tornar-se uma constante no cenário internacional, foi sendo estudada a possibilidade de implantar um órgão permanente com mecanismos capazes de punir os atos que ameaçassem a paz internacional.

O sistema de segurança internacional que entrou em vigor a partir de 1945 não mais satisfazia as exigências do mundo pós-Guerra Fria, dado o crescente número de conflitos regionais e localizados contra os direitos humanos e humanitários, mesmo porque o sistema bipolar apenas os colocou em segundo plano, pois nunca deixaram de existir¹⁷. A limitação dos temas atuais ao enfoque reducionista do Conselho de Segurança das Nações Unidas começou a desagradar, assim como a seletividade das denúncias, o que fez aumentar as críticas aos tribunais *ad hoc*.

Nesse contexto, aumentou-se a pressão para o surgimento de uma corte internacional que ultrapassasse a seletividade política, as imunidades diplomáticas, militares e consulares, sempre em busca da defesa dos direitos humanos¹⁸. Isso se concretizaria somente em 1998, com a esperança de ser um instrumento capaz de combater os crimes tidos como os mais graves contra a espécie humana.

Esse tribunal ia além do simples julgamento de indivíduos, pois procuraria observar também, de forma mais generalizada, as motivações políticas que os levaram a cometê-los, em favor de um grupo ou Estado. Porém, construir um consenso de modo que os Estados o aceitassem poderia colocar em questão sua própria legitimidade, uma vez que adotariam o conceito do princípio de complementaridade, em que todos os recursos internos de cada Estado-nação têm que ser respeitados e somente então, nesse caso, o indivíduo poderia ser levado ao tribunal penal internacional.

A competência da corte está em julgar os quatro crimes tipificados no seu estatuto, inspirado em Nuremberg, a saber:

o crime de genocídio (art. 6º), crimes contra a humanidade (art. 7º), crimes de guerra (art. 8º) e ainda o crime de agressão. O último é motivo de muita discussão e controvérsia, uma vez que acabou por não ser definido pelo Estatuto, ficando estabelecido como solução de compromisso temporário, um adiamento por nova Conferência de Revisão, a partir de sete anos de sua entrada em vigor.

A Resolução 3 314 (XXIX), de 14 de dezembro de 1974, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, define a agressão como "...o emprego da força armada por um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com a Carta das Nações Unidas..."¹⁹, tal qual o envio de grupos armados ou de mercenários para atacar outro Estado ou o bloqueio naval. Ou seja, seria a busca pelas responsabilidades individuais dos atos enumerados nessa resolução. Frise-se ainda que o Conselho de Segurança da ONU pode qualificar outros atos como agressão.

Nesse caso, o Estatuto do Tribunal Penal oferece mecanismos jurídicos para aperfeiçoar o funcionamento do sistema de segurança coletivo, para que, conforme as decisões tomadas em Nuremberg, o mais grave crime que fira diretamente a paz internacional e que representa uma afronta de um Estado contra outro possa estar sob sua jurisdição, claro que se referindo aos indivíduos, aos líderes políticos que tomaram essas decisões.

No cenário atual, o indivíduo deve ser o elemento primordial, essencial e modificador do sistema internacional, podendo seus atos ser estudados e regulados por meio das relações que ele possui com o Estado e que, com o aperfeiçoamento do Direito Penal Internacional, estabeleçam uma articulação entre a responsabilidade individual e os Estados-nação, ainda os principais protagonistas das relações internacionais.

Assim, a preocupação central a ter em relação ao Tribunal Penal Internacional é evitar que se torne uma arma política de manipulação das grandes potências e realmente puna os indivíduos perpetradores dos piores crimes contra a humanidade. Destarte, é de extrema importância que os julgamentos aconteçam de acordo com os bons costumes internacionais, a imparcialidade, os princípios mais duradouros do direito e juridicamente correto, para, dessa forma, o tribunal construir jurisprudências claras e esclarecedoras.

¹⁶DINSTEIN, Yoram. **Guerra, agressão e legítima defesa**. Tradução de: Mauro Raposo de Mello. 3. ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2004. p. 402.

¹⁷Cf. LINDGREN ALVES, José Augusto. **Relações internacionais e temas sociais**: a década das conferências. Brasília: Ibri, 2001.

¹⁸A Conferência Mundial dos Direitos Humanos de Viena em 1993 já recomendava o surgimento de um Tribunal Internacional para os Direitos Humanos. Ver LINDREN ALVES, José Augusto. *Op. cit.*, p. 139-139.

¹⁹Cf. Resolução nº 3 314 da Assembléia-Geral da ONU, de 1974. Ver MOREIRA, Adriano. **Teoria das relações internacionais**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 513.

Pode-se dizer então que a Corte Penal Internacional, surgida na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas para o Estabelecimento de uma Corte Criminal Internacional, se caracteriza pela permanência, independência e vinculação ao sistema das Nações Unidas, exercendo sua competência sobre os crimes mais graves contra a espécie humana, acionada somente nos casos de manifesta incapacidade ou falta de disposição dos sistemas judiciários nacionais para exercer jurisdição própria, conforme o chamado princípio da complementaridade, conforme os dispostos nos parágrafos 2º e 3º do art. 17 do Estatuto.

Ali estão colocadas as diretrizes que o Tribunal deve levar em conta para determinar a falta de disposição ou incapacidade das justiças nacionais. Esses dois parágrafos refletem o esforço coletivo das delegações dos Estados-parte na composição do Estatuto em limitar as hipóteses de apreciação da corte, assim como possíveis ingerências nos Estados.

Claro que se deve ressaltar o seguinte: para além das questões estritamente jurídicas, o chamado princípio da complementaridade traz em seu bojo discussões de caráter político, visto que os crimes tipificados no Estatuto de Roma guardam relação direta com questões vinculadas à dimensão política, pois os Estados podem alegar ingerência em seus assuntos domésticos em nome do clássico princípio da soberania nas relações internacionais.

Sob a visão do direito internacional contemporâneo, como coloca Cláudia Perrone-Moisés, “o princípio da complementaridade coaduna-se com as mais modernas tendências nas diversas áreas correlatas: manutenção da paz e segurança internacional, direitos humanos e justiça internacional”²⁰, o que revela a realidade contemporânea do conceito de soberania, em torno de seu relativismo e de sua dinamicidade.

Em outras palavras, quando não houver condições materiais de determinado país julgar seus criminosos que cometam crimes de caráter mais peculiar em seus aspectos de horror, crueldade e barbárie contra toda uma população, ou, ainda, existir total falta de vontade política ou mesmo ostensiva proteção do determinado nacional no julgamento doméstico, o fato de o Tribunal poder ser acionado inspirado no princípio da complementaridade e da justiça universal contra crimes considerados mais graves pela comunidade internacional vai de encontro às atuais tendências do desenvolvimento do direito internacional.

O Estatuto de Roma seguiu os documentos estatutários de Nuremberg e Tóquio e as experiências *ad hoc* dos tribunais da ONU da ex-Iugoslávia e de Arusha, para enumeração dos crimes contra a humanidade (homicídio, extermínio, escravidão, torturas e maus-tratos, dentre outros), acrescentando a deportação ou transferência forçada de pessoas, sendo novidade o crime de *apartheid*, que recebeu grande nível de reconhecimento internacional, desde a experiência da África do Sul, constituindo-se em verdadeiro refinamento da lei internacional²¹.

Além disso, o Estatuto do TPI prevê um ministério público muito forte e poderoso, que pode agir com fundamento em informações de qualquer fonte confiável ao seu alvitre, ou seja, não apenas de um Estado-membro²². Os acusadores têm de submeter suas provas a exame pela chamada Câmara de Pré-Julgamento do Tribunal. Tal medida, em tese, deve proteger seu trabalho da possível politização dos casos por órgãos como o Conselho de Segurança da ONU e a Assembléia Geral dos Estados-parte, levando para o aspecto da judicialização dos casos.

Não é por acaso que os Estados Unidos, que não fazem parte do Estatuto de Roma, buscam uma pressão sobre os demais Estados para não reconhecerem o Tribunal ou ainda assinarem acordos bilaterais com a Casa Branca, de forma a conceder imunidade aos soldados e cidadãos norte-americanos, de acordo com o artigo 98 do Estatuto do TPI, para livrá-los de qualquer julgamento, pois o governo americano teme “os superpoderes” do promotor, bem como acusações políticas contra seus militares e civis, espalhados pelo mundo²³.

Como o Tribunal exerce jurisdição sobre qualquer dos crimes tipificados, por iniciativa, dentre outros, do Conselho de Segurança da ONU, ele pode suspender uma investigação ou processo, pelo período de 12 meses, renovável, em consonância com o disposto no capítulo VII da Carta das Nações Unidas. Ainda assim, o elemento político da seletividade e dos jogos de “influência” das grandes potências deverá ser um dos grandes desafios para a corte, tal qual a posição de países como China, Rússia ou mesmo EUA, todos membros permanentes do Conselho de Segurança, mas não partes do tribunal, que fazem oposição à sua jurisdição ou colocam em dúvida sua eficácia por razões domésticas.

É lícito ressaltar que tal medida exigirá uma decisão unânime dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança, o que não será tão fácil, dada a complexidade dos crimes e dos interesses concretos das principais nações da ONU.

²⁰PERRONE-MOISÉS, Cláudia. O princípio da complementaridade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a soberania contemporânea. In: *Política Externa*, v. 8, n. 4, mar./abr./maio 2000, p. 7.

²¹SUNGA, Lyal S. A competência *rationae materiae* da Corte Internacional Criminal: arts. 5 a 10. In: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 209-210.

²²De acordo com o artigo 15 do *Estatuto de Roma* do Tribunal Penal Internacional.

²³Para verificar mais detalhes a respeito da visão norte-americana sobre o Tribunal Internacional, verificar SEWALL, Sarah; KAYSON, Carl. *The United States and the International Criminal Court*. New York: Paperback, 2002. KISSINGER, Henry. *Does América need a foreign policy?* New York: Paperback, 2002.

5. Conclusão

De fato, os bem-intencionados e humanitários objetivos do Estatuto de Roma, em torno de controlar e punir as violações dos direitos da pessoa humana nos mais diversos cantos do planeta, proporcionam maior segurança e confiança às vítimas, às suas famílias e às próprias comunidades regionais, no sentido de que haverá investigação e posterior julgamento dos responsáveis pelos crimes mais graves, de sorte a combater a impunidade e a sanar possíveis falhas das justiças penais locais, principalmente quando os autores são autoridades militares ou governantes que praticam “terrorismo de Estado” quando no poder, poderão ser desafiados e superados pelas peculiaridades da política internacional, ainda funcionando conforme um sistema anárquico de Estados.

Isso ocorre, essencialmente, quando o Estatuto de Roma confere ao Conselho de Segurança da ONU a faculdade de solicitar ao Tribunal que não inicie ou que suspenda por prazo determinado, frise-se que renovável por razões de conveniência, o inquérito ou processo iniciado, ainda que cumprindo o que emana da Carta de São Francisco quando concede ao Conselho o poder de cuidar da paz e da segurança internacional.

De fato, o Tribunal Penal Internacional pretende suprir as lacunas constatadas no direito internacional em torno de sua relativa “fraqueza”, pela ausência de uma justiça internacional penal permanente capaz de punir indivíduos pela prática de delitos mais graves contra a espécie humana, elevando o indivíduo ao caráter de sujeito de direito internacional de suposta ordem jurídica global e não apenas os Estados ou organizações internacionais. Se vai conseguir ou não, somente o desenrolar do tempo, ao longo da apreciação e resolução dos casos concretos que se apresentarem, estabelecendo jurisprudências, poderá dizer.

6. Referências

- ABREU, C. E. de; ARAÚJO, N. de. **Os direitos humanos e o direito internacional**. São Paulo: Renovar, 1999.
- ARENDRT, H. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- BRIERLY, J. L. **Direito internacional**. Tradução de: M. R. Crucho de Almeida. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.
- BULL, H. **A sociedade anárquica**: um estudo da ordem na política mundial. Tradução de: Sérgio Bath. Brasília/São Paulo: UnB/Imprensa Oficial do Estado, 2002.
- CANEDO, C. A. **O genocídio como crime internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. 1. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.
- _____. **O esgotamento de recursos internos no direito internacional**. 2. ed. Brasília: UnB, 1997.
- _____. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.
- CASSESE, A.; DELMAS-MARTY, M. (Org.). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. Tradução de: Silvio Antunha. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.
- CHOUKR, F. H.; AMBOS, K. **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DINSTEIN, Y. **Guerra, agressão e legítima defesa**. Tradução de: Mauro Raposo de Mello. 3. ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.
- FREEMAN, M. **Human rights – an interdisciplinary approach**. 2. ed. Cambridge: Polity Press, 2003.
- GONÇALVES, J. B. **Tribunal de Nuremberg. 1945–1946**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GROTIUS, H. **O direito da guerra e da paz**. Tradução de: Ciro Mioranza. v. 2. Ijuí, Rio Grande do Sul: Unijuí, 2004.
- JAPIASSÚ, C. E. A. **O tribunal penal internacional: a internacionalização do direito penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- KRIEGER, C. A. **Direito internacional humanitário: o precedente do comitê internacional da cruz vermelha e o tribunal penal internacional**. Curitiba: Juruá, 2004.
- LINDGREN-ALVES, J. A. **Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências**. Brasília: Ibri, 2001.
- _____. **Os direitos humanos como tema global**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- MOREIRA, A. **Teoria das relações internacionais**. 3. ed. Porto: Almedina, 1999.
- PIOVESAN, F. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ROBERTSON, G. **Crimes against humanity: the struggle for global justice**. New York: New Press, 2002.
- SANDS, P. **From Nuremberg to the Hague: the future of international criminal justice**. London: Cambridge University Press, 2003.
- SEWALL, S.; KAYSON, C. **The United States and the international criminal court**. New York: Paperback, 2002.
- SWINARSKI, C. **Direito internacional humanitário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- VATTEL, E. de. **O direito das gentes**. Tradução de: Vicente Marotta Rangel. Brasília: UnB/Ipri, 2004.

Artigo 02

Fontes das Obrigações Trabalhistas

de Eduardo Milléo Baracat¹

1. Introdução. 2. Contrato de trabalho. 3. Fatos jurídicos em sentido estrito. 3.1. Acontecimentos naturais. 3.2. Situações jurídicas objetivas e fatos antijurídicos. 4. Atos ilícitos. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

É extremamente importante a delimitação conceitual das fontes das obrigações trabalhistas, inclusive para não confundir com as fontes de direito do trabalho.

A principal importância dessa distinção é a de que as obrigações trabalhistas não decorrem diretamente da lei, mas, sim, de um fato jurídico. Por outro lado, é possível constatar ainda que as obrigações trabalhistas não resultam apenas do contrato de trabalho, mas também de outros fatos jurídicos.

O vocábulo “obrigação” é sinônimo de relação obrigacional, de forma que falar de fonte de obrigação refere-se a fonte de uma relação obrigacional. Por isso é relevante evitar a costeira confusão entre “obrigação” e “débito” ou “dívida”.

Ensina Pontes de Miranda que, na “linguagem vulgar, emprega-se um por outro os termos ‘crédito’ e ‘pretensão’, ‘dívida’ e ‘obrigação’, mas o jurista, se quer escapar a erros graves, só pode usá-los com a precisão que se há de esperar em toda investigação científica”². O vocábulo “obrigação” é, normalmente, usado tanto como sinônimo de “relação obrigacional”, como de “débito” ou “dívida”, de que decorre natural confusão.

Obrigação é a relação jurídica pela qual uma pessoa (credora) pode exigir de outra (devedora) a realização de uma prestação.

O termo “obrigação” abrange a relação em seu conjunto e não apenas, como sucede na linguagem comum, o seu lado passivo: compreende, portanto, o dever de prestar, que recai sobre uma das partes, bem como o direito de crédito correspondente³.

Quando se quer distinguir entre os dois lados da relação, que são duas faces da mesma realidade, designa-se crédito (direito de crédito) ao seu lado ativo e débito (ou dívida) ao lado passivo⁴.

As obrigações são relações em que o direito subjetivo de um dos sujeitos corresponde ao dever jurídico de prestar, imposto ao outro.

Observe-se, no entanto, que a relação obrigacional deve ser vista como totalidade, no sentido de atuação por meio de cooperação recíproca, mesmo que não haja contrato de trabalho. Assim, as relações obrigacionais trabalhistas (incluam-se direitos subjetivos, débitos, deveres, poderes e ônus) surgem, independentemente da celebração de contrato de trabalho, ou seja, sem a existência da vontade, manifestada ou não, das partes.

Os autores de direito do trabalho, via de regra, não classificam as fontes das obrigações trabalhistas. Restringem-se a tratar das fontes do direito do trabalho.

Não há, evidentemente, como confundir fontes do direito do trabalho e fontes das obrigações trabalhistas. Fonte do direito “significa origem, manancial de onde provém o direito”, normalmente dividida em fontes materiais e fontes formais, sendo as primeiras “as fontes potenciais do direito e compreendem o conjunto dos fenômenos sociais, que contribuem para a formação da substância, da matéria do direito”; as segundas são “os meios pelos quais se estabelece a norma jurídica”⁵.

As fontes das obrigações, por sua vez, são os fatos geradores de direitos subjetivos, débitos, deveres, ônus e poderes.

¹Juiz Titular da 9ª Vara do Trabalho de Curitiba, professor de Direito do Trabalho das Faculdades Integradas Curitiba, graduação e mestrado; mestre e doutor em Direito pela UFPR.

²Tratado de direito privado. Parte especial. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Editor Bolsoi, 1958. p. 16.

³VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. v. I, 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 63.

⁴Idem, *ibidem*, p. 63.

⁵MARANHÃO, Délio. Atualizado por João de Lima Teixeira Filho. Instituições de direito do trabalho. v. 1. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 150.

A diferença é extremamente importante, visto que lei, em sentido genérico, é fonte formal do direito do trabalho, mas não é fonte direta de obrigação trabalhista.

De fato, Pontes de Miranda leciona que as “obrigações são efeitos de fatos jurídicos; a própria obrigação *ex lege* é obrigação que supõe fato, que entre no mundo jurídico e a irradie”⁶.

Conforme observa Fernando Noronha, “a lei apenas pode permitir a criação de direitos de crédito, mas nunca criá-los diretamente”, ou seja, a lei sozinha não é fonte de qualquer obrigação, pois do “simples fato da existência de uma norma não nascem obrigações para ninguém”⁷.

A lei é fonte mediata de todas as obrigações, já que todas as obrigações estão nela amparadas. Todavia a fonte direta e imediata de cada obrigação é um certo e determinado fato concreto.⁸ No mesmo diapasão, convenção, acordo coletivo de trabalho e regulamento da empresa também não são fontes imediatas das obrigações trabalhistas. A obrigação sempre resultará da incidência da ordem jurídica em determinado fato por ela disciplinado e que, portanto, será um fato jurídico.

Um desses fatos juridicamente relevantes é o contrato de trabalho que, uma vez celebrado, emana obrigações recíprocas às partes⁹.

A vontade sozinha também não cria nenhuma obrigação. O acordo de vontades somente cria obrigação, porque a norma atribui esse efeito à declaração de vontades, da mesma forma que atribui obrigação de indenizar àquele que, por sua culpa, mas sem vontade, causa dano a outrem¹⁰.

A obrigação também pode nascer, por força de imperativo legal, das exigências de solidariedade social e das relações de cooperação entre os homens, independente da presença da vontade¹¹.

Importante para a classificação das fontes das obrigações trabalhistas a consideração de que estas podem surgir tanto da manifestação de vontade das partes, quanto de situações jurídicas objetivas.

Fonte da obrigação, desse modo, é sempre um fato jurídico, ou seja, uma situação fática juridicamente relevante à qual a norma confere efeitos.

Os fatos jurídicos geradores de obrigações trabalhistas são: 1. contrato de trabalho; 2. fatos jurídicos em sentido estrito – acontecimentos naturais, situações jurídicas objetivas e fatos antijurídicos; 3. atos ilícitos.

Procura-se, neste artigo, tratar cada um desses fatos, em vista do direito individual do trabalho.

2. Contrato de trabalho

No contrato de trabalho, empregado e empregador declaram vontade no sentido de criar obrigações recíprocas, como, por exemplo, o empregado compromete-se a prestar trabalho e permanecer à disposição do empregador, enquanto o empregador se compromete a pagar salário, dentre outras parcelas.

O contrato de trabalho pode ser expresso ou tácito. O expresso, estabelecido por escrito ou verbalmente¹².

É importante essa classificação, visto que permite o reconhecimento do contrato de trabalho nas hipóteses em que as partes, por intermédio de comportamentos concludentes, ou seja, “conjunto de circunstâncias que lhe confere significado e valor”¹³, realizam atos que ensejam a conclusão do contrato ou que permitem concluir que as partes tiveram a intenção de celebrar o contrato.

Esse critério objetivo também é relevante para o reconhecimento de cláusulas contratuais tácitas que criam créditos e débitos. Com efeito, o empregador que paga gratificação de forma habitual, periódica e uniforme ao empregado estabelece tacitamente cláusula contratual, criando ao empregado o direito subjetivo ao recebimento da referida gratificação até o final do contrato¹⁴.

⁶*Op. cit.*, p. 55.

⁷NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 343.

⁸*Idem*, p. 344.

⁹Há discussão doutrinária sobre a caracterização do contrato individual de trabalho como fonte formal, de origem autônoma, de direito do trabalho. Alice Monteiro de Barros filia-se à corrente que entende o contrato individual do trabalho, na condição de manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, como fonte formal autônoma de direito do trabalho. A questão, conforme lembra a autora, é controvertida. Explica haver autores que sustentam as disposições surgidas no contrato de trabalho carecerem de generalidade e abstração, pois só alcançam as partes. Assim, o contrato de trabalho seria apenas fonte de obrigações, mas não de direito. (**Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. p. 117.)

¹⁰*Ibidem*, p. 343-344. Explica Fernando Noronha que toda norma jurídica tem duas partes. A primeira é descritiva; a segunda é prescritiva (ou dispositiva). Assim, continua o autor, “as normas têm uma parte que descreve fatos, situações ou circunstâncias que podem vir a ocorrer, e uma outra que aponta as consequências que esses fatos, quando ocorrem, produzem. (...) À parte descritiva da norma têm sido dados os nomes de pressuposto, fatispécie, suporte fático, fato-tipo, hipótese legal e previsão legal. À parte prescritiva são dadas as designações de estatuição, dispositivo legal, preceito, efeito jurídico e consequência jurídica”. (p. 344-345.)

¹¹ANTUNES VARELA. *Op. cit.*, p. 208.

¹²Nesse sentido, o art. 442 da CLT: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.”

¹³BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. p. 238.

¹⁴SÜSSEKIND, Arnaldo L. et al. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 368-369. A jurisprudência também tem-se inclinado nesse sentido, o que demonstra, por exemplo, a seguinte decisão: GRATIFICAÇÃO NATUREZA SALARIAL – Na evolução do direito do trabalho, as gratificações perderam sua nota de liberalidade e acabaram por se inserir no contrato de trabalho como obrigação tacitamente contraída pelo empregador, de forma que a gratificação deferida com habitualidade se converte em elemento seguro do orçamento do empregado, nele tendo o mesmo papel do salário contratual. Tanto mais no caso em que se verifica o pagamento da gratificação sem estar jungida a qualquer circunstância variável ou acontecimento incerto. Se foi concedida habitualmente de maneira uniforme, incorpora-se ao salário nos termos do parágrafo 1º, art. 457/CLT. TRIBUNAL: 3ª Região DECISÃO: 1 12 2003 RO – Sexta turma DJMG DATA: 11/12/2003, p. 15, Relatora Hegel de Brito Bóson. (No mesmo sentido: RO 13631/2002, 3ª Turma TRT-3ª Região, decisão de 04/12/2002, DJMG 14/12/2002, p. 06, Relator Juiz Lucas Vanucci Lins; RR 536235/1999, TST, decisão de 10/4/2003, DJ 16/5/2003, Relator Min. Rider Nogueira de Brito).

Do contrato de trabalho,¹⁵ portanto, surgem direitos subjetivos (de crédito), como, por exemplo, o do empregador de poder exigir do empregado determinado trabalho. Também é direito subjetivo (de crédito) do empregado, resultante do contrato de trabalho, salário, gratificação ajustada, gratificação natalina, gozo de férias e recebimento da respectiva remuneração, dentre outros.

O contrato de trabalho é fonte da obrigação, produzindo, de um lado, direitos de crédito, tanto a empregado quanto a empregador e, em conseqüência, débitos recíprocos às mesmas partes, de que decorre seu caráter sinalagmático.

Do débito decorre o dever de prestar – ação ou omissão. Do inadimplemento da prestação, surge a pretensão – faculdade do credor de exigir o cumprimento da prestação.

Da relação obrigacional trabalhista também podem surgir situações jurídicas, como na hipótese da doença ocupacional, quando adquirida em razão de a atividade econômica normalmente desenvolvida pelo empregador implicar, por sua natureza, risco para a saúde dos empregados, independentemente de culpa¹⁶.

A responsabilidade é objetiva porque fundada no exame da conduta do ofensor e não na sua culpa.

A responsabilidade, nesse caso, decorre não de um direito subjetivo, mas da situação objetiva, fundada na culpa ou no risco e sempre definida pela lei tendo em vista o bem comum¹⁷.

A responsabilidade, todavia, é subjetiva quando há culpa e dolo do ofensor, de forma que o fato gerador da obrigação seja o ato ilícito.

Não pode o ofensor exonerar-se da responsabilidade que resulta da lei, por um acordo de vontades. Quando a lei fixa as condições e os limites da responsabilidade extracontratual, a lei atribui de forma soberana os direitos e os encargos das pessoas envolvidas¹⁸.

A vítima do dano, todavia, pode renunciar ao direito à respectiva reparação, quando o direito subjetivo de crédito é reconhecido por decisão judicial. Antes, a responsabilidade que pesa sobre o ofensor somente pode ser considerada situação objetiva, à qual não pode o ofensor renunciar. Apenas se pode renunciar a um direito, mas não a um dever¹⁹.

Há situações jurídicas que não surgem do contrato de trabalho e, mesmo assim, geram obrigações trabalhistas, classificadas como fatos jurídicos em sentido estrito.

3. Fatos jurídicos em sentido estrito

Os fatos jurídicos em sentido estrito “são aqueles acontecimentos em que não intervém qualquer ação humana ou em que esta, se presente, é totalmente irrelevante para efeitos jurídicos”²⁰. São os acontecimentos naturais e atos humanos violadores de direitos e deveres jurídicos “que sejam praticados em circunstâncias em que a vontade seja juridicamente irrelevante”²¹.

Propõe-se a classificação dos fatos jurídicos em sentido estrito, geradores de obrigações trabalhistas, em acontecimentos naturais, situações jurídicas objetivas e fatos antijurídicos.

Sendo a situação jurídica “toda e qualquer situação da vida real em que as pessoas se podem encontrar, desde que seja regulada pelo direito”, e antijurídicos “todos os fatos que afetam negativamente essas situações, destruindo-as ou reduzindo direitos e interesses nelas contidos”, trataremos essas duas categorias de fatos jurídicos em sentido estrito num mesmo tópico²².

3.1. Acontecimentos naturais

Nas relações individuais de trabalho, os acontecimentos naturais mais comuns são morte, nascimento e causas de força maior,²³ como vendavais, enchentes e terremotos²⁴.

¹⁵De acordo com Francisco Amaral “Os direitos nascem quando se concretizam as respectivas relações jurídicas. (...) Constituído-se a relação jurídica, o sujeito ativo adquire o direito ou outro poder. Título de aquisição (causa adquirendi) é o fato jurídico que justifica a aquisição, como por exemplo, um contrato” (NORONHA, Fernando. *Op cit.*, p. 169.)

¹⁶A responsabilidade civil objetiva foi consagrada no art. 927, p. único do CCB/2002, segundo o qual: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”. A doutrina tem entendido que para a aplicação da responsabilidade civil objetiva em tema de doença ocupacional “não é necessário que haja comportamento *anormal* do empregador para gerar o direito à indenização, pois o simples exercício da atividade, ainda que normalmente desenvolvida, pode acarretar o direito à indenização, caso tenha provado danos à vítima”. (OLIVEIRA, Sebastião G. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2005. p. 97.)

¹⁷ROUBIER, Paul. *Droit subjctifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963. p. 12.

¹⁸*Idem, ibidem*, p. 12.

¹⁹*Idem, ibidem*, p. 12.

²⁰NORONHA, Fernando. *Op cit.*, p. 355.

²¹*Idem, ibidem*, p. 356.

²²*Idem, ibidem*, p. 356.

²³Art. 501 da CLT: “Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.”.

²⁴Força maior. Entidade filantrópica. Os riscos do negócio são do empregador, conforme a previsão do artigo 2º da CLT. Eles não podem ser transferidos para o empregado. O fato de a empresa ser entidade filantrópica e estar passando por dificuldades financeiras não muda a questão. Não é, portanto, o caso de se aplicar o artigo 501 da CLT, pois não se trata de força maior, mas de risco do negócio. Força maior seria uma inundação, um vendaval, um terremoto, mas não uma situação previsível como dificuldade financeira”. TRIBUNAL: 2ª Região ACÓRDÃO NUM: 20040031297 DECISÃO: 3 2 2004 TIPO: RO01 NUM: 01585 ANO: 2003 TURMA: 3ª DOE SP, PJ, TRT 2ª Data: 17/2/2004, Relator Juiz Sérgio Pinto Martins (Disponível em: <www.tst.gov.br> Acesso em: 8 set. 2006.)

Os acontecimentos naturais podem criar direitos subjetivos e débitos, como também extinguir a relação obrigacional empregatícia.

A morte do empregado gera a extinção do contrato de trabalho, de forma que acarreta, por conseguinte, o direito subjetivo a verbas rescisórias, devidas aos dependentes do falecido²⁵, tais como décimo terceiro, férias proporcionais e vencidas, se houver, acrescidas da gratificação de 1/3, e FGTS. O empregador, portanto, tem a dívida relativa às verbas trabalhistas, que deve ser satisfeita com a prestação de pagar o correspondente valor. Descumprida a prestação, surge a pretensão.

A morte do empregador pessoa natural também pode gerar a extinção do contrato de trabalho, se a atividade econômica for encerrada²⁶, ocasião em que devem ao empregado aviso prévio, férias proporcionais e vencidas, acrescidas da gratificação de 1/3, e décimo terceiro salário proporcional. As verbas rescisórias são direitos subjetivos do empregado e débito a ser suportado pelo espólio do empregador falecido, a quem cabe pagá-las.

O nascimento do filho do empregado também gera a este o direito subjetivo ao salário família²⁷. Ao empregador cabe efetuar a prestação relativa ao pagamento do benefício, embora não tenha o débito correspondente. É que se trata de benefício previdenciário que deve ser pago pelo empregador diretamente ao empregado e depois deduzido do recolhimento que a empresa empregadora precisa fazer ao INSS. A dívida é do INSS, enquanto a prestação deve ser cumprida pelo empregador. Descumprida a prestação, nasce para o empregado a pretensão a ser exercida contra o empregador.

Nos termos do art. 501 da CLT, ocorrendo “motivo de força maior que determine a extinção da empresa ou do estabelecimento em que trabalhe o empregado, é assegurado a este, quando despedido, uma indenização correspondente à “metade da que seria devida em caso de rescisão sem justa causa” (inciso II).

Advindo, portanto, o acontecimento natural, seja inundação, vendaval ou enchente e, em decorrência, extinta a empresa ou o estabelecimento onde trabalha o empregado, faz jus à metade das verbas rescisórias a que teria direito²⁸ se tivesse sido dispensado sem justa causa. Não havendo o pagamento dessas verbas ou pagas de forma incorreta, surge ao empregado a pretensão de exigí-lo.

Observa-se, por conseguinte, que os acontecimentos naturais não criam nova relação obrigacional entre empregado e empregador, mas novos direitos subjetivos e débitos ou até a extinção da própria relação, sem que a vontade das partes seja relevante para essa finalidade.

3.2. Situações jurídicas objetivas²⁹ e fatos anti-jurídicos

As situações jurídicas objetivas podem decorrer tanto de um contrato de trabalho, conforme visto, como também da aplicação da lei ao fato jurídico sem que haja contrato, ou seja, alheio à vontade das partes. É o que ocorre, por exemplo, na responsabilidade pré-contratual e na condição análoga à de escravo.

Ao contrário das regras legislativas que são obra do poder público, existem normas que constituem um direito necessário, não um direito voluntário, que não são menos imperiosas. São as normas decorrentes dos princípios jurídicos³⁰.

Se o juiz fosse reduzido às regras legais, teria sempre dificuldade para encontrar soluções satisfatórias no caso de controvérsias, porque a organização da nossa economia é orientada na liberdade e valoriza a iniciativa privada, que sempre se antecipa à lei, de modo que não é sempre regulada pelo texto legal³¹. Mas há outras normas que não se impõem pela vontade do legislador, mas pelas próprias necessidades sociais. O plano da organização jurídica da sociedade não pode comportar lacunas: o tecido jurídico que envolve o corpo social não pode deixar frestas³².

²⁵O art. 1º da Lei n. 6 858/1980 dispõe: “Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-Pasep, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em quotas iguais, ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento.”

²⁶O § 2º do art. 483 da CLT faculta ao empregado rescindir o contrato de trabalho no caso de a atividade econômica prosseguir com os dependentes do empregador falecido, hipótese em que será equiparada a demissão, quando serão devidos apenas décimo terceiro salário e férias proporcionais, acrescidas de 1/3, e o saque do FGTS, sem a multa do FGTS. (DELGADO, Maurício G. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 1114.)

²⁷“Benefício pago aos trabalhadores com salário mensal de até R\$ 654,67, para auxiliar no sustento dos filhos de até 14 anos incompletos ou inválidos. (Observação: São equiparados aos filhos, os enteados e os tutelados que não possuem bens suficientes para o próprio sustento). De acordo com a Portaria n. 342, de 16 de agosto de 2006, o valor do salário-família será de R\$ 22,34, por filho de até 14 anos incompletos ou inválido, para quem ganhar até R\$ 435,56. Para o trabalhador que receber de R\$ 435,57 até 654,67, o valor do salário-família por filho de até 14 anos incompletos ou inválido, será de R\$ 15,74. O salário-família será pago mensalmente ao empregado pela empresa à qual está vinculado e deduzido do recolhimento das contribuições sobre a folha salarial”. (Disponível em: <www.mpas.gov.br> Acesso em: 8 set. 2006.)

²⁸O art. 18, § 2º, da Lei n. 8 036/90 reza: “Quando ocorrer despedida por culpa recíproca ou força maior, reconhecida pela Justiça do Trabalho, o percentual de que trata o § 1º será de vinte por cento”.

²⁹Antunes Varela, com base na lição de Haupt, classifica as hipóteses das situações jurídicas como “relações contratuais de fato”. “A doutrina tradicional considera como elemento essencial do contrato o acordo bilateral dos contraentes, traduzido no enlace psicológico das duas (ou mais) declarações de vontade das partes. Porém, numa curiosa investigação sobre a matéria, Haupt aponta algumas categorias de situações jurídicas, a cuja disciplina seria aplicável o regime dos contratos, sem que haja na sua base um acordo de declarações de vontade dos contraentes. Tratar-se-ia de relações contratuais de facto, não nascidas de negócio jurídico, assentes em puras actuações de facto” (VARELA, João de Matos Antunes. *Op cit.*, p. 220.) O importante, no entanto, é que desses fatos jurídicos – classificadas como situações jurídicas objetivas ou como relações contratuais de fato – nascem obrigações e, do descumprimento dos respectivos deveres, decorrem pretensões e estas é que podem ser atingidas pela prescrição.

³⁰ROUBIER, P. *Op. cit.*, p. 12-13.

³¹*Idem, ibidem*, p. 16.

³²*Idem, ibidem*, p. 16.

Certas situações não podem ser caracterizadas como “direito”. Elas possuem, sim, um valor jurídico inegável, visto que comandam as relações sociais, sendo fontes de vantagens e deveres; mas não se pode classificá-las como “direitos subjetivos”, porque são situações tuteladas em vista de um bem comum e não para tutelar apenas interesse individual. Nessas situações, os deveres superam em geral as vantagens, mas não podem ser consideradas, sendo sempre vantagens para seus titulares. Estes não podem renunciar nem desistir das vantagens que lhes são conferidas. Quando as situações são estabelecidas, com ou sem o seu consentimento, não se podem eximir dos efeitos delas decorrentes. São as situações jurídicas objetivas³³.

Há, portanto, situação jurídica quando, em razão de determinado fato, surgem preponderantemente deveres para uma pessoa que não podem ser renunciados.

A tendência objetivista exprime-se claramente pela coesão social no desenvolvimento do espírito de grupo e pelo estabelecimento de um regime em que há uma autoridade com a finalidade de defender e garantir essa coesão. São essas características que marcam sempre profundamente a tendência objetivista: de uma parte, o desenvolvimento de estatutos regulamentares e, de outra, a criação de complexos jurídicos de poderes e deveres³⁴.

A situação jurídica se apresenta como um complexo de direitos e de deveres. Não há direitos sem deveres, como, por exemplo, dever de não abusar de seu direito, de não usá-lo para prejudicar outrem, em vez de satisfazer seus interesses³⁵.

Se situação jurídica é um complexo de direitos e de deveres, torna-se necessária uma distinção fundamental dos direitos subjetivos, pois estes também implicam um complexo de direitos e de deveres.

Nos direitos subjetivos, o elemento da prerrogativa de uma vantagem para o titular está em primeiro plano. Criam-se preponderantemente vantagens para o titular, conquanto também deveres. Nas situações jurídicas objetivas, a finalidade é a criação de deveres, embora também existam direitos³⁶.

Existem duas formas de diferenciar direitos subjetivos de situações jurídicas objetivas.

A primeira, referente ao modo de criação, é a de que os direitos subjetivos são criados, preponderantemente, pela vontade das partes, embora também possam ser criados apenas pela lei, ao incidir num fato jurídico; as situações jurídicas objetivas são criadas exclusivamente a partir da ordem jurídica³⁷.

A segunda, relativa ao objeto e à finalidade, é a de que os direitos subjetivos são criados, de acordo com o ordenamento jurídico, antes de tudo, com o objetivo de assegurar vantagens e prerrogativas para os titulares satisfazerem seus interesses. Já a finalidade da situação jurídica objetiva é aquela em que a ordem jurídica busca fixar deveres para os particulares, a fim de a sociedade manter sua coesão e justiça³⁸.

Nas situações jurídicas objetivas, é o direito objetivo que comanda, e suas disposições imperativas não são estabelecidas em vista de satisfazer aos interesses particulares, mas, sim, a certas exigências de ordem pública³⁹.

Existem dois grupos de situações jurídicas objetivas. As situações de reação (a) e as institucionais (b).

a) As situações de reação correspondem a uma reação pura e simples da ordem jurídica ao encontro de um fato ou de um ato, cujas conseqüências jurídicas decorrentes não tinham sido almejadas pelo autor do fato ou do ato. Caracterizam os fatos antijurídicos a que correspondem tanto ações humanas quanto fenômenos da natureza, “que se colocam em contradição com o ordenamento, desse modo afetando negativamente quaisquer situações que eram juridicamente tuteladas”⁴⁰.

Os fatos antijurídicos, portanto, são aqueles que afetam negativamente situações jurídicas⁴¹.

É o exemplo da responsabilidade civil, decorrente de leis imperativas que não comportam derrogação por convenção. A responsabilidade civil não se origina de um direito anterior, resultando simplesmente de uma ofensa injusta à pessoa ou aos bens de outrem; em outras palavras, ela repousa na infração a um dever⁴²: não causar injustificadamente danos a outrem (Constituição, art. 5º, X; CCB/2002, art. 927).

O enriquecimento sem causa é outro exemplo de situação jurídica objetiva, que está embasado e reage à violação de um dever jurídico, de não enriquecer sem causa jurídica às custas de outrem⁴³.

³³ *Idem, ibidem*, p. 16.

³⁴ *Idem, ibidem*, p. 16.

³⁵ *Idem, ibidem*, p. 52-53.

³⁶ *Idem, ibidem*, p. 60.

³⁷ *Idem, ibidem*, p. 66-68.

³⁸ *Idem, ibidem*, p. 66-68.

³⁹ *Idem, ibidem*, p. 73.

⁴⁰ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 347. Explica, ainda, o autor que “São antijurídicos, mas nunca poderiam ser considerados antijurígenos: como produzem conseqüências jurídicas, sempre serão fatos jurígenos”. (p. 347)

⁴¹ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 160.

⁴² ROUBIER, P. *Op. cit.*, p. 73.

⁴³ ROUBIER, P. *Op. cit.*, p. 73. O art. 884 do CCB/2002 consagra esse dever, dispondo: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

A culpa *in contrahendo*, ou responsabilidade pré-contratual, também é uma situação jurídica objetiva. De fato. A idéia da responsabilidade pré-contratual é a de que “na fase da negociação já existem direitos e deveres, resultantes da boa-fé; e que o “contato social é assim ‘fonte’ para o nascimento dos aludidos deveres”⁴⁴, de modo que aquele que os desrespeita fica obrigado a reparar o dano causado, conforme disposto no art. 422 do CCB/2002.

O contato⁴⁵ entre trabalhador e aquele que oferece o emprego resulta de um ato existencial,⁴⁶ visto que advém da realidade social inequívoca, em que se busca a única maneira lícita que a pessoa “despatrimonializada” possui para obter os meios necessários para a subsistência própria e de sua família. Durante as negociações decorrentes desse contato, as partes precisam observar os deveres de proteção, de informação e de lealdade, decorrentes da boa-fé; o respectivo desrespeito acarreta a responsabilidade civil do ofensor⁴⁷.

Note-se, portanto, que a concepção de que a situação jurídica objetiva é caracterizada pela criação de deveres fica bastante evidente na hipótese da responsabilidade pré-contratual.

Havendo o descumprimento do dever de lealdade, em especial da atuação conseqüente⁴⁸, surge à contraparte a pretensão de obter a reparação pelo prejuízo sofrido⁴⁹.

Outro exemplo de situação jurídica objetiva, geradora de deveres e prerrogativas, é a da condição análoga à de escravo.

De acordo com o disposto no art. 149 do CP, a condição análoga à de escravo é caracterizada quando o trabalhador é submetido “a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-se a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto”.

Note-se, desde logo, que a condição análoga à de escravo já decorre da infração do dever geral de não tratar ninguém de forma desumana ou degradante (Constituição, art. 5º, III). É a reação da ordem jurídica ao fato descrito no preceito citado, tornando-o antijurídico. Nesse sentido, a violação desse dever gera a pretensão à reparação do prejuízo causado à sociedade, por meio de indenização pelo dano moral coletivo,⁵⁰ como também a pretensão à reparação do prejuízo causado à pessoa submetida a essa condição⁵¹.

⁴⁴COUTO E SILVA, Clóvis do. “O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português”. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. [Org.]. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 562-563. Antunes Varela ao comentar a responsabilidade pré-contratual no direito português, afirma: “a responsabilidade das partes não se circunscreve – muito longe disso –, como sucedia com a tradicional teoria da culpa *in contrahendo*, à cobertura dos danos culposamente causados à contraparte pela invalidade do negócio. A responsabilidade pré-contratual, com a amplitude que lhe dá a redação do artigo 227º, abrange os danos provenientes da violação de todos os deveres (secundários) de informação, de esclarecimento e de lealdade em que se desdobra o amplo espectro negocial da boa-fé”. (VARELA, João de Matos Antunes. *Op cit.*, p. 270.)

⁴⁵Antunes Varela, nesse sentido, afirma que “a disciplina contratual se aplica às relações nascidas do simples contacto social entre as pessoas, antes da celebração, ou independentemente até da celebração de qualquer negócio jurídico. Trata-se dos casos típicos da culpa *in contrahendo*, entre os quais avulta o da responsabilidade na preparação e formação do contrato” (VARELA, João de Matos Antunes. *Op cit.*, p. 220-221.)

⁴⁶Os atos de tipo existencial referem-se às necessidades básicas do indivíduo, tais como, alimentação, vestuário, água, etc. (COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976. p. 92.) O ato existencial é, “por definição, praticável por todos”, seja trafegar no ônibus público, fazer compras em supermercado e refeições no restaurante. Não se exige no ato existencial a capacidade do agente, mas, sim, que “o ato se conforme ao padrão de normalidade estabelecido por usos e costumes do tráfico”, sendo os “pressupostos de ‘validade’ do ato existencial são então somente objetivos e não subjetivos: exige-se a conformidade da conduta a um padrão objetivo e não a conformidade dela aos elementos subjetivos do agente”, o que justifica a denominação de “conduta social típica” (BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais. Transformação da concepção clássica de negócio jurídico. In: **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, ano VII/VII, 1973/1974, p. 16.)

⁴⁷BARACAT, Eduardo M. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p. 224-225.

⁴⁸“Cuida-se da ruptura injustificada das negociações contratuais” (BARACAT, Eduardo M. *Op. cit.*, p. 238.)

⁴⁹Conforme a ementa que se transcreve: “PROMESSA DE CONTRATAR – PRÉ-CONTRATO – DESCUMPRIMENTO – REPARAÇÃO DE DANOS. A Justiça do Trabalho é competente para apreciar e decidir pedido de reparação de dano causado pelo descumprimento da promessa de celebrar contrato de trabalho, por tratar-se de controvérsia decorrente de uma relação de trabalho prometida e que não teria se consumado por culpa de uma das partes. Embora refutada por muitos, existe a chamada responsabilidade pré-contratual, decorrente de ação ou omissão culposas ocorridas entre a proposta e a aceitação. Se a aceitação da proposta é manifestada no tempo oportuno, o contrato estará perfeito e acabado pelo simples acordo de vontades. Mas em se tratando de proposta que não exige aceitação imediata, pode o peticitante retratar-se antes de manifestar o peticitado sua vontade. Entretanto, se este foi ilaqueado em sua boa-fé e frustrado na sua fundada esperança de contratar, tem ele o direito à reparação dos prejuízos sofridos. O dever de indenizar, no caso, explica-se, segundo alguns, pela teoria da culpa *in contrahendo* ou, segundo outros, pelo abuso de direito, mesmo que nessa fase não se entenda existirem direitos”. (TRT-3ª Região, RO 17739/2000, 4ª T., Rel. Juiz Luiz Otávio Linhares Renault, DJMG, 25/11/2000, p. 22.)

⁵⁰Nesse sentido, a seguinte ementa: “TRABALHO EM CONDIÇÕES SUBUMANAS. DANO MORAL COLETIVO PROVADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Uma vez provadas as irregularidades constatadas pela Delegacia Regional do Trabalho e consubstanciadas em Autos de Infração aos quais é atribuída fé pública (art. 364 do CPC), como também pelo próprio depoimento da testemunha do recorrente, é devida indenização por dano moral coletivo, vez que a só notícia da existência de trabalho escravo ou em condições subumanas, no Estado do Pará e no Brasil, faz com que todos os cidadãos se envergonhem e sofram abalo moral, que deve ser reparado, com o principal objetivo de inibir condutas semelhantes. Recurso improvido. II- TRABALHO ESCRAVO. PRÁTICA REITERADA. AGRAVAMENTO DA CONDENAÇÃO. Comprovado que as empresas do grupo econômico integrado pelas reclamadas já foram autuadas diversas vezes pelas mesmas razões, sem que cessem a conduta, há que se agravar a condenação. Recurso do Ministério Público parcialmente provido”. (TRT- 8ª REGIÃO ACÓRDÃO TRT 1ª T/ RO 01780-2003-117-08-00-2, julg. 21 de fevereiro de 2006 SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY – Desembargadora Relatora). Importante observar que, nessa decisão, a condenação aos proprietários rurais correspondeu ao pagamento de indenização no importe de R\$ 5 000 000,00 (cinco milhões de reais), a ser revertido ao FAT, relativo ao dano moral coletivo. (Disponível em: (<www.trt8.gov.br> Acesso em: 7 set. 2006.)

⁵¹Conforme a seguinte ementa: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TRABALHO RURAL EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS A DE ESCRAVO - DANO MORAL COLETIVO – INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS. O pedido de indenização por dano moral coletivo não se confunde com o pleito de reparação dos danos individualmente sofridos pelo trabalhador. A indenização por dano moral coletivo tem a mesma natureza pedagógico-preventiva, mas também visa reparar a ordem jurídica violada e os interesses difusos e coletivos da sociedade, indignada pela transgressão dos direitos mais comezinhos do cidadão-trabalhador, retirando-lhe a garantia constitucional do respeito e dignidade da pessoa humana”. (TRT-8ª Reg. 3ª T./RO 00682-2003-114-08-00-9 Julg. 13 de abril de 2005. Rel. Juiz Antonio Oldemar Coelho dos Santos).

O trabalhador, contudo, também tem todos os direitos subjetivos decorrentes de uma relação de emprego, sobretudo a anotação da CTPS.

A concepção tradicional sobre contrato de trabalho exige, para sua caracterização, a existência do enlace psicológico convergente das duas declarações de vontade⁵².

Mesmo aceitando-se a concepção tradicional, é inconcebível que o trabalhador que tenha sido tratado como escravo pelo proprietário rural também o seja pelo ordenamento jurídico trabalhista. Em outras palavras, inaceitável não se reconhecer a esse trabalhador os mesmos direitos de um empregado, sob pena de não se conferir a dignidade de empregado ao trabalhador tratado como escravo.

A dignidade de empregado confere ao trabalhador anotação da CTPS, para o recebimento de benefícios previdenciários,⁵³ contagem de tempo de serviço para aposentadoria; direito a FGTS, a férias, a 13º salário e a todas as demais parcelas decorrentes da relação de emprego.

O registro da CTPS permite, ainda, ao empregado demonstrar experiência profissional para obtenção de novos empregos e, ainda, acesso ao crédito para aquisição a prazo de bens de consumo.

Em outras palavras, empregado com CTPS anotada é trabalhador inserido no contexto socioeconômico.

Reitere-se, nesse sentido, que é inconcebível e inaceitável retirar do trabalhador em condição análoga à de escravo as prerrogativas de empregado.

Atento a esse fato, o Ministério do Trabalho tem atuado intensamente não apenas na libertação dos trabalhadores, mas também em saúde, segurança, formalização e Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. De janeiro a março de 2005, por exemplo, “a ação fiscal do MET garantiu a formalização de quase 167 mil vínculos trabalhistas, verificou 18 mil estabelecimentos em relação a riscos no ambiente de trabalho e aproximadamente 64 mil em relação ao recolhimento do FGTS”.⁵⁴

Constata-se, portanto: o trabalho prestado na hipótese da condição análoga à de escravo gera ao beneficiário o dever

de efetuar a anotação da CTPS do trabalhador, como também os demais direitos trabalhistas do trabalhador⁵⁵. Irrelevante, por isso, a vontade das partes. A ordem jurídica, com a finalidade de manter a coesão social em torno dos valores consagrados na Constituição da República, impõe o dever de não tratar ninguém de forma desumana ou degradante, não podendo dele renunciar o beneficiário do trabalho análogo ao de escravo.

Vê-se, assim, que situação jurídica objetiva é fonte de obrigações trabalhistas, independente da vontade das partes ou mesmo que o trabalho tenha sido prestado contra a vontade do trabalhador.

A despeito da concepção tradicional do contrato de trabalho, no qual o enlace psicológico da declaração de vontade das partes é fundamental, a situação jurídica decorrente da condição análoga à de escravo gera deveres (ex.: cessar o tratamento desumano e degradante) e direitos subjetivos (ex.: salário, FGTS, férias, gratificação natalina, dentre outros).

A violação do dever de não tratar ninguém de forma desumana e degradante resulta, primeiro, na pretensão de fazer cessar esse desrespeito; essa pretensão jamais será atingida pela prescrição, pois somente deixará de existir quando a violação tiver fim.

Por outro lado, da infração desse dever, também resultam pretensões à indenização por dano moral coletivo e por dano moral individual, que surgem quando cessa a violação, pois somente nesse momento é possível dimensionar o prejuízo e, conseqüentemente, a indenização correspondente. O prazo prescricional, portanto, inicia-se quando finda o desrespeito ao dever e a prescrição atinge as respectivas pretensões.

Da violação dos direitos subjetivos ao salário, horas extras, FGTS, dentre outros, resulta inadimplemento das respectivas prestações (ex.: pagar o salário relativo a setembro/2006), do qual surge a pretensão (mesmo exemplo: em 7 de outubro de 2006, 5ª dia útil do mês seguinte ao de referência).

b) As situações jurídicas institucionais, ou seja, a segunda categoria de situações objetivas, constituem-se por hipóteses em que haja conseqüências jurídicas, fixadas pela

⁵²A doutrina tradicional brasileira define contrato de trabalho como “um acordo de duas ou mais vontades tendo em vista a produzir efeitos jurídicos” (MARANHÃO, Délio. *Op. cit.*, p. 243) ou “a vontade, manifestada de modo escrito, verbal ou meramente tácito, está sempre na base de toda relação jurídica entre empregado e empregador”. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 360.)

⁵³Nesse sentido, prevê o art. 40 da CLT: “As Carteiras de Trabalho e Previdência Social regularmente emitidas e anotadas servirão de prova nos atos em que sejam exigidas carteiras de identidade e especialmente: I – Nos casos de dissídio na Justiça do Trabalho entre a empresa e o empregado por motivo de salário, férias ou tempo de serviço; II – Perante a Previdência Social, para o efeito de declaração de dependentes; III – Para cálculo de indenização por acidente do trabalho ou moléstia profissional.”

⁵⁴Revista do Trabalho, n. 1, abr./maio/jun. 2005, Ministério do Trabalho e Emprego, p. 13. No site do Ministério do Trabalho e Emprego, consta como finalidade do combate à condição análoga à de escravo: “Erradicar o trabalho escravo e degradante, por meio de ações fiscais coordenadas pela Secretaria de Inspeção do Trabalho, nos focos previamente mapeados. **A fiscalização do trabalho visa regularizar os vínculos empregatícios dos trabalhadores encontrados e demais consectários e libertá-los da condição de escravidão**”. (Grifei. Disponível em: <www.mte.gov.br> Acesso em: 7 set. 2006.) Ainda, a MP 74 de 23 de outubro de 2002, alterando a Lei n. 7 998, de 11 de janeiro de 1990, assegurou o pagamento de seguro-desemprego ao trabalhador resgatado da condição análoga à de escravo.

⁵⁵Nesse sentido, tem-se a seguinte decisão: “CONDIÇÕES DE TRABALHO AVILTANTES. DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES PATRONAIS. AFRONTA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Restando patente que as demandadas, além de não arcarem com suas obrigações legais, ainda submetiam seus empregados a condições aviltantes – cárcere decorrente da falta de pagamento de salário, fome, submissão, ameaças e humilhações, torna-se imperiosa a reforma do julgado originário, a fim de responsabilizá-las solidariamente pela satisfação dos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários, sem eximi-las de indenizar os obreiros pelos danos morais sofridos”. (TRT-11ª Região, RO 28325/2003, Ac. 4068/2004, julg. 10/9/2004, DOE 22/9/2004, Rel. Juiz Lairto José Veloso.)

ordem jurídica de tal maneira que aparecem sobretudo como poderes e deveres, menos como direitos, relacionando-se a uma inspiração política autoritária. Nesse caso, os titulares das situações jurídicas objetivas não podem renunciar a esses poderes e deveres⁵⁶, sob pena de renunciarem à própria situação jurídica.

O exemplo mais importante no direito do trabalho é o do poder de direção do empregador, refletidos nos poderes de organizar, hierárquico, regulamentar e disciplinar.

Com efeito, o empregador possui o poder de organizar a atividade econômica, na medida em que é seu o risco, podendo, ainda, dirigir a prestação pessoal do trabalho do empregador (CLT, art. 2º). O empregador tem, também, o poder de regulamentar as condições de trabalho⁵⁷ e de punir o empregado com advertência, suspensão e dispensa por justa causa (CLT, arts. 474 e 482).

O empregador não pode renunciar ao poder de direção, pois, se o fizer, estará renunciando à própria condição de empregador, já que não é possível a existência de empregador sem poder de direção, ao menos no sistema capitalista. O empregador tem a faculdade de não exercer ou delegar a prepostos o poder de direção, o que não significa renúncia.

O poder de direção, no entanto, é acompanhado de deveres, visto que o titular de um poder só pode utilizá-lo tendo em vista o interesse tutelado pelo direito. Em outras palavras, o poder de direção deve ser exercido nos limites e no interesse da ordem jurídica.

O poder de direção, dessa maneira, é limitado pelos deveres que a ordem jurídica impõe ao empregador, como, por exemplo, o de não exigir do empregado serviços superiores às suas forças nem aqueles defesos em lei, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato, nem tratar o empregado com rigor excessivo e, igualmente, não pode submeter o empregado a perigo manifesto de mal considerável (CLT, art. 483, “a”, “b” e “c”).

O desrespeito a esses deveres também caracteriza um fato antijurídico, de abuso do poder de direção, sancionado pela ordem jurídica com a possibilidade de rescisão indireta do contrato de trabalho pelo empregado, com a caracterização da

justa causa do empregador, gerando ao empregado o direito subjetivo às verbas rescisórias e, eventualmente, a alguma indenização, se o empregador tiver causado dano moral ao empregado.

Note-se que a situação jurídica do poder de direção gera prerrogativas e deveres ao empregador, dos quais não tem faculdade de se eximir. O não-exercício ou o exercício regular dessas prerrogativas não ocasionam prestação nem, por conseguinte, pretensão, não sendo passível de prescrição.

Por outro lado, o descumprimento desses deveres acarreta uma situação jurídica de reação ao fato antijurídico, conforme item 3.1, do qual surge a pretensão reparatória, a ser eventualmente alcançada pela prescrição, se não exercida no prazo prescricional.

4. Atos ilícitos

Ato ilícito⁵⁸ é toda ação ou omissão ofensiva “de direitos alheios, proibidas pela ordem jurídica e imputáveis a uma pessoa, em termos de se poder afirmar que ela procedeu com culpa ou dolo”⁵⁹.

Nesse sentido, dispõe o art. 186 do CCB/2002:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

É importante não confundir ato ilícito com ato antijurídico. No ato ilícito há sempre a culpabilidade do agente; o ato antijurídico prescinde essa culpabilidade. Em ambos, no entanto, há uma ação ou omissão humana, contrária ao direito, suscetível de causar dano a outrem, como também o nexo de causalidade entre o ato e o dano. Nessa acepção, lembra Fernando Noronha, “será ilícita somente a ação ou omissão que reúne dois elementos: a violação de um direito (elemento objetivo), que seja resultante de uma atuação culposa (elemento subjetivo)”⁶⁰. Relevante essa distinção, sobretudo para efeito de se verificar a responsabilidade civil subjetiva, porque nesta se exige a prática de um ato ilícito para que surja a obrigação de indenizar⁶¹.

⁵⁶ROUBIER, P. *Op. cit.*, p. 77.

⁵⁷A Súmula 51 do TST prevê o poder regulamentar do empregador: “NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT. I – As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. II – Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro”.

⁵⁸Conforme Francisco Amaral, o “ato ilícito pode ser penal e civil, conforme resulte da infração de norma de direito público penal, que visa defender a sociedade, prevenindo e penalizando a infração e retribuindo com a pena cominada, ou da infração de norma de direito privado, que tem por objetivo a defesa dos interesses particulares, geralmente mas não necessariamente de natureza econômica.” (**Direito civil**. Introdução. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 529). O objeto do presente estudo é o ato ilícito que possa ser verificado em razão do contrato de trabalho, seja contratual ou extracontratual.

⁵⁹NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 360.

⁶⁰Importa observar que “O ato que é proibido do ponto de vista da ilicitude objetiva só será subjetivamente ilícito quando a pessoa que o praticar tiver consciência dessa antijuridicidade”. (NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 362.)

⁶¹O art. 927 do CCB/2002 dispõe: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

O elemento subjetivo é caracterizado por um ato voluntário do agente, “pois só o homem como destinatário dos comandos emanados da lei é capaz de violar direitos alheios” ou de agir contrariamente às disposições que tenham por finalidade disciplinar a vida social⁶². Quando se alude a ato voluntário, não se pretende que seja ato querido, ou seja, aquele caso “em que o agente tenha prefigurado mentalmente os efeitos” do ato “e tenha agido em vista deles”⁶³. Em verdade, o ato voluntário significa apenas ato objetivamente controlável ou dominável pela vontade⁶⁴. Assim, são considerados voluntários os atos de negligência como a omissão, “inobservância das normas que nos mandam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; imprudência, definida como “precipitação, procedimento sem cautela”⁶⁵. A distração e falta de autodomínio normal são, desse modo, hipóteses de atos voluntários⁶⁶.

A imperícia, por outro lado, não é considerada como hipótese de ato voluntário culposo, ao menos na relação empregatícia, visto que, caracterizada como inaptidão ou inabilidade para a realização de determinado trabalho e tendo o empregador o poder de comando e fiscalização sobre o labor realizado pelo empregado, haveria culpa concorrente se o empregado agindo com imperícia causasse dano ao empregador. Caracterizar-se-ia a culpa concorrente, já que o empregador concorreu para o dano, considerando ter permitido que o empregado, sem a aptidão ou a habilidade necessárias, realizasse o trabalho. Nos termos do art. 945 do CCB/2002, a indenização devida deveria ser fixada, tendo-se em conta a gravidade da culpa do empregador em confronto com a do empregado. Ocorre, todavia, que o poder de comando do empregador determinando ao empregado que realize trabalho para o qual não possui capacitação impede que esse ato de imperícia possa ser considerado objetivamente controlável ou dominável pela vontade do empregado⁶⁷, na medida em que, se o empregado descumpra a ordem do empregador, pode ser dispensado por insubordinação, o que caracteriza justa causa (CLT, art. 482, h).

O ato ilícito pode ser contratual ou extracontratual. Ilícito contratual quando implicar a violação de prestação ou

dever decorrente do contrato de trabalho; extracontratual ou aquiliana quando consiste na violação de deveres impostos pela ordem jurídica de forma geral⁶⁸. O ilícito contratual será estudado neste item. O ilícito extracontratual foi apreciado no tópico precedente.

Ainda na seara do ato voluntário, há, ainda, o doloso, em que se verifica a intenção do agente no sentido de causar o dano.

O ato ilícito é a principal fonte das obrigações trabalhistas.

O ilícito contratual decorre da ação ou omissão de uma das partes, que enseja o descumprimento de prestação e causa prejuízo à contraparte. Com o descumprimento da prestação, surge a pretensão, ou seja, faculdade de o credor exigir o cumprimento da prestação.

O empregador que contrata com o empregado percentual de 10% de comissão e depois a reduz para 8% comete um ato ilícito. Toda vez que o empregador paga ao empregado a comissão de 8% está descumprindo parcialmente a prestação, ensejando, por conseguinte, uma pretensão correspondente.

Também é ilícito contratual o ato do empregado que, por negligência, quebra uma máquina, acarretando a pretensão do empregador de, havendo previsão contratual, ressarcir-se do prejuízo por intermédio de desconto salarial (CLT, art. 462, § 1º).

5. Conclusão

A classificação das fontes das obrigações trabalhistas é relevante para se verificar, sem sobressaltos, que as obrigações decorrem de fatos jurídicos diversos do contrato de trabalho.

Assim, é possível, sem ofensa ao princípio da autonomia da vontade, tão caro à doutrina tradicional trabalhista, reconhecer ao trabalhador análogo ao de escravo os mesmos direitos de qualquer empregado.

Também é relevante, segundo a classificação das fontes das obrigações trabalhistas, observar que a lei não é fonte direta de obrigação, o que permite concluir que nenhum direito subjetivo decorre diretamente da lei, mas, sim, de determinado fato jurídico.

Nesse contexto, não há sentido na referência da Súmula n. 294 do TST, de que, se o direito à parcela também

⁶²VARELA, João de Matos Antunes. *Op. cit.*, p. 526.

⁶³*Idem, ibidem*, p. 529.

⁶⁴VARELA, João de Matos Antunes. *Op. cit.*, p. 529; AMARAL, F. *Op. cit.*, p. 529. Escreve Fernando Noronha: “Os atos antijurídicos que não tenham na sua base uma vontade juridicamente relevante devem mesmo ser enquadrados dentro dos fatos jurídicos em sentido estrito”. (*Op. cit.*, p. 365.)

⁶⁵AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 534.

⁶⁶VARELA, João de Matos Antunes. *Op. cit.*, p. 529.

⁶⁷Nesse sentido: DANOS MORAIS, DANOS MATERIAIS, DOENÇA DO TRABALHO: “Demonstrado que a reclamante encontra-se incapacitada para o trabalho em decorrência de acidente de trabalho, causado por uso indevido de equipamento de proteção individual, em circunstâncias tais que configuraram a culpa recíproca (imperícia da empregada e culpa ‘in vigilando’ da empregadora) tem-se que foram preenchidos os pressupostos contidos no artigo 159 do CC-1916 (correspondente ao artigo 186 do novo Código Civil) para a concessão de indenização por dano moral, relativos ao dano, a culpa e o nexa causal entre a omissão do empregador e a ocorrência do dano, não havendo como se afastar a responsabilidade civil desse, respeitada, no entanto, a proporcionalidade de sua contribuição para o evento danoso, na fixação das indenizações respectivas”. (TRT-MG- RO 00409-2003-040-03-00-0, Julg. 15/4/2004, DJMG 29/4/2004, p. 20, Rel. Juiz Rodrigo Ribeiro Bueno.)

⁶⁸Por isso, o art. 187 do CCB/2002: (“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”) não prevê hipótese específica de ato ilícito, mas, sim, de ato antijurídico.

está assegurado por preceito de lei, justifica a aplicação da prescrição parcial, pois a lei não é fonte direta de obrigação ou, em outras palavras, todos os direitos subjetivos estão assegurados pela lei.

Sem fundamento jurídico adequado, portanto, a base da Súmula 294. Em última análise, toda obrigação decorreria diretamente do contrato de trabalho, como também da situação jurídica objetiva, de certos acontecimentos naturais, dos fatos antijurídicos e dos atos ilícitos, e apenas indiretamente da lei.

Insustentável afirmar, portanto, que se determinado direito subjetivo não tem previsão legal, aplica-se a prescrição total e, em caso contrário, a parcial.

Esse é assunto para outro trabalho.

6. Referências

- AMARAL, F. **Direito civil**. Introdução. 4. ed. São Paulo: Renovar, 2002.
- BARACAT, E. M. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.
- BARROS, A. M. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.
- BECKER, V. N. **A categoria jurídica dos atos existenciais**. Transformação da concepção clássica de negócio jurídico. Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, ano VII/VII, 1973/1974.
- BETTI, E. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969.
- COUTO E SILVA, C. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- _____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, V. M. J. de. [Org.]. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.
- GOMES, O. **Obrigações**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. **Introdução ao direito civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- IRTI, N. **La edad de la descodificación**. Barcelona: José Maria Bosch, 1992.
- NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NORONHA, F. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- OLIVEIRA, S. G. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. São Paulo: LTr, 2005.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomos VI, XXII, XXIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- ROUBIER, P. **Droit subjectifs et situations juridiques**. Paris: Dalloz, 1963.
- SÜSSEKIND, A.; MARANHÃO, D.; VIANA, S. **Instituições de direito do trabalho**. v. I. 20. ed. Atualizada por Arnaldo Süssekind e Lima Teixeira. São Paulo: LTr, 2002.
- VARELA, J. de M. A. **Das obrigações em geral**. v. I, 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

Artigo 03

As Razões Históricas do Surgimento do Direito Penal Econômico

de Fábio André Guaragni¹

1. Introdução – Características do direito penal econômico e seu confronto com o direito penal tradicional. 2. A impossibilidade histórica de um direito penal tutor da ordem econômica até os fins do século XIX. 3. O surgimento do direito penal econômico como reação ao Estado liberal-burguês do século XIX. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução – Características do direito penal econômico e seu confronto com o direito penal tradicional

O direito penal econômico figura como um dos modernos ramos do direito penal. Não vem só. Faz-se acompanhar por outros nichos do direito penal, igualmente modernos, como o direito penal ambiental.

A modernidade do direito penal econômico radica nos contornos diversos que possui quando comparado à criminalidade tradicional, reunida sob o espectro da expressão “direito penal nuclear” (Hassemer). Tanto no direito penal econômico, como no direito penal ambiental, avultam características similares que contrapõem, e até desafiam, os lugares comuns do direito penal nuclear. A título de exemplo, podem-se assinalar alguns aspectos: a) a tutela penal realizada pelo direito penal econômico e pelo direito penal ambiental volta-se à proteção de interesses metaindividuais, ao passo que o direito penal nuclear protege interesses eminentemente individuais. Tanto assim que o crime mais paradigmático é o homicídio, inclusive como exemplo nas salas de aula. Assinale-se, logo, que o direito penal econômico tutela o bem jurídico “ordem econômica”, de cariz metaindividual difuso (v. art. 170, CRFB); b) a política criminal em matéria penal econômica e ambiental envereda pela sugestão da incriminação da pessoa jurídica quanto à subjetividade ativa do delito, no Brasil, restrita à matéria penal ambiental, por força da previsão legal do art. 225, 3º, CRFB c/c 3ª Lei 9 605/98.

Também os princípios liberais que guarnecem a cartilha do direito penal nuclear sofrem menoscabos. O princípio da legalidade padece com o excessivo recurso à tipificação por meio de normas penais em branco e uso corrente de elementos normativos para composição dos tipos objetivos.

O princípio da lesividade ao bem jurídico encontra-se desafiado pelo emprego de crimes de perigo – particularmente,

de perigo abstrato – e sua manutenção exige criações dogmáticas, como a noção dos bens jurídicos “ofensíveis por acumulação”. A lesão concreta desses bens somente ocorre se várias pessoas repetem o comportamento. Porém o legislador penal pune criminalmente um comportamento isolado como maneira de conter a repetição, numa espécie de tutela antecipada ou preventiva em relação à efetiva violação do bem jurídico. Visualize-se o exemplo de um palmiteiro flagrado colhendo algumas varas de palmito juçara. A falta específica daquelas palmeiras não altera o ecossistema da microrregião protegida, coisa que só pode ocorrer mediante a repetição às largas da coleta ilegal do palmito, capaz de provocar perigo concreto à preservação do ecossistema ou efetivo dano. O contraponto com o direito penal nuclear, centrado em crimes de dano como o furto, o roubo, o homicídio e a lesão corporal, é evidente. Também é visível o embate com o princípio da insignificância.

O próprio princípio da intervenção mínima é posto em cheque, na medida em que o direito penal econômico surge como *prima ratio legis* para tutelar a preservação da ordem econômica, no bojo da noção sociológica de “sociedade de risco”. Essa noção põe em relevo o fato de novas tecnologias que trazem riscos iminentes possuírem uso alargado pela economia de mercado pós-globalização. Diante disso, o direito penal é empregado fartamente para contenção desses riscos, cercando a atividade econômica em todos os seus ciclos: produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Quanto mais se expande a oferta de bens e serviços portadores de tecnologias de risco, tanto mais se volta a atuação legislativa para a criminalização primária dos comportamentos associados a essa oferta. Como a perspectiva de expansão dessas ofertas se afigura inarredável, o direito penal tem-se expandido no mesmo passo. São vários os exemplos. O art. 1º da lei 8 176/91

¹O autor é promotor de justiça, doutor e mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR); professor de Direito Penal dos programas de mestrado em Direito da Unipar e Faculdades Integradas Curitiba (FIC), da Escola do Ministério Público do Paraná (Fempar) e da Escola da Magistratura do Paraná (Esmar); coordena a pós-graduação em Direito Criminal e Processo Penal das Faculdades Integradas Curitiba (FIC).

revela um direito penal chamado a conter os riscos derivados da aquisição, distribuição e revenda de produtos inflamáveis, como petróleo, gás natural, bem como os riscos derivados do uso de gás liquefeito em motores de qualquer espécie. A Lei 11 105/05 dispõe, em seu art. 27, tipo penal criminalizando a liberação ou descarte de organismos geneticamente modificados fora dos parâmetros regulamentares, inclusive alimentícios. Ademais o art. 28 propõe larga incriminação da manipulação transgênica de organismos fora de especificações legais. *De lege data*, verifica-se o emprego do direito penal em relação à tecnologia da manipulação transgênica de produtos destinados à alimentação humana. *De lege ferenda*, pode-se projetar o uso do direito penal para regram emissões de sinais das estações radiobase de telefonia celular, com o fito de evitar fatores capazes de causar doenças, como o câncer².

A teoria do crime, nesses termos, sofre profundas revisões. A conduta humana é posta em cheque pelo questionamento à parêmia clássica *societas delinquere non potest*, de um lado, e – sobretudo – pela idéia de que deve deixar de ser o ponto de partida para a construção do sistema analítico de crime, dando lugar às funções do direito penal. Nesse passo, fala-se do funcionalismo jurídico-penal, pelo qual a teoria do crime deve ser desenvolvida com base nas funções do direito penal. No caso do direito penal econômico, funções de contenção dos riscos já destacados.

A teoria do tipo exige revisão, sobretudo no tocante aos critérios de imputação do evento ao agente. Aqui, a característica do direito penal econômico relativa ao emprego de crimes de perigo avulta. Afinal, se não é requerido um dano, o dogma do nexo de causalidade como cerne da imputação do fato ao agente se esfumaça. Por outro lado, a teoria do tipo insta revisão relativa à definição do papel do garante, em crimes omissivos impróprios. É que o recurso à noção do garante, como agente a quem incumbe evitar resultados lesivos, é própria de um direito penal atento ao modelo social em que a gestão de riscos se encontra distribuída entre as pessoas que integram a sociedade. Nesses termos, o direito penal ressalta, por meio dos tipos penais, os deveres dos garantes, na busca da contenção de riscos necessária à preservação da configuração social. Bem pontua Silva Sanchez: “...a responsabilidade em comissão por omissão, submetida em nosso âmbito a precisas exigências com vocação de aplicação restritiva (sobre a idéia básica da identidade estrutural do plano normativo com a comissão ativa), está transformando-se ao aplicar-se ao âmbito dos delitos de empresa ou de estruturas organizadas (como infração do dever de vigilância).”³ Como se vê, o paradigma clássico do crime ativo, ou comissivo, próprio do direito

penal tradicional, dá lugar aos crimes omissivos, sobretudo impróprios, caracterizados pelo garante na condição de sujeito ativo.

A culpabilidade, como ressalta Prittwitz⁴, igualmente sofre mudanças de perfil: de uma “hostilidade ao bem jurídico”, própria dos crimes tradicionais, o direito penal econômico, assim como o ambiental, passam a exigir apenas uma indiferença, uma atitude de desinteresse em relação às normas jurídicas, por parte do sujeito ativo, consubstanciando mera “periculosidade para o bem jurídico”. De outra banda, a potencial consciência da ilicitude e sua excludente, o erro de proibição invencível, exigem reelaboração, centrada tanto nos critérios de análise relativos: a) à capacidade do sujeito ativo perceber a plêiade de deveres que lhe incumbem, como garante (para os crimes omissivos impróprios), como b) nos critérios de atribuição da consciência da ilicitude em crimes nos quais o bem jurídico é afetado por acumulação e naqueles delineados mediante elementos normativos no tipo.

Finalmente, não é demais considerar que a teoria da pena também sofre impactos quando aplicada aos ramos do direito penal econômico e ambiental. Pense-se no questionamento alusivo às funções preventivo-especiais da pena, quando aplicadas a empresários que, em tese, estampam o ajuste social próprio da burguesia e estabelecem modelos de vida que povoam o imaginário popular: o desejo de ser “bem sucedido” profissionalmente encanar-se na figura do próspero *businessman*. Reflita-se ainda sobre o problema concreto da possível ineficácia da pena de multa, por ser passível de integração nos custos empresariais e, por conseguinte, assumida em última análise pelo consumidor, quando adquire o produto. Trata-se de uma curiosa inversão, na qual a vítima do crime acaba arcando com a reação penal, por via indireta. Fica-se a imaginar balanços contábeis com uma nova rubrica: provisão para custeio de condenações criminais.

Enfim, à guisa de introdução, a rolam-se características centrais do direito penal econômico e do seu “parente mais próximo”, o direito penal ambiental. Cada um desses caracteres serviria, isoladamente, para desenvolver um trabalho científico. Aqui, porém, giza-se outra pretensão: evidenciar as raízes históricas do moderno ramo do direito penal econômico.

2. A impossibilidade histórica de um direito penal tutor da ordem econômica até os fins do século XIX

De início, cumpre assinalar não as razões do surgimento, mas sim do não-cabimento de um direito penal econômico, voltado à tutela da ordem econômica, até a virada do século XIX para o século XX.

²Disponível em: <www.ambientebrasil.com.br> Acesso em: 10 fev. 2006.

Dá conta de que os excessos de emissão de sinais das ERBs são, de fato, fatores cancerígenos.

³SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*. p. 90.

⁴PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad del riesgo y derecho penal*. In: *El penalista liberal*. p. 151.

De fato, até o início do século XX era inviável pensar num direito penal econômico, na condição de tutor do bem jurídico metaindividual da ordem econômica. O século XIX foi o grande manancial da experiência liberal-burguesa no exercício do poder, que exigiu a construção de um modelo jurídico que lhe desse sustento, em cujo seio não havia lugar para a constituição de bens jurídicos meta ou supra-individuais. Trata-se, afinal, do momento histórico em que o individualismo se apresenta como pedra-de-toque. Os direitos respectivos, penal e civil, carregam a mesma personalidade: são ordenamentos jurídicos voltados sobretudo à proteção de interesses individuais. E quais são as razões disso? A resposta exige recuo ainda maior no tempo, podendo-se estabelecer o período do absolutismo monárquico europeu como ponto de partida.

O absolutismo monárquico caracteriza a forma de governo que emergiu da consolidação dos modernos Estados-nação europeus. Antes, a Europa medieval passou pela etapa histórica do feudalismo, em que o poder político estava pulverizado, diluído nas mãos dos senhores feudais, que exerciam os poderes próprios da suserania nos âmbitos estreitos dos feudos, submetendo seus vassallos. Somente o poder eclesiástico se mantinha como poder concentrado, absoluto, pairando sobre o poder político diluído dos senhores feudais.

A superação dessa etapa deu-se com a aliança entre determinados senhores feudais e a Igreja. Dessa aliança surgiram reis investidos de poder por força dos desígnios de Deus, a submeter povos ainda mergulhados numa configuração mística do mundo. A Baixa Idade Média – época da constituição das monarquias nacionais – efetivamente se apresenta, na Europa, permeada pelo modelo filosófico teocêntrico, em que Deus rege os destinos da humanidade, exercendo um poder sem limites.

Sendo absoluto o poder de Deus, também o poder de seus representantes terrenos era absoluto – e assim se impunha aos olhos do povo. Da união entre o papado e senhores feudais hegemônicos em relação aos seus pares surgiu, naturalmente, um poder político exercido de modo absoluto e sem limites pelo rei. Colhe-se, da racionalidade mística da época, o seguinte: se o poder de Deus não tem limite, e o rei é ungido por Deus como tal, também o poder do rei não possui limites. Esse é o assento filosófico teocêntrico do absolutismo monárquico.

Desse modelo, surgiu uma relação de poder em que o indivíduo é objeto do poder estatal. Há supremacia do Estado em relação ao indivíduo, relegado a um plano de puro servilismo. Direitos atribuídos aos indivíduos, nesses termos, são verdadeiras mercês dadas pelo governante onipotente.

Distribui-os, portanto, ao seu talante, conforme considerar conveniente. No mais, o indivíduo existe para o Estado que, de tão forte, surge como administrador de sua existência, colocando-se como aquele que “deixa viver ou faz morrer”, na célebre construção de Foucault, recordada por Zaffaroni⁵.

A viragem em relação a esse modelo de relações entre o indivíduo e o Estado iniciou-se com o rompimento do paradigma teocêntrico, que foi substituído por um modelo de pensamento antropocêntrico a partir do Renascimento. Noutros termos: o homem assume-se como centro da racionalidade, em lugar de Deus, “renascendo” nos termos em que se autoconcebera durante o pensamento clássico greco-romano. Assim, se o homem existia porque criado à imagem e semelhança divina, passou a existir por sua condição de ser pensante – *cogito, ergo sum* (penso, logo existo) –, na fórmula cartesiana clássica. Evoque-se, por exemplo, o extraordinário pensador que foi Leonardo da Vinci, como emblema de sua época – virada do século XV para o XVI.

Nesses termos, a racionalidade empenha-se em livrar-se do misticismo, mediante a pretensão básica de entender as leis da natureza e submetê-las à vontade do homem. As vivências científicas de Copérnico, Kepler, Galileu dão testemunho da submissão da natureza aos desejos humanos. Bem esclarece François Châtelet que, para Galileu, a “realidade sensível é inteligível, contanto que se efetuem as análises necessárias e que haja um esforço de aperfeiçoamento do instrumento matemático. Não há nada que possa escapar à inteligência humana”⁶. (gn) Coaduna-se com Descartes, cujo projeto fundamental é “tornar o homem dono e senhor da natureza”, no dizer de Châtelet⁷.

Esse pensamento filosófico há de refletir nas relações entre o indivíduo e o Estado. De fato, o novo quadro proporcionado pelo Renascimento e, depois, pelo movimento de submissão e compreensão das leis da natureza, deram margem ao Iluminismo, em que a auto-imagem do homem se ergue a um “pedestal magestático”. De fato, um homem que no medievo se via como servo do poder absoluto de Deus e do rei, seu escolhido na Terra, passou a ver-se como alguém dignificado por sua condição de ser pensante. Domina as leis da natureza, explica-a e foge a construções metafísicas de pensamento. Sente-se forte o suficiente para invocar uma nova condição: em vez de objeto do poder do Estado, sujeito desse poder.

Para tanto, entrega-se a uma nova empreitada: desenvolver uma teoria do Estado que exalte sua condição de centro do pensamento. Apareceram os discursos filosóficos do jusnaturalismo, fundamentalmente voltado a explicar a origem do poder estatal não mais como vontade de Deus, mas como vontade dos próprios seres humanos. Nesse passo, o

⁵ZAFFARONI, Eugenio Raul. La criminología como curso. In: *En torno de la cuestión penal*. p. 21.

⁶CHÂTELET, François. *Uma história da razão*. p. 64.

⁷*Idem*, p. 66.

jusnaturalismo surgiu como discurso de contenção do poder estatal (Bobbio)⁸. O homem, não mais objeto do poder estatal, proclamou-se dotado de direitos pela só condição humana que possui. Por nascer homem ou mulher, possui inerente à sua condição o direito à vida. Do mesmo modo, concebe o direito à integridade física, à liberdade e ao patrimônio.

Como em estado de natureza nada assegura o respeito mútuo a esses direitos naturais, o estado civil foi criado. Num ponto os discursos jusnaturalistas são semelhantes: o estado civil é criação humana, representando a superação do estado de natureza. A diferença está nos termos e nas finalidades para as quais o estado civil é criado. O jusnaturalismo menos interessante para o indivíduo em sua relação com o poder estatal, de Hobbes, parte da idéia de que optam os homens por “paz sem liberdade”, havida sob o seio do estado civil (*Leviatã*), no lugar de “liberdade sem paz” havida em estado de natureza⁹. Já a fórmula jusnaturalista mais favorável ao indivíduo na equação de poder indivíduo-Estado, posta em evidência por John Locke, pontua que o contrato social que cria o Estado dá-se em tais termos: o indivíduo perde o direito de fazer justiça por si mesmo, preservando todos os direitos que, no mais, são inerentes à sua condição natural de ser humano¹⁰: liberdades, vida, integridade física, patrimônio, etc. O Estado assume o encargo de distribuir justiça e, portanto, de proteger esses bens. Na síntese, o Estado existe para o indivíduo. Está a seu serviço.

Esse ideário conduziu aos seguintes termos: a) o Estado surge pela vontade dos indivíduos que compõem a sociedade; b) o Estado está a serviço desses indivíduos, protegendo-os, como administrador de justiça, quando um sujeito rompe a esfera de interesses individuais de outrem; c) o poder estatal, necessariamente, tem limites.

As tintas do ocaso do absolutismo monárquico estavam dadas. O embate com o rei, o clero e a nobreza, pilares do modelo de poder decadente, deu-se simbolicamente através de dois eventos: a Revolução Francesa (1789), durante a qual o rei Luís XVI foi preso e assassinado; a Independência Americana (1776), com a qual a colônia findou sua submissão à metrópole. A simbologia dos eventos justamente está na derrocada do poder do rei.

Cabe parênteses importantes aqui, para frisar que a Revolução Francesa não foi uma revolta popular propriamente dita. Tratou-se, sim, do momento em que as rédeas do poder se deslocaram do rei e seu séquito de nobres para a burguesia, ou seja, uma classe social eminentemente urbana, constituída nos “burgos”, ou cidadelas cercadas, que, montada na circulação de bens e prestação de serviços, num sistema econômico

capitalista florescente, concentrou poder econômico e, por conseguinte, potencializou sua conversão em poder político.

O ideal burguês de libertar-se do poder estatal para, livremente, acumular riquezas, encontrava caminho concreto. Toda a insatisfação resultante da submissão a um Estado máximo, que impunha altas cargas tributárias, fazia controle da liberdade de expressão e impunha modelos comportamentais fundados no catolicismo, cerceando desde a emissão de opiniões até a vida sexual, sob ameaça de sanções desproporcionais – no mais das vezes, penas de morte. Isso daria lugar a um novo desenho de Estado, denominado liberal.

O Estado liberal, oposto ao absolutista monárquico, caracterizava-se pela preservação de largos âmbitos de liberdade em prol dos membros da sociedade. A pretensão de um Estado que autolimitasse suas intervenções na vida privada, mediante compromissos estampados nas primeiras constituições, ganhou corpo, sobretudo por intermédio do movimento constitucionalista europeu do começo do século XIX.

A experiência política do século XIX revelaria um Estado mínimo, na medida em que garantia a liberdade de os ricos acumularem riqueza e, no contraponto, de os pobres acumularem pobreza. A liberdade de costumes, a liberdade religiosa, a liberdade nas relações mercantis demarcaram o Estado minimalizado dessa época. Do lema “liberdade, igualdade e fraternidade”, implantara-se exclusivamente a idéia de liberdade, a partir do movimento revolucionário francês.

O momento em que o Estado se minimalizou e os âmbitos de liberdade privada foram ampliados, numa consagração do modelo contratualista proposto desde o Iluminismo, revela uma característica fundamental para entender o século XIX: o egocentrismo ou individualismo. Se recuarmos ao modelo de pensamento centrado no *cogito, ergo sum* cartesiano (século XVII), é possível verificar, desde aí, um homem que se basta, que não precisa de ninguém. Existe porque pensa. Para pensar, só precisa de si.

Esse traço egotista vem “marcado a ferro”, como impressão profunda no âmago do Iluminismo, no qual o homem domina a natureza, mediante sua racionalidade, e no seu transporte para a teoria geral do Estado – o jusnaturalismo – em que o Estado existe para preservar os direitos e interesses do indivíduo. Vida, liberdade e patrimônio, nesses termos, são a tríade em função da qual o Estado existe. O dever estatal é preservá-los. No mais, o Estado não deve intervir na vida privada.

O direito penal do século XIX, denominado “liberal-burguês”, não teria como fugir às mesmas características. De fato, a doutrina do século XIX propôs um direito penal protetor

⁸BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Immanuel Kant*. p. 15-16.

⁹*Idem*, p. 44-45.

¹⁰*Ibidem*, p. 46.

dos interesses subjetivos violados mediante rompimentos do contrato social. Veja-se Feuerbach, por exemplo, enunciando na primeira metade do século XIX que a “razão geral da necessidade e da existência da mesma [sanção penal] – tanto na lei como no seu exercício – é a necessidade de preservar a liberdade recíproca de todos mediante o cancelamento do impulso sensual dirigido às lesões jurídicas”¹¹. Na metade final do XIX, conquanto a formulação da noção de bem jurídico na condição de “ente” já estivesse sólida, a partir do contributo de Johannes Birnbaum, a tônica de que a proteção jurídico-penal se voltava a interesses individuais permanecia, conforme, v.g., Von Liszt: “... todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A proteção dos interesses é a essência do direito...”¹². Nesse diapasão, o direito penal teria por missão a tutela ou proteção de bens jurídicos (ou “interesses juridicamente protegidos”, na definição de Liszt), fazendo-o de forma reforçada, “por meio da cominação e da execução da pena como mal infligido a criminoso”¹³. Na execução penal, o “Estado não recua diante das lesões mais graves e mais reais dos bens dos seus súditos – a vida, a liberdade, a honra e o patrimônio...”¹⁴

Como se verifica, a experiência histórica do século XIX, no sentido de consagrar as liberdades individuais frente ao poder do Estado, contendo-o, não dava espaço para um direito penal econômico, tutor de um interesse metaindividual. À época, os direitos individuais, ditos “de primeira geração”, estavam sendo solidificados, sendo tratados com primazia pelos vários ramos do ordenamento jurídico. Particularmente, o patrimônio, como bem jurídico caro às classes burguesas, constituídas solidamente pela vivência de uma economia capitalista e liberal, apresenta-se como cerne das preocupações tanto do direito penal como do direito civil.

Pode-se enunciar o direito penal do fim de século XIX, de fato, como um direito penal “patrimonialista” – ligado, portanto, a um bem jurídico essencialmente individual. O próprio surgimento das polícias urbanas, “em sua forma moderna, para custodiar a riqueza” (Zaffaroni)¹⁵, como instrumentos integrantes do sistema penal, que consiste no conjunto de órgãos encarregados da criação e aplicação do discurso jurídico-penal, fundamentou-se, no início do XIX, para proteção básica do patrimônio da burguesia. A função dessas polícias era realizar o controle social das levas de populações marginalizadas que ocuparam as periferias de grandes cidades européias, atraídas pelos subempregos que caracterizaram o apogeu da revolução industrial. No mesmo diapasão, o direito civil, ao consagrar um direito de propriedade sem limites para o *dominus*, no Brasil bem representado pelo Código Civil de 1916.

Sendo o direito penal econômico vinculado à tutela de um bem jurídico metaindividual, a denominada “ordem econômica”, efetivamente não existiam condições históricas para sua formatação até o início do século XX.

3. O surgimento do direito penal econômico como reação ao Estado liberal-burguês do século XIX

Conforme dissemos, a Revolução Francesa implantou liberdade de fato, segundo um modelo jusfilosófico contratualista, centrado na ficção da igualdade entre as pessoas. A implantação de igualdade concreta jamais fora meta da burguesia enquanto gestora dos rumos do Estado. Afinal, a tomada do poder estatal foi realizada, num primeiro momento, justamente para contê-lo, garantindo a minimalização estatal e a não-intervenção na economia.

Essa não-intervenção estatal na economia proporcionou os pilares necessários para um livre, contínuo e avassalador processo de acumulação de capitais em mãos da casta social burguesa, então hegemônica. A fotografia da cena social de Paul Strathern é vigorosa.

A Revolução Industrial ocasionara amplo sofrimento e benefícios desproporcionais para poucos. Nas minas, mulheres e crianças seminuas arrastavam trenós de carvão, chapinhando de gatinhas na escuridão fétida de laterais estreitas muito abaixo do solo. Enquanto isso, o príncipe regente entretinha a sra. Fitzherbert e Beau Brummel com jantares de 15 pratos em meios aos exotismo orientais do Royal Pavilion que mandara construir junto o mar, em Brighton. Assim céu e inferno circunscreviam a crueldade e as pieguices peculiares de um mundo dickensiano em seus primórdios.¹⁶

Esse quadro foi tão contundente que a crítica ao Estado liberal burguês passou a permear o pensamento europeu a partir da segunda metade do século XIX. O ataque marxista ao capitalismo, mediante a proposta de um modelo econômico que eliminasse a “mais-valia” derivada da exploração do trabalho pelo capital, é um marco discursivo no sentido da busca de igualdade social. Vários outros libelos acusatórios foram dirigidos contra a desigualdade social patrocinada pelo modelo de Estado liberal-burguês. Já na primeira metade do século XIX, Saint-Simon na França e Roberto Owen na Inglaterra eram sensíveis às distorções produzidas pelo modelo de economia capitalista liberal. Também a crítica de Proudhon, em 1840, à propriedade – “a propriedade é furto”¹⁷

¹¹ *Idem*, p. 61.

¹² VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. p. 93.

¹³ *Idem*, p. 98.

¹⁴ *Ibid*, p. 99.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal*. p. 223.

¹⁶ STRATHERN, Paul. *Uma breve história da economia*. p. 124-125.

¹⁷ *Apud* REALI, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. v. III, p. 181.

“porque o capitalista não remunera o operário com todo o valor do seu trabalho” – foi certamente uma *avant-première* da crítica marxista. Na literatura, os clássicos **Germinal** (1881), de Émile Zola, e **Os Miseráveis** (1862), de Vitor Hugo retratam à perfeição o quadro de desigualdades sociais que caracterizou a Europa do século XIX.

Enfim, a segunda metade do século XIX apresentou uma classe burguesa no controle do poder estatal e, *pari passu*, uma crítica aguda às desigualdades sociais daí decorrentes. Estabelecia-se o discurso que, no início do século XX, seria meneado como bandeira para a constituição de um Estado forte, interventor, moldado em exato oposto ao Estado liberal que o antecedeu.

A apropriação desse discurso aconteceu emblematicamente na revolução de outubro de 1917, na Rússia. O partido comunista assumiu as rédeas do Estado russo, pontecendo um modelo econômico caracterizado pelo exato oposto ao liberalismo: a intervenção plena do Estado na economia, como agência de produção e distribuição de bens e serviços, substitutiva do empresário ou capitalista. A passagem de Giovanni Arrighi é elucidativa.

... a eclosão da guerra entre as grandes potências estava fadada a ter um impacto contraditório nas relações governante-governado. Por um lado, *ela aumentou o poder social dos não-proprietários, direta ou indiretamente* envolvidos no esforço militar-industrial dos governantes. Por outro, cerceou os meios disponíveis para que os últimos absorvessem esse poder. Essa contradição evidenciou-se no decorrer da Primeira Guerra Mundial, quando alguns anos de hostilidades declaradas foram suficientes para deflagrar a mais séria onda de protestos e rebeliões populares, até então experimentada pela economia capitalista mundial (Silver, 1992, 1995).

A Revolução Russa de 1917 logo se converteu no ponto focal dessa onda de rebelião. Ao defender o direito de todos os povos à autodeterminação (o “antiimperialismo”) e a primazia *dos direitos de subsistência sobre os direitos de propriedade e de governo* (o “internacionalismo proletário”), os líderes da revolução russa criaram a ameaça de tornar muito mais complicada a operação do sistema interestatal, num grau até então desconhecido...¹⁹

Logo, a bandeira marxista, erguida na Europa Oriental, deslocou-se para oeste como opção predestinada a eliminar os malefícios do liberalismo do século XIX, impondo às elites burguesas que controlam o aparelho estatal um

patrulhamento político e econômico similar sobre a vida de seus súditos. Surgiram, como reação aos Estados interventores de esquerda, Estados igualmente interventores, de direita, dos quais o fascismo italiano e o nazismo alemão se constituiriam nos maiores exemplos. De fato, sustenta Eric Hobsbawm que “... a ascensão da direita radical após a Primeira Guerra Mundial foi sem dúvida uma resposta ao perigo, na verdade à realidade da revolução social do poder operário em geral, à revolução de outubro e ao leninismo em particular. Sem esses, não teria havido fascismo algum...”²⁰

O fato é que os Estados posteriores à Primeira Guerra Mundial são claros contrapontos ao Estado liberal do XIX. Se este não interveio nos processos econômicos, consagrando a economia de livre-mercado, aqueles fizeram o processo reverso: os Estados com governos totalitários de direita intercederam na vida econômica, controlando minuciosamente o ciclo da produção e distribuição de bens e serviços levado a termo na esfera privada, sobretudo para financiamento das máquinas de guerra que, mediante uma atitude imperialista e preventiva em relação à “ameaça comunista”, emergiram na Europa Ocidental. Os totalitarismos de esquerda assumiram a condição de produtores e distribuidores de bens e serviços, eliminando toda a iniciativa privada, em obediência à cartilha marxista.

Nesses termos, os modelos de Estados fortes, sucessores dos Estados minimalistas liberais do século XIX, passaram a impor suas “ordens econômicas”, arregimentando as forças do ciclo da economia a favor de seus interesses políticos, imperialistas e beligerantes.

Para proteção dessas “ordens econômicas”, os mencionados Estados fortes, de regimes de governo totalitários, recorreram ao ordenamento jurídico penal, constituindo todo um novo campo de criminalidade voltado: a) à garantia do sucesso das atividades interventoras realizadas na economia; b) à preservação dos modelos econômicos desenhados para os ciclos produtivos e distributivos de bens e serviços, atados fortemente aos destinos políticos postos avante pelos respectivos governos. Surgia, nesses marcos históricos, o “direito penal econômico”, na condição de campo jurídico-penal destinado à tutela do bem jurídico metaindividual “ordem econômica”. A “ordem econômica”, nesse contexto, era definida como intervenção do Estado na economia. Tal concepção do bem jurídico “ordem econômica”, conquanto metaindividual, deixou patente a pretensão do direito penal econômico de proteger, com base na constituição de um novo campo de criminalização primária, não os interesses das pessoas integrantes da sociedade, mas sim – e sobretudo – os interesses do próprio Estado, como gestor da economia.

¹⁸*Idem*, p. 181.

¹⁹ARRIGHI, Giovanni. *O longo século XX*. p. 64-65.

²⁰HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos – o breve século XX (1914-1991)*. p. 130.

Essa é a justificativa histórica do nascimento do direito penal econômico, tardio em relação ao direito penal dito “clássico” ou “nuclear”.

4. Conclusão

O direito penal econômico, como ramo destinado à tutela da ordem econômica, apresentou condições históricas de surgimento somente a partir do começo do século XX, com a constituição de Estados fortes, de cariz totalitário, caracterizados pela forte intervenção na economia, seja regrando e patrulhando a atividade produtiva e distributiva de bens e serviços levada a efeito pela iniciativa privada (Estados de direita), seja substituindo o capitalista e assumindo as funções próprias do ciclo econômico relativas à produção e distribuição de bens e serviços ao consumo.

A experiência histórica do século XIX não dava lugar a um direito penal econômico. Afinal, de um lado, o XIX foi o momento da consolidação dos direitos de primeira geração, eminentemente individuais, centrados na liberdade e no patrimônio, como heranças do ideário iluminista, que serviu de marco discursivo dos grandes processos revolucionários do século XVIII, em particular a Revolução Francesa. De outro lado, o XIX foi o palco da experiência econômica liberal-burguesa, o século em que o capitalista livrou-se do Estado absolutista, que tributava e concentrava a riqueza no rei, na nobreza e no clero. Tal experiência não combinava com uma ordem econômica imposta pela agência estatal.

A “ordem econômica”, como intervenção estatal na economia, foi produto da reação aos Estados liberais do XIX, propiciando nova equação de poder. Enquanto no ideário liberal iluminista, o Estado estava a serviço do indivíduo, a experiência totalitária da primeira metade do século XX enalteceu o reverso: um indivíduo a serviço do Estado, como força de trabalho e soldado, no quadro de esforços de guerra que foi peculiar ao período.

Assim, o surgimento de um direito penal econômico, voltado à tutela da intervenção estatal na economia, exigiu a superação do perfil individualista que caracterizou o formato dos direitos consolidados no transcurso do século XIX.

Atualmente, o direito penal econômico subsiste como ramo do direito penal que protege o bem jurídico metaindividual “ordem econômica”. O conceito de ordem econômica, entretanto, foi profundamente alterado no transcurso do século XX. O fenômeno da sociedade de risco, produzido pelo capitalismo tardio, bem como a constituição de um novo discurso filosófico, centrado na idéia de alteridade (reconhecimento da existência do “outro” a partir da experiência da comunicação ou ação comunicativa), determinaram nova formatação do conceito. Atualmente, a “ordem econômica” tutelada pelo direito penal econômico

não mais está constituída da intervenção estatal na economia. Predomina a noção de que representa algo mais amplo: a regularidade de produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Nesse passo, volta-se muito mais à preservação dos interesses meta e supra-individuais do que aos interesses do Estado propriamente dito, que caracterizou a primeira versão do direito penal econômico.

As razões desta mudança ora pinceladas são assunto para outra exposição. Para o momento, está constituída a justificativa histórica do surgimento do direito penal econômico.

5. Referências

- ARRIGHI, G. **O longo século XX**. Tradução de: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto / São Paulo: Unesp, 1996.
- BOBBIO, N. **Direito e estado no pensamento de Immanuel Kant**. Tradução de: Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- CHÂTELET, F. **Uma história da razão**. Entrevistas com Émile Noël. Tradução de: Miguel Serras Pereira. Lisboa: Editorial Presença, 1993.
- HOBBSAWM, E. **Era dos extremos – o breve século XX (1914–1991)**. Tradução de: Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- PRITTWITZ, C. **Sociedad del riesgo y Derecho Penal**. In: **El Penalista Liberal – controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología**. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- REALI, G.; ANTISERI, D. **História da filosofia**. v. III. 5. ed. São Paulo: Paulus, 1991.
- STRATHERN, P. **Uma breve história da economia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. Tradução da 2. ed. espanhola de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.
- VON FEUERBACH, P. J. A. R. **Tratado de derecho penal**. Tradução de: Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- VON LISZT, F. **Tratado de direito penal**. Tomo I. Tradução de: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1898.
- ZAFFARONI, E. R. **La criminologia como curso**. In: **En torno de la cuestión penal**. Montevideo – Buenos Aires: Julio César Faire, 2005.
- _____. **Manual de derecho penal**. 6. ed. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1996.

Artigo 04

Interpretação de Tratados Internacionais

de Gilvan Brogini¹

1. Introdução. 2. A questão hermenêutica. 3. Regras da CVDT sobre interpretação de tratados. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

O presente artigo versa sobre as regras de interpretação previstas na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT, 1969). Para tanto, num primeiro momento, discute-se a questão hermenêutica, tendo em vista sua importância para a aplicação de quaisquer normas. Em seguida, analisam-se então os dispositivos pertinentes àquela Convenção. Ao final, breve parágrafo condensa as informações mais relevantes do artigo.

2. A questão hermenêutica

A questão hermenêutica é um dos assuntos mais importantes, e delicados, do Direito enquanto ciência. De fato, uma vez que o Direito representa um conjunto de normas positivadas que se presume ser a expressão, ou o reflexo, da sociedade de que emana, é natural que deva ser dinâmico, sob pena de perder seu sentido. Ocorre que as transformações observadas na sociedade sempre se dão de forma mais drástica, em relação às ocorridas no Direito, até pelas condições de sua “criação”. Isto faz com que seus institutos, além de sofrerem constante defasagem se comparados às estruturas sociais, acabem servindo apenas para reconhecer situações já consolidadas – e a História é repleta de exemplos neste sentido.

Em consequência, a cada dia surgem novos fatos que não se subsumem diretamente ou não encontram respaldo em algum dispositivo legal. Mas o Direito, mesmo assim, precisa ser aplicado para que os preceitos de justiça aos quais se associa possam ser atingidos. Isso implica a necessidade de uma adaptação das normas existentes aos casos concretos; e essa adaptação, realizada pelos órgãos investidos da jurisdição da tarefa de “dizer o direito”, é um processo eminentemente

hermenêutico. Interpreta-se a norma para que, assim, ela possa ser aplicada. Observa-se que, ao mesmo tempo, a hermenêutica é solução e problema. *Solução*, porque é dela que depende o dinamismo do Direito; e *problema*, porque nem sempre é possível identificar a forma mais acertada de como ela se deve conduzir para, conseqüentemente, se chegar a um resultado satisfatório.

Outrossim, a atividade de interpretar pressupõe naturalmente a utilização de um *método*, por sua vez composto de regras procedimentais e orientado por princípios específicos e/ou gerais. Vários são os métodos interpretativos conhecidos, e sua evolução histórica demonstra que eles são constantemente afetados por inúmeras variantes que refletem as necessidades sociais para as quais o intérprete deve atentar, condicionando assim a própria finalidade interpretativa ao contexto em que se encontra o intérprete.

Nesse sentido, quando o Direito foi identificado como ciência (o marco histórico foi a promulgação do Código Napoleônico, após a Revolução Francesa), os imperativos da época apontavam para o respeito à lei, que emergia como a única expressão da vontade geral do povo. Dessa forma, sendo praticamente a única fonte do Direito, ela deveria ser interpretada tal como se achava positivada. Nessa época é que surgiu a Escola da Exegese, para a qual a “função do jurista não consistia senão em extrair e desenvolver o sentido pleno dos textos, para apreender-lhes o significado, ordenar as conclusões parciais e, afinal, atingir as grandes sistematizações”².

Nesse cenário, apenas dois métodos mereceram destaque: o método *literal* ou *gramatical* e o método *lógico-sistemático*. O primeiro consiste em se indagar o exato sentido de um vocábulo ou do valor das posições do ponto de vista

¹Mestre em Direito Internacional pela USP, professor das Faculdades Integradas Curitiba e Faculdade Dom Bosco.

²REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. p. 274.

semântico. Assim, é da gramática o primeiro caminho que o intérprete deve percorrer para chegar ao sentido rigoroso da norma que interpreta. Já o método lógico-sistemático pressupõe a análise da norma em seu contexto, por meio de uma correlação com todos os demais preceitos que com ela se articular logicamente³.

A exigência de novas formas de compreensão do Direito, com o passar do tempo e a modificação dos usos e costumes, fez outros métodos ganharem importância. Um deles foi a chamada interpretação *histórica*, inspirada na Escola Histórica de Savigny, segundo a qual a lei é uma realidade histórica que se situa na progressão do tempo. O objetivo do intérprete, portanto, seria identificar qual teria sido a intenção do legislador, e sua conclusão, se no seu tempo ele se deparasse com os fenômenos que hoje se buscam elucidar. Esse método evoluiu, a partir de Saleilles, para a interpretação *histórico-evolutiva*. Em linhas gerais, por meio dela, o problema da interpretação deve ser colocado não na época do legislador, mas sim no tempo em que se situa o intérprete, uma vez que a norma legal, uma vez emanada, se depreende da pessoa que a criou⁴.

A análise desses métodos, especialmente o lógico-sistemático e o histórico-evolutivo, demonstra que eles se distinguem basicamente pelos recursos utilizados pelo intérprete na elucidação do sentido correto da norma. No primeiro caso, o foco central é o texto legal; enquanto no segundo ele se encontra em materiais alheios ao texto que possam revelar a intenção do legislador. Entre esses dois grupos surgiu o método de interpretação *finalístico* ou *teleológico*, cujo objetivo é identificar o significado da norma a partir do objeto e da finalidade da lei em que se acha. É a partir de variações do método teleológico que se identificam os problemas atuais da hermenêutica.

Com efeito, o método teleológico visa a efetivar o objeto e a finalidade da lei que se analisa. Ao contrário, observa-se hoje que muitas interpretações são baseadas em outras finalidades que se atribuem à lei ou mesmo que se encontram à margem da lei. Assim, coloca-se que o intérprete contemporâneo deve ter, como primeiro cuidado, o de interpretar a lei conforme sua finalidade social⁵. Em outras oportunidades, percebe-se que as normas são interpretadas para atender a imperativos a que se atribui o *status* de ordem pública – identifica-se aqui a chamada interpretação *política*.

Além desses exemplos, outras finalidades são apontadas. Nota-se que elas quase sempre guardam relação com os princípios de “maior importância” em seu contexto histórico-social.

Analisando a questão da hermenêutica no plano do Direito Internacional, constata-se que, além de outros, os métodos identificados interagem no âmbito dos órgãos que julgam controvérsias baseadas nas fontes do Direito Internacional. Esclareça-se, neste ponto, que a aplicação dos métodos de interpretação é mais factível em litígios envolvendo disposições escritas, razão pela qual as considerações apresentadas a seguir são desenvolvidas apenas em relação à interpretação de *tratados*, eis que se trata da principal forma de positividade das normas de Direito Internacional.

Feito esse esclarecimento, também no âmbito do Direito dos Tratados não existe um método-padrão de interpretação, não obstante o assunto ter sido objeto de um tratado específico: a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT)⁶. Assim, cada órgão que interpreta normas de Direito Internacional realiza sua atividade orientado por princípios nem sempre coincidentes e com objetivos também por vezes distintos. Além do que, a valoração dos materiais utilizados depende de cada metodologia, na análise de caso a caso.

De qualquer forma, todo estudo que se pretende realizar em matéria de interpretação de tratados prescinde da análise da CVDT, seja por seu caráter de norma positiva, seja, sobretudo, em razão de ela também ter atingido o *status* de norma costumeira⁷. Em razão disso, o próximo item destina-se à análise das disposições sobre interpretação de tratados da CVDT, nos quais se buscam identificar os procedimentos que a Convenção relaciona, assim como os princípios que traz implícitos em seu texto. Por fim, algumas considerações gerais a respeito do assunto são feitas no item conclusivo.

3. Regras da CVDT sobre interpretação de tratados

Já se fez alusão sobre a importância da interpretação como meio de aplicação de normas aos casos concretos. No âmbito do Direito Internacional, em que essas normas se materializam, via de regra, nos tratados, a relevância dos métodos interpretativos também é evidente. Com relação ao Direito Interno, os objetivos perseguidos não seguem caminhos diametralmente opostos. Por essa razão, os métodos de interpretação dos tratados diferem muito pouco dos métodos de interpretação utilizados no âmbito do Direito Interno.

³Cf. REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 275. O autor ainda relembra que, em relação à interpretação gramatical e à lógica, ainda permanecem velhos ensinamentos da hermenêutica jurídica, como a distinção entre interpretação restritiva e extensiva. (p. 276)

⁴REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 277-279.

⁵Essa posição é defendida por Reale, *Op. Cit.*, p. 285 e seg.

⁶Celebrada em Viena, no dia 23 de maio de 1969, e reproduzida em U.N.T.S., v. 1 155, p. 331, e International Legal Materials, v. 8, p. 679 (1969).

⁷Frise-se, entretanto, que esse entendimento não é unânime. Veja-se, em sentido contrário, Roth & Happ, *Interpretation of Uniform Law Instruments according to Principles of International Law*.

Em matéria de Direito Internacional, dois são os sistemas de interpretação normalmente identificados. Com efeito, a interpretação de uma norma de Direito Internacional pode ser realizada tanto no plano *internacional* quanto no plano *interno*. No primeiro caso, distinguem-se a interpretação *autêntica*, a *jurisdicional* e a *judiciária*. Já no plano *interno*, destaque-se a interpretação *governamental* e também a interpretação *judiciária*, que não se confundem com a situação da esfera internacional. Alguns autores ainda citam, como sistema não-oficial, a interpretação realizada pelos doutrinadores⁸.

Apesar dessas distinções não implicarem maiores conseqüências no plano da interpretação dos tratados, admitindo-se seu caráter nitidamente acadêmico, sua análise se faz de todo modo pertinente. Em primeiro lugar, diz-se que a interpretação realizada no plano internacional é *autêntica* quando ela emana das próprias partes pactuantes, seja num acordo bilateral (onde sua visualização é mais fácil) ou num tratado multilateral. Essa interpretação *autêntica* pode tomar a forma de um novo acordo, de índole puramente interpretativa. No caso do Brasil, ainda se permite que esse acordo interpretativo se realize na forma de um acordo executivo, hipótese em que se dispensa a aprovação do Congresso Nacional⁹.

A interpretação *jurisdicional*, por sua vez, é aquela realizada por um órgão investido do poder de jurisdição, ainda que *ad hoc*, tal como um Tribunal Arbitral. Diferenciando-se sutilmente da jurisdicional, a interpretação *judiciária* é aquela realizada por um organismo de jurisdição permanente, cujo exemplo marcante é a Corte Internacional de Justiça. Nessas hipóteses, as partes apontam, no tratado, *quem* será responsável pela condução do processo interpretativo para a solução de eventuais controvérsias que venham a surgir em decorrência da aplicação das disposições pactuadas¹⁰.

Além da interpretação de um tratado ser realizada no plano internacional, verifica-se que ela também pode ocorrer no âmbito interno de um Estado, sendo também identificada como interpretação *unilateral*. Neste caso, ela será considerada *governamental* sempre que emanar do Poder Executivo ou dos órgãos de sua administração encarregados de dar execução às normas do tratado. A mais comum e, ao mesmo tempo,

mais suscetível de gerar problemas na ordem internacional, no entanto, é a interpretação *judiciária*, realizada pelos órgãos judiciários do Estado no exame de casos concretos¹¹.

De uma ou de outra forma, uma questão sempre presente quando se discute esse assunto é a de qual seria o verdadeiro objetivo da interpretação de um tratado. Três teorias surgem a esse respeito: a teoria subjetiva (*subjective approach*), a teoria objetiva (*objective approach*) e, por fim, a teoria finalística ou teleológica (*teleological approach*). Os argumentos que sustentam uma ou outra teoria conduzem a duas posições: a) os que buscam descrever o processo interpretativo (centrando atenção nos materiais a serem consultados); e b) os que buscam estabelecer princípios ou regras (como as relativas à valoração desses materiais).

A teoria subjetiva entende como sendo o objetivo central num processo de interpretação de tratados investigar quais seriam as reais *intenções das partes* quando da negociação do tratado. A segunda teoria, por sua vez, visa a atingir, elucidar o *sentido do texto* do tratado, partindo do pressuposto de que ele, por si só, já represente e materialize as intenções de seus negociadores. Por fim, para a teoria teleológica, o objetivo do processo de interpretação de um tratado se resume a dar *efetividade ao objeto e finalidade* do tratado¹².

A teoria objetiva, ao que parece, foi a adotada pela CVDT, com base na presunção de que o texto do tratado já reflita as verdadeiras intenções das partes. Isso não significa, porém, desprezo a outros materiais, notadamente os textos que embasam a interpretação histórico-evolutiva. Reporta-se, dessa forma, à necessidade de esclarecer quais são esses princípios e regras norteadores das técnicas interpretativas presentes na CVDT.

Uma crítica que inicialmente se faz é que as regras da CVDT são incompletas e o procedimento a ser adotado não está definido claramente: há muitos outros princípios, não-previstos, que vêm sendo aplicados pelos tribunais. Dessa forma, não há um modelo perfeito a ser obedecido: cabe ao intérprete, na análise de cada caso, estabelecer a valoração dos materiais de que dispõe e que acabam distinguindo as teorias sobre interpretação, embora respeitadas as diretrizes da CVDT. Essas disposições sobre interpretação dos tratados estão colocadas nos artigos 31 a 33, onde se lê:

⁸Para maiores detalhes sobre os sistemas de interpretação de tratados, veja-se Haraszti, *Some fundamental problems of the law of treaties*. ch. III.

⁹Cf. REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 446. O autor ainda esclarece que "também governamental – mas não *autêntica* no sentido anterior, porque não pronunciada pelo conjunto das partes – é a interpretação que um dos pactuantes dá a conhecer aos demais pelo conduto diplomático. (p. 448)

¹⁰Nesse sentido, é importante o comentário de Haraszti, no sentido de que "(...) *irrespective of whether a judicial or non-judicial organ takes charge of interpretation, neither of them may proceed unless the parties have reached an agreement to this effect. No international organ may interfere in a dispute between a state and another, or among states, unless by authority received from the parties.*" *Op. cit.*, p. 54.

¹¹Interessante, sob esse aspecto, o artigo de Frankowska, *The Vienna Convention on the laws of treaties before United States courts*.

¹²Cf. SINCLAIR, Ian. *The Vienna Convention on the law of treaties*. 2. ed. Manchester: Manchester University, 1984. p. 114-117.

Artigo 31. Regras de Interpretação

1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum dos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objeto e finalidade.
2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreende, além do texto, seu preâmbulo e anexos:
 - a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes por ocasião da conclusão do tratado;
 - b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes por ocasião da conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.
3. Será levado em consideração, juntamente com o contexto:
 - a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;
 - b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;
 - c) qualquer regra pertinente de Direito Internacional aplicável às relações entre as partes.
4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

Art. 32. Meios suplementares de interpretação

Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou a determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:

- a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou
- b) conduz a um resultado que é manifestadamente absurdo ou desarrazoado.

Art. 33. Interpretação de tratados autenticados em duas ou mais línguas

1. Quando um tratado foi autenticado em duas ou mais línguas, seu texto faz igualmente fé em cada uma delas, a não ser que o tratado disponha ou as partes concordem em que, em caso de divergência, um texto determinado prevalecerá.
2. Uma versão do tratado em língua diversa daquelas em que o texto foi autenticado só será considerada

texto autêntico se o tratado o prever ou as partes nisso concordarem.

3. Presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido nos diversos textos autênticos.
4. Salvo o caso em que um texto determinado prevalece, nos termos do § 1º, quando a comparação dos textos autênticos faz sobressair uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor concilie esses textos.

Conforme se asseverou, a CVDT orienta-se no sentido de estabelecer, em matéria de interpretação: (I) regras, cujo caráter é mais de ordem procedimental; e (II) princípios, cuja função é servir de base para o desenvolvimento das regras procedimentais. Os princípios interpretativos assumem assim uma posição fundamental na interpretação de qualquer texto submetido às regras da CVDT. O principal deles, que surge da leitura do *caput* do art. 31, é o **princípio da boa-fé**.

Esse princípio deriva da regra do *pacta sunt servanda* e aplica-se a todo o processo de interpretação, incluindo o exame do texto, do contexto em que está inserido e sua verificação à luz do objeto e finalidade do tratado. Dele resulta também que a interpretação não pode conduzir a um resultado absurdo ou desarrazoado¹³. As regras da CVDT, por sua vez, identificam uma seqüência que pode ser sintetizada em cinco etapas (sendo as três primeiras a *regra geral*), de acordo com os parágrafos seguintes.

1º) Deve-se apurar o *sentido comum* dos termos do texto...

A análise do *sentido comum* dos termos do texto representa exatamente o método de interpretação gramatical, ponto de partida para a compreensão de qualquer norma, não apenas de Direito Internacional. Esse tipo de interpretação, que parece não suscitar maiores problemas, nem sempre é tarefa das mais fáceis: muitos litígios levados aos órgãos investidos do poder de solucioná-los normalmente se resumem a entendimentos díspares quanto ao verdadeiro sentido que se deve atribuir a um termo.

Um dos princípios informadores dessa etapa é o de que *não se deve interpretar o que não necessita de interpretação*, ou seja, “onde as palavras são claras e precisas, não devemos procurar intenções ocultas, em contrário”¹⁴. Verifica-se, outrossim, que o sentido comum não resulta da análise puramente gramatical, mas parte necessariamente dessa análise – razão pela qual muitos tribunais começam por utilizar o significado do termo contemplado em dicionários.

¹³SINCLAIR, Ian. *Op. cit.*, p. 119-120.

¹⁴ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 133.

Outro princípio cuja aplicação se revela nesta etapa é o da *contemporaneidade*, segundo o qual deve ser atribuído o sentido que o texto tinha no *momento da conclusão* do tratado. Por fim, a própria CVDT estipulou, no art. 31.3, que será dado sentido especial a um termo apenas se assim estiver previsto.

2ª) ... tendo-se em conta o *contexto* do tratado...

A insuficiência da interpretação gramatical exige que ela seja suportada por uma interpretação lógico-sistemática, em que o dispositivo interpretado é analisado a partir do local em que se encontra. Segundo a CVDT, o texto de um tratado deve ser lido como um todo, o que inclui preâmbulo e anexos. Além disso, o contexto inclui acordos relacionados *com a conclusão* do tratado, feitos por todas as partes ou feito por uma ou mais delas e aceito pelas demais. Evidentemente, se o acordo diz respeito a apenas duas ou mais partes num universo multilateral, esse acordo não pode ser considerado como parte do contexto. Também não o será se ele se relacionar com uma questão específica, que se desvincula de ou não se relaciona com as normas acordadas na *conclusão* do tratado principal.

Um dos princípios centrais, quando se trata da interpretação baseada no contexto é o do **efeito útil**. Segundo esse princípio, nenhum dispositivo pode ficar ocioso no tratado. Todas as normas têm um significado que, em conjunto, produzem um todo harmônico que deve ser perseguido pelo intérprete. Esse princípio, também conhecido como da “efetividade”, é bastante utilizado na prática do Direito Internacional, apesar de não-identificado expressamente pela CVDT.

Identifique-se, desde já, que esse contexto não é linear. Em outras palavras, durante a interpretação, uma parte do contexto sempre se revela como imediata para o intérprete, que deverá, portanto, observá-la em primeiro lugar, até porque esse contexto se pode revelar suficiente para o objetivo da interpretação. Trata-se do contexto imediato ou direto. Ao contrário, outras normas ou disposições, apesar da relação inequívoca com o texto que se interpreta, não guardam com ele: antes, revelam-se de forma geral e, muitas vezes, sua aplicação no processo interpretativo acaba não sendo esclarecedora.

No âmbito dessa “outra parte” do contexto estão os demais itens que a CVDT estipula levar em consideração: (I) os acordos interpretativos subsequentes; (II) a prática posterior das partes na aplicação dos tratados, através da qual se definem formas de sua interpretação; e (III) qualquer regra pertinente de DIP aplicável entre as partes. A interpretação que se baseia apenas nesses materiais tem sido caracterizada

como interpretação *prática*¹⁵. De forma correlata surge, nessa análise, o princípio da **interpretação restritiva**, cuja observação se refere aos termos que limitem a soberania do Estado ou as cláusulas tidas como exceção dentro do contexto.

Por fim, com relação ao item (III), “qualquer regra de DIP”, destaque-se que essas regras servem para situar, dentro do contexto, a evolução do Direito Internacional envolvendo as partes (a qual se reflete nos termos do tratado). Trata-se de uma aplicação do método de interpretação histórico-evolutivo, muito embora, como já se disse, ele deva adequar-se à interpretação realizada com base no contexto. Note-se que a previsão da CVDT nesse sentido visa a solucionar questões cujo resultado esteja atrelado ao princípio da contemporaneidade. Assim, caso o sentido comum do termo utilizado quando da celebração do tratado conduza a um resultado absurdo, permite-se a análise evolutiva desse termo.

3ª) ... submetendo-se a conclusão à verificação do *objeto e finalidade* do tratado...

Após identificação do sentido comum dos termos que se interpretam de acordo com o contexto, esse resultado é compatível com o objeto e a finalidade do tratado. Destaque-se, nessa oportunidade, que *objeto e finalidade* devem guardar relação com o contexto, de tal sorte que se utiliza apenas o contexto direto para identificar o sentido comum dos termos que se interpretam. Esse sentido deve estar necessariamente conforme o objeto e a finalidade daquele contexto analisado.

Essa verificação, contudo, deve ser considerada uma etapa secundária, porquanto a busca inicial é pelo sentido comum a ser atribuído aos termos do tratado. Em seguida, à *luz* de seu objeto e sua finalidade, essa conclusão preliminar deverá ser “testada” para ser, aí sim, confirmada ou modificada. Não fosse assim, observe-se que a busca do objeto e da finalidade do tratado como fator principal na interpretação (o que caracterizaria o método teleológico) pode representar uma busca das intenções comuns das partes, o que é praticamente impossível de atingir¹⁶. Dessa forma, objeto e finalidade devem emergir da própria análise do sentido comum do texto, ou seja, a interpretação teleológica deve emergir como variante da interpretação lógico-sistemática.

4ª) ... ou, se insatisfatórios os resultados, recorrendo-se aos *meios suplementares*...

Além da regra geral de interpretação, prevista no art. 31 da CVDT, o art. 32 trata dos meios suplementares de

¹⁵“The method of interpretation that relies on the subsequent conduct of the parties following upon the conclusion of the treaty has received the designation of practical interpretation.” (HARASZTI, György. *Op. cit.*, p. 138.)

¹⁶“(…) the search for the object and purpose of a treaty is in reality a search for the common intentions of the parties who drew up the treaty. This approach has certain dangers. In the case of general multilateral conventions, a search for the common intentions of the parties can be likened to a search for the pot of gold at the end of a rainbow.” (Grifou-se. SINCLAIR, Ian. *Op. cit.*, p. 130.)

interpretação. Segundo o artigo em questão, como condição para se recorrer a esses meios, o processo de interpretação, obedecida a regra geral, acaba por conduzir: a) a um sentido ambíguo ou obscuro; ou b) a um resultado absurdo ou desarrazoado. Frise-se novamente que o ponto de partida é elucidar o texto do tratado, que se presume ser a real expressão das intenções das partes (por isso é que esses meios desempenham papel secundário).

Um dos principais meios suplementares são os *trabalhos preparatórios*. Verifica-se que, na prática interpretativa, eles têm sido bastante utilizados, o que se pode justificar com base em dois fatores principais: (I) cautela dos intérpretes; (II) busca de mais “suporte” para a interpretação. Uma discussão que surge, quando se observa a utilização dos trabalhos, é se eles podem ser invocados contra Estados que deles não participaram (os aderentes, por exemplo). A tendência que se encontra na doutrina é de uma resposta afirmativa, apoiada na *condição* de que esses trabalhos tenham sido tornados “públicos”¹⁷. Observe-se, novamente, que a CVDT não confere grande importância aos trabalhos preparatórios.

5º) ... havendo problemas oriundos de *tratados multilíngües*...

Por fim, se um tratado é multilíngüe, confusões podem surgir quando da interpretação do sentido usual de um de seus termos¹⁸. Esse problema é comum principalmente no âmbito dos acordos multilaterais, redigidos em várias línguas que fazem fê igualmente. De imediato, esclareça-se que o tratado é multilíngüe apenas em sua expressão, mas é único quanto ao que expressa. Cumpre lembrar ainda que se deve buscar o sentido do texto, via regras dos artigos 31 e 32.

Entretanto, em caso de divergência entre textos autênticos, deve-se buscar uma interpretação restritiva do texto que melhor se adapte ao objeto e à finalidade do tratado. Nessas ocasiões, os trabalhos preparatórios podem ser importantes, já que normalmente são redigidos num único idioma. Por fim, um princípio que tem aplicação nesses casos e que encontra similar na prática contratual é o do *contra proferentem*, segundo o qual o tratado deve ser interpretado contra quem redigiu o texto (entendido o Estado em que se fala aquele idioma).

4. Conclusão

Os tratados internacionais representam a principal fonte do Direito Internacional. Por meio desses acordos de vontade, que na atualidade regulam a conduta dos Estados sobre os mais variados assuntos, estabelece-se um ambiente de previsibilidade e segurança nas relações internacionais. Como ocorre em todo ordenamento jurídico, a aplicação de suas normas aos casos concretos nem sempre é tarefa das mais fáceis, o que exige do operador jurídico a utilização de métodos de interpretação.

No caso do Direito Internacional, as regras voltadas para a interpretação de suas normas estão na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT, 1969), documento que tem inclusive o *status* de norma costumeira. Na CVDT, os métodos gramatical e lógico-sistemático, nessa ordem, têm posição de destaque, muito embora a Convenção não exclua a possibilidade de aplicação do método teleológico e ainda, de forma suplementar, o método histórico-evolutivo.

5. Referências

- ACCIOLY, H. **Manual de direito internacional público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ARAÚJO, L. I. de A. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. **O poder de celebrar tratados**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.
- CARRA, M. G. M. **Derecho de los tratados**. Bogotá: Temis, 1978.
- FRANKOWSKA, M. The Vienna Convention on the Laws of Treaties Before United States Courts. **Virginia Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 281-391, 1998.
- HARASZTI, G. **Some fundamental problems of the law of treaties**. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1973.
- KUNER, C. B. The Interpretation of multilingual treaties: comparison of texts versus the presumption of similar meaning. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 40, n. 4, p. 953-964, 1991.
- LAFER, C. O sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. In: CASELLA, Paulo; MERCADANTE, A. (Org.). **Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?** São Paulo: LTr, 1998. p. 729-755.
- MELLO, C. D. de A. **Curso de direito internacional público**. v. 1, 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.
- RANGEL, V. M. **Direito e relações internacionais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- REZEK, J. F. **Direito dos tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- _____. **Direito internacional público – curso elementar**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ROQUE, S. J. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Hemus, 1997.
- ROTH, M.; HAPP, R. Interpretation of uniform law instruments according to principles of international law. **Uniform Law Review**, v. II, n. 4, p. 700-711, 1997.
- SINCLAIR, I. **The Vienna Convention on the law of treaties**. 2. ed. Manchester: Manchester University, 1984.

¹⁷V. SINCLAIR, Ian. *Op. cit.*, p. 142-143.

¹⁸Para maiores detalhes sobre esse assunto, veja-se Kuner, *The interpretation of multilingual treaties: comparison of texts versus the presumption of similar meaning*.

Artigo 05

Hermenêutica do Recurso por Simples Petição na Justiça do Trabalho

de Luiz Eduardo Gunther*
e Cristina Maria Navarro Zornig**

1. Introdução. 2. A continuidade do *jus postulandi*. 3. A obrigatoriedade da presença do advogado. 4. Não pode ser apresentado por termo nos autos. 5. Prevalece apenas quanto ao recuso ordinário e quando há advogado. 6. Só prevalece quanto ao agravo de petição e ao recurso ordinário. 7. A exigência de fundamentação e suas conseqüências. 8. A defesa do recurso por simples petição. 9. Recurso por pedido verbal. 10. *Reformatio in pejus*. 11. Recurso conhecido, mas ao qual se nega provimento. 12. Depósito, custas e prazo. 13. O não-recebimento da norma pela nova ordem constitucional. 14. Jurisprudência conflitante. 14.1. Decisões que não exigem fundamentos recursais. 14.2. Decisões que exigem fundamentos recursais. 15. Orientações jurisprudenciais da SDI do C.TST. 16. Posicionamento do E.TRT da 9ª Região. 17. Conclusões. 18. Referências.

1. Introdução

Existem dois dispositivos celetários, aparentemente antagônicos, que tratam do encaminhamento das razões recursais na Justiça do Trabalho.

O primeiro, e mais antigo, é o *caput* do art. 899, cuja redação, bem antiga, diz o seguinte: “Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste título, sendo permitida a execução provisória, até a penhora. Os embargos e o recurso ordinário terão efeito suspensivo”. (Correção de acordo com o art. 1º do Decreto-Lei n. 6 353, de 20/3/1944, DOU 22.3.44.)¹

Posteriormente, nova redação dada pela Lei n. 5 442/68 estabeleceu o texto do *caput* do art. 899 assim (como se encontra atualmente em vigor): “Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora”.

Relativamente ao agravo de petição, dispositivo mais específico foi introduzido na CLT. Trata-se do § 1º do art. 897: “O Agravo de Petição só será recebido quando o agravante delimitar, justificadamente, as matérias e os valores impugnados, permitida a execução imediata da parte remanescente até o final, nos próprios autos ou por carta de sentença”².

2. A continuidade do *jus postulandi*

Existem autores admitindo, embora a letra da lei afronte a realidade e sejam pouquíssimas as ações em que as partes não se encontram assistidas por advogados, a existência da informalidade recursal: “a lei permite em âmbito de recursos para os Regionais essa informalidade, coerente com a presença do *jus postulandi* das partes (art. 791, CLT)”³.

3. A obrigatoriedade da presença do advogado

Também há autores posicionando-se no sentido de que a interposição do recurso ordinário, agravo de petição e agravo de instrumento prescindiriam de razões, em face dos arts. 899, *caput*, e 791, *caput*, ambos da CLT. Como o art. 133 da Constituição federal em vigor teria revogado o art. 791, *caput*, da CLT, tornando-se, em face disso, indispensável a presença do advogado no processo, não haveria motivo “de ordem lógica ou jurídica, para continuar sustentando a antiga opinião de que os recursos trabalhistas podem ser admitidos mesmo sem fundamentação. Esta, pois, tornou-se necessária, em virtude da presença do advogado no processo. Não basta, assim, que a parte especifique os capítulos da sentença que está impugnando; é essencial que o faça de maneira fundamentada, ainda que laconicamente”⁴.

*Juiz do TRT da 9ª Região.

**Assessora no TRT da 9ª Região.

¹Ver, a respeito, CESARINO JÚNIOR. *Consolidação das leis do trabalho anotada*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1945. v. II. p. 325.

²Redação dada pelo art. 49 da Lei n. 8 432/92, de 11/6/1992, DOU 12.6.92, LTr 56-7/885.

³OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Consolidação das leis do trabalho comentada*. 2. ed. Rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 828.

⁴TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Sistema dos recursos trabalhistas*. 9. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 124-125.

4. Não pode ser apresentado por termo nos autos

Estudiosos há sustentando que a expressão deve ser entendida apenas no sentido de que inexistente recurso por termo nos autos. Assim: “quanto à forma de interposição, o processo do trabalho só conhece o recurso apresentado por petição. Não há recursos trabalhistas apresentados mediante termo nos autos”⁵.

Tratando-se do recurso *ex officio* (remessa de ofício), admitir-se-ia que o recuso fosse manifestado por simples despacho da autoridade recorrente⁶. Isso se daria nas hipóteses expressas do Decreto-Lei n. 779, de 1969, relativamente à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos municípios e às autarquias ou fundações de direito público federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica, quando as decisões lhes fossem total ou parcialmente contrárias.

Christovão Piragibe Tostes Malta entende que o recurso não pode ser interposto mediante termo nos autos. Torna-se necessário, observa, “que o recorrente dê entrada em uma petição”⁷.

5. Prevalece apenas quanto ao recurso ordinário e quando há advogado

Sergio Pinto Martins tem posição bem peculiar. Admite apenas o recurso ordinário como podendo ser interposto por simples petição, uma vez que o agravo de petição exigiria delimitação da matéria e dos valores que, não sendo indicados, implicaria em não-conhecimento do recurso e, quanto ao agravo de instrumento, “necessita que o agravante indique porque foi negado seguimento ao recurso anteriormente interposto, para se compreender o que está sendo alegado”⁸.

Ressalva esse doutrinador que tal regra valeria, apenas, quando a parte estivesse “desacompanhada de advogado e não quando este postula no processo”⁹.

6. Só prevalece quanto ao agravo de petição e ao recurso ordinário

A regra da interposição de recurso por simples petição “só poderia prevalecer quanto ao recurso ordinário e ao agravo de petição, pois os demais recursos (revista, extraordinário, etc.) exigem justificativa, como a de que a decisão recorrida violou a lei, por exemplo, que são incompatíveis com uma simples declaração da parte de que deseja recorrer ou está recorrendo”¹⁰.

7. A exigência de fundamentação e suas conseqüências

A doutrina majoritária posiciona-se pela obrigatoriedade de fundamentação.

Eduardo Gabriel Saad diz que o recurso tem de ser apresentado por meio de petição, porque no processo trabalhista não se admite o apelo por termo nos autos, mas “o recurso sempre deve conter a exposição e a fundamentação da inconformidade do recorrente”¹¹.

Também nesse sentido se manifesta Valentin Carrion, afirmando que a interposição “por simples petição” (CLT, art. 899) apenas significa a desnecessidade de outras formalidades, como, por exemplo, o “termo de agravo no auto”, que era exigido no CPC de 1939, art. 852, vigente quando promulgada a CLT. Entretanto considera ser a fundamentação “indispensável, não só para saber quais as partes da sentença recorrida que transitaram em julgado, como para analisar as razões que o Tribunal deverá examinar, convencendo-se ou não, para reformar o julgado”¹².

Ao interpretar a regra do art. 899 da CLT, de que os recursos serão interpostos por simples petição, Wilson de Souza Campos Batalha afirma que isso não significa que possa a parte recorrente estar dispensada de oferecer as razões que fundamentam o recurso, mas, apenas, que “sua interposição independe de termo (formalidade que ainda subsistia, no CPC/39, em relação aos agravos no auto do processo). Mas a petição de recurso deve expor os motivos pelos quais o recorrente não se conforma com a decisão; de outra maneira, não só o Tribunal *ad quem* não saberia por que o recurso foi interposto, como ainda seriam facilitados os recursos protelatórios e a parte recorrida ficaria prejudicada no seu direito de apresentar suas razões contrárias às do recorrente (art. 900 da CLT)”¹³.

O pressuposto recursal da regularidade formal exige, segundo Júlio César Beber, “que o recorrente, em petição escrita, alinhe as razões de fato e de direito pelas quais pede nova decisão”¹⁴.

Assevera esse autor que “nem mesmo a simplicidade do processo do trabalho dispensa a imperiosidade de fundamentação do recurso, visto que esta se faz necessária por imposição do princípio do contraditório (cf. art. 5º, LV). (...) Ademais, vige, no sistema recursal, o princípio da dialeticidade

⁵RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. II. p. 1 009.

⁶*Ob. e p. cit.*

⁷MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Prática do processo trabalhista*. 31. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 538.

⁸MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 922.

⁹*Ob. e p. cit.*

¹⁰MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Prática do processo trabalhista*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2002. p. 538.

¹¹SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das leis do trabalho comentada*. 28. ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 693.

¹²CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 28. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 767.

¹³BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995. v. II. p. 551.

¹⁴BEPPER, Júlio César. *Recursos no processo do trabalho – teoria geral dos recursos*. São Paulo: LTr, 2000. p. 111.

(...), segundo o qual o recurso deve ser discursivo, mediante a apresentação, pelo recorrente, das razões recursais, a fim de que a outra parte possa contra-arrazoar, em observância ao contraditório. Assim como no sistema processual civil, também no sistema processual trabalhista, a exposição dos motivos de fato e de direito que ensejam a interposição do recurso bem como o pedido de nova decisão são requisitos essenciais e, portanto, obrigatórios. A inexistência de tais elementos conduz à ausência de regularidade formal e, por conseqüência, acarreta juízo de admissibilidade negativo”¹⁵.

Quanto à forma do recurso, Christovão Piragibe Tostes Malta, analisando o art. 899 da CLT, diz que o entendimento jurisprudencial e doutrinário dominante é o de que o recorrente não necessitaria indicar os fundamentos pelos quais pretenderia a reforma do julgado que lhe foi desfavorável, bastando a indicação como entende deveria ser dirimida a controvérsia na qual é parte. Assinala que a simples petição informando o desejo de recorrer tem sido recebida como recurso válido.

Segundo esse autor, entretanto, a prevalecer uma interpretação sistemática da lei, a terminologia “por simples petição” significaria “que o recurso não depende de formalidades especiais, mas que não dispensa fundamentação. O critério deve ser o mesmo das petições iniciais. A parte deve elucidar o que pretende e quais as razões por que pretende. A falta de fundamentação torna o recurso inepto”¹⁶.

Osiris Rocha¹⁷ tem essa mesma visão.

“É óbvio, também, que a simples petição, quando se tratar de recurso ordinário e que tenha por objetivo a reforma parcial do julgado, deve, mesmo com a simplicidade que a lei admite, especificar a parte sobre que deve recair o exame da segunda instância, sob pena de agir esta, indiscriminadamente, sobre toda a matéria decidida, exceto no que puder representar reformatio *in pejus*.”

8. A defesa do recurso por simples petição

Interpretando o art. 899 da CLT, Amauri Mascaro Nascimento posiciona-se no sentido de que a menção a recursos interpostos por simples petição decorre da devolutividade

dos seus efeitos, correspondendo “não somente à matéria impugnada pelo recurso, mas a todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro, entendimento que peca pela amplitude de concessão ao preceito legal”¹⁸.

Coqueijo Costa admite a interposição de recursos por simples petição, ao contrário do que acontece no processo civil, tomando a especificidade ao pé da letra, para não negar um dos característicos do processo do trabalho, em face da clareza do texto e sua decorrência do *jus postulandi* que as partes têm, mas apesar disso, afirma não ser possível o recurso “mediante termo nos autos: é necessária a petição”¹⁹.

Ora, se o E. STF entendeu em vigência a regra do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, continuam atuais as palavras de Coqueijo Costa. Com efeito, o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, Lei n. 8 906, de 4/7/1994, estabelecia no art. 1º, inciso I, serem atividades privativas de advocacia a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais. O E. STF suspendeu a eficácia desse dispositivo no que se refere aos “juizados especiais”, o que abrange a Justiça do Trabalho²⁰. Permanece, assim, por decisão do E. STF, o *jus postulandi* no processo do trabalho.

O defensor mais veemente da interposição de recursos por simples petição, no processo do trabalho, é Wagner Giglio. Diz ele “que a autorização contida no art. 899 da CLT, de interposição dos recursos por simples petição, significa exatamente o que diz: basta uma simples petição para desencadear a revisão do julgado. Mesmo que não se denunciem os motivos da irrisignação, o mero pedido de reexame, despido de qualquer fundamentação, é hábil para provocar novo pronunciamento judicial”²¹.

São três os fundamentos principais desse professor: a) a devolução do conhecimento da matéria discutida à corte revisora é efeito legal inerente ao recurso em si, e não de sua fundamentação; b) a corte tem obrigação de conhecer o direito e, deverá aplicá-lo ao caso concreto, ainda que não-invocado, corrigindo injustiças e reformando a sentença, se for o caso; c) o recurso *ex officio* deve ser admitido sem fundamentação, porque seria absurdo exigí-la do presidente da Junta ou juiz de direito, nas hipóteses do Decreto-Lei n. 779/69 (art. 1º, V), ou pelo presidente do Tribunal Regional, contra sua própria convicção, expressa no julgamento do dissídio coletivo (CLT, art. 898)²².

¹⁵*Op. cit.*, p. 112-114.

¹⁶MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Prática do processo trabalhista*. 31. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 537-538.

¹⁷ROCHA, Osiris. *Teoria e prática dos recursos trabalhistas*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 55.

¹⁸NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 488.

¹⁹COSTA, Coqueijo. *Direito judiciário do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 460.

²⁰ADIm 1 127-8-DF- Medida Liminar, rel. Min. Paulo Brossard, DOU 14/10/1994, seq. 1 p. 27.596.

²¹GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 386.

²²*Op. cit.*, p. 386.

9. Recurso por pedido verbal

Existem afirmações doutrinárias na direção da inexistência de exigibilidade na CLT para serem, o pedido e as razões do recurso, apenas apresentados por escrito. Desse modo, seria possível entender, interpretando o art. 899, que as partes poderiam interpor recurso por pedido verbal na secretaria, por termo que deverá ser lavrado. Admitir-se-ia esse procedimento às partes em coerência com o *jus postulandi*, “não sendo lícito admiti-lo quando elas estejam atuando no processo por meio de advogado”²³.

Admite esse autor a possibilidade de recurso por pedido verbal apenas ao ordinário, asseverando, ainda, que o parágrafo único do art. 506 do CPC, acrescido pela Lei n. 8 950/94, determinando que a petição de recurso será protocolada em cartório ou segundo a norma da organização judiciária, não se aplica ao processo trabalhista. Eis que a CLT possui regras expressas a respeito, e os recursos trabalhistas não se confundem com os do processo civil, quanto às normas de cabimento e procedimentais²⁴.

10. *Reformatio in pejus*

Interpondo o recurso por simples petição, segundo Ísis de Almeida, “o recorrente não teria especificado as partes da decisão recorrida que lhe interessava reformar e poderia ocorrer a *reformatio in pejus*, vedada no direito processual, isto é, o tribunal, reexaminando ‘toda’ a matéria versada na sentença, modificar partes que teriam transitado em julgado por falta de ataque em recurso, do reclamante ou do reclamado”²⁵.

Ressalva esse doutrinador que “no recurso ordinário *ex officio* a devolução da sentença se faz de forma integral, indiscriminadamente, mas aí é o interesse público que está em jogo, pois a decisão foi contrária ao ente público, resguardado porque representa aquele interesse”²⁶.

11. Recurso conhecido, mas ao qual se nega provimento

A “simples petição” desobrigaria a parte de apresentar razões? – pergunta Antonio Lamarca. Segundo exegese histórico-sistemática que faz do art. 899 da CLT, conclui que a intenção do legislador foi facilitar ao máximo a interposição do recurso, por isso tem a impressão “de que se deva conhecer do recurso desacompanhado de razões. Todavia, no geral, há de negar-se-lhe provimento, de vez que o vencido não fornece

ao tribunal *ad quem* os argumentos para obtenção da desejada reforma. Porém, realmente, não é o caso de não se conhecer”.

Esse respeitado doutrinador recorda palavras do ministro Orozimbo Nonato do E. STF sobre o tema: “A ausência de razões não basta a inutilizar recurso cabível e manifestado em tempo útil. Razoados não constituem termo essencial, e o sistema do Código de Processo não arma à fácil aceitação do flagelo das nulidades. Nem é curial supor-se, no caso, a aceitação dos fundamentos da sentença pelo recorrente, que não as refuta, pois o próprio fato do recurso está às chapas com essa suposição. Certo que a ausência de razões pode concorrer para enervar e debilitar o recurso, argüindo o desvalor do recorrente, às vezes, aliás, filho de receios infundados ou de dúvidas inconsistentes; não é, entretanto, poderosa a determinar o não-conhecimento mesmo do recurso”²⁸.

Wilson de Souza Campos Batalha refuta essas afirmações, asseverando, em seu *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*, que “as razões do pedido de nova decisão constituem um dos pressupostos processuais da instância recursal. Ausentes tais razões, impossível é conhecer do recurso, não obstante vários pronunciamentos em sentido contrário”²⁹.

12. Depósito, custas e prazo

Ao contrário do que possa parecer, em nenhum momento o recurso por simples petição está dispensado de ser interposto no prazo legal, de comprovar o pagamento de custas e o depósito recursal.

Nesse sentido se manifesta Tostes Malta, explicitando sua orientação ao recorrente no sentido de que, em qualquer hipótese de entendimento da expressão, “pode ficar sujeito a depósito e ao pagamento de custas e deve respeitar o prazo de lei para seu apelo”³⁰.

13. O não-recebimento da norma pela nova ordem constitucional

Um estudo necessário e importante a ser feito é se o *caput* do art. 899 da CLT, quando admite sejam interpostos os recursos por simples petição, teria sido recebido pela nova ordem constitucional vigente no país a partir de 5/10/1988.

Existe pelo menos um julgado entendendo que não, dessa forma: “Recurso por simples petição. Inadmissibilidade.

²³ALMEIDA, Ísis de. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2002. v. 2. p. 345.

²⁴*Op. cit.*, p. 345.

²⁵*Idem*.

²⁶*Ibidem*.

²⁷LAMARCA, Antonio. *Processo do trabalho comentado* – arts. 643 a 910 da CLT. São Paulo: RT, 1982. p. 661.

²⁸*Op. cit.*, p. 661.

²⁹*Op. cit.*, p. 552.

³⁰MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Prática do processo trabalhista*. 31. ed. São Paulo. LTR, 2002. p. 538.

1. A própria garantia constitucional de ‘ampla defesa’ (art. 5º, LV, e parágrafo 1º) impõe que o recorrente fundamente o recurso ordinário com suas razões de fato ou de direito, a fim de ensejar resguardo ao contraditório, pela outra parte, via contrarrazões. 2. Assim, a norma da CLT (art. 899, *caput*) que admitia interposição de recurso ‘por simples petição’ está derogada, por incompatibilidade (Lei de Introdução, art. 2º, parágrafo 1º), não tendo sido recebida pela nova ordem constitucional”³¹.

Maria Helena Diniz, refletindo sobre a revogação tácita da lei pela mudança da Constituição, esclarece, em definitivo: “deverá haver compatibilidade de um dispositivo legal com a norma constitucional. Havendo contradição entre qualquer norma preexistente e preceito constitucional, esta deve, dentro do sistema, ser aferida com rigor, pois é indubitável o imediato efeito ab-rogativo da Constituição sobre todas as normas e atos normativos que com ela conflitam, não sendo nem mesmo necessário quaisquer cláusulas expressas de revogação”³².

14. Jurisprudência conflitante

Não restou uniformizada, ainda, a jurisprudência trabalhista do país a respeito do tema.

14.1. Decisões que não exigem fundamentos recursais

- “No processo trabalhista, o recurso pode ser interposto por simples petição, sendo dispensável a existência de razões que fundamentam o inconformismo (art. 899 da CLT), à exceção da instância extraordinária, pois, nesta, há fases a serem confrontadas ou demonstrada violação de norma”³³.
- “Inexistência de nulidade. Inteligência e aplicação dos arts. 791 e 898 da CLT. Ação improcedente, recurso não-provido. Se por força de expressa disposição contida na CLT – art. 791 – as partes podem comparecer pessoalmente em juízo para a defesa de seus interesses, a referência feita ao art. 899 do mesmo diploma legal de que os recursos serão interpostos ‘por simples petição’ deve ser entendida que basta uma informal manifestação de inconformidade do interessado para que seu recurso ordinário seja conhecido. A elaboração desse recurso viria desatender o espírito da norma que tem um fim eminentemente prático.”

- “**Recurso ordinário – interpretação do artigo 899 da CLT.** O recurso ordinário pode ser interposto por simples petição, o que importa dizer que a parte não está obrigada a apresentar fundamentação fática e jurídica, em razão do que dispõe o artigo 899 consolidado”³⁵.

14.2. Decisões que exigem fundamentos recursais

- “A parte, ao recorrer, deve identificar o objeto e os motivos de sua irresignação. Não se admite recurso genérico, tal como é vedada a defesa por mera negativa, pois, assim não fosse, o juízo *ad quem* não saberia por que o recurso foi interposto e a parte recorrida ficaria impedida de contrarrazoá-lo, por desconhecer os fundamentos pelos quais se pretende modificar o julgamento. Quando o art. 899, da CLT, estabelece que os recursos serão interpostos por simples petição, significa independerem de termo, figura existente no direito processual vigente à época em que a CLT veio à luz (agravo no auto do processo, do CPC de 1939)”³⁶.
- “Recurso ordinário genérico. Art. 505 do CPC. Assim como não se admite a defesa genérica, o recurso genérico não pode ser admitido no processo. A parte deve impugnar a sentença e dizer exatamente o que pretende na instância recursal. A falta de especificação equivale a falta de razão, devendo a sentença ser mantida *in totum*”³⁷.
- “Não conhecimento do recurso – ausência de fundamentação. Inadmissível a interposição do recurso objetivando a reforma do julgado, quando desprovido de fundamentos. Recurso que não é conhecido por ausência de fundamentação”.
- “**Recurso ordinário – não-conhecimento – ausência de fundamentos.** Não se admite recurso genérico e sem fundamentação, porquanto imprescindível para apreciação da controvérsia pelo juízo *ad quem* que a parte recorrente identifique as razões de sua inconformidade. Recurso do reclamante que não se conhece, pois que padece dos vícios mencionados”³⁹.
- “**Recurso. Interposição.** A interposição de recursos nos termos do artigo 899 da CLT dispensa formalidades, mas não a ponto de pretender a simples oposição mediante petição. A fundamentação é indispensável, possibilitando

³¹Ac. un. da 3ª T. do TRT da 1ª R. RO 6 534/90, Rel. Juiz Azulino Joaquim Andrade Filho, j. 31/3/93, DJ/RJ 11.5.93, p. 181-2.

³²DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 69.

³³TST, E-RR 5 259/89.0, AC. SDI 495/92, p. 17.3.92, Rel. Min. Hylo Gurgel, LTr 56-7/861.

³⁴AC. TRT 2ª Reg. 3ª T. proc. RO 6 763/82, Rel. Juiz Henrique Marcondes, Revista de Direito do Trabalho, set.-out. 1984, p. 108. Ver, ainda: BARROS, Alice Monteiro de. Recursos no processo do trabalho – disposições gerais – pressupostos e efeitos. In: BARROS, Alice Monteiro de. (Coord.). *Compêndio de direito processual do trabalho*. Obra em memória de Celso Agrícola Barbi. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 488-489. ROBOTELLA, Luiz Carlos Amorim. Recurso ordinário: princípios e traços fundamentais. In: BERNARDES, Hugo Gueiros (Coord.). *Processo do trabalho* – estudos em memória de Coqueijo Costa. São Paulo: LTr, 1989. p. 274-275 e 280.

³⁵TST-RR 2407/89 – AC. 3605- Rel. Min. Guimarães Falcão – DJ 19/12/89. p. 18.588

³⁶TRT 10ª Reg. 1ª T., RO 1156/85, Rel. Juiz Fernando Damasceno, DJ 74/86.

³⁷TRT 2ª Reg. 10ª T. RO 02940085034, Ac. 02950404671, Rel. Juiz Luiz Edgar Ferraz de Oliveira, DO-SP 22/09/95, p. 37.

³⁸TRT 4ª Reg. RO 01243.004/99-1-4ª T. Rel. Juiz Darcy Carlos Mahle – j. 21/3/2002.

³⁹TRT 4ª Reg. RO 01618.801/97-0- 4ª T. Rel. Juiz Fabiano de Castilhos Bertolucci – j. 19/09/2001.

o reexame do mérito da causa que se busca reformar, e delimita o trânsito em julgado das questões não-impugnadas. Recurso conhecido e não-provido”⁴⁰.

15. Orientações jurisprudenciais da SDI do C. TST

A SDI I do C. TST possui a Orientação Jurisprudencial n. 120 dizendo: “Razões recursais sem assinatura do advogado. Válidas se assinada a petição que apresenta o recurso. A ausência de assinatura do advogado nas razões recursais não torna inexistente o recurso, se o procurador constituído nos autos assinou a petição de apresentação do recurso (20/11/1997)”.

Segundo Christovão Piragibe Tostes Malta, “a simples circunstância de o recurso haver sido interposto tempestivamente, efetuado o depósito cabível e pagas as custas devidas evidencia ânimo de defesa que justifica considerar-se a falta de assinatura como irregularidade sanável”⁴¹.

José Eduardo Haddad considera salutar esse entendimento do TST, indo mais longe: “mesmo que a petição que apresenta o recurso não esteja assinada, não se deve decretar a inexistência do recurso sem antes a intimação do advogado para que o faça, a teor do que dispõe o citado artigo 796, a, da CLT. E não há óbice, ainda, em se apreciar o recurso não-assinado quando a identificação do advogado se faça presente no recurso, permitindo aferir-se a regularidade da representação da parte”⁴².

Francisco Antonio de Oliveira, comentando essa orientação jurisprudencial, assinala: “a ausência da assinatura do advogado nas razões recursais não torna inexistente o recurso, se o procurador constituído nos autos assinou a petição de apresentação do recurso”⁴³.

Esclarece que o objetivo do precedente é referendar entendimento que prestigia a maioria dos julgados, uma vez que a parte, ao trazer aos autos as razões recursais: “mesmo sem a devida assinatura demonstra o *animus* de recorrer. E o objetivo primeiro é o de conceder o duplo grau de jurisdição”⁴⁴.

Esse mesmo autor, entretanto, não cogita da hipótese de intimar o advogado para assinar o recurso, ou admitir a insurgência mesmo não-assinado, pois considera inconciliável “aquela em que a parte não assinou as razões recursais nem a petição que capeia o recurso”⁴⁵.

Júlio César Beber admite “a interposição de recurso por xerocópia, desde que a assinatura seja original ou haja autenticação”⁴⁶.

A SDI II do C. TST tem a Orientação Jurisprudencial nº 90, que também é significativa: “**Recurso ordinário. Apelo que não ataca os fundamentos da decisão recorrida. Não-conhecimento. Art. 514, II, do CPC.** Não se conhece de recurso ordinário para o TST, pela ausência do requisito de admissibilidade inscrito no art. 514, II do CPC, quando as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que fora proposta (27.5.02)”.

Segundo o art. 230 do novo Regimento Interno do C. TST⁴⁷, o recuso ordinário cabe das decisões definitivas proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho em processos de sua competência originária, especificando no art. 231: dissídio coletivo, agravo regimental, ação rescisória, ação anulatória, ação declaratória, ação cautelar, *habeas corpus* e mandado de segurança, do qual também é cabível o recurso de ofício.

16. Posicionamento do E. TRT da 9ª Região

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, que exerce a jurisdição sobre o Estado do Paraná, já tem analisado, em muitas ocasiões, a necessidade de fundamentação recursal.

Recentemente, teve ocasião de manifestar-se pela exigência da dialeticidade recursal, cuja ementa do julgado bem exprime essa orientação: “**Recurso. Dialeticidade. Não-Conhecimento.** A ausência de razões ou de pedido de nova decisão tem por conseqüência a emissão de juízo de admissibilidade negativo. É que vige, em matéria recursal, o princípio da dialeticidade, à semelhança do que se dá em primeiro grau. Assim, a parte tem o dever de expor ao Tribunal as razões de fato e de direito pelas quais entende que a decisão deva ser modificada. Só assim se instala o imprescindível contraditório que, além de possibilitar que a parte contrária se manifeste, fixa os limites da jurisdição em grau de recurso. A mera remissão a alegações anteriores não supre a exigência, até porque não são enfrentados os fundamentos da decisão recorrida. Agravo de petição conhecido apenas em parte”⁴⁸.

Relativamente ao agravo de petição, a seção especializada do E. TRT da 9ª Região firmou diversas orientações jurisprudenciais interpretando o efetivo alcance do § 1º do art. 897 da CLT. São elas:

OJ nº 61/SE – TRT da 9ª Região: Agravo de petição. Delimitação de matérias e valores impugnados. Cálculos

⁴⁰TST-RR 117284/94 – AC. 1641- 2ª T. – Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, DJ. 7.6.96. p. 20.188.

⁴¹MALTA, Christovão Piragibe Tostes. **Prática do processo trabalhista**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2002. p. 538.

⁴²HADDAD, José Eduardo. **Precedentes jurisprudenciais do TST Comentados**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 259.

⁴³OLIVEIRA, Francisco Antonio. **Comentários aos precedentes normativos e individuais do TST**. São Paulo: RT, 1999. p. 250.

⁴⁴*Op. cit.*, p. 250.

⁴⁵*Op. cit.*

⁴⁶BEPPER, Júlio César. **Recursos no processo do trabalho** – teoria geral dos recursos. São Paulo: LTr, 1999. p. 117.

⁴⁷RA 908/02, DJ 27/11/2002.

⁴⁸TRT-PR-AP-01310/2003. Rel. Juíza Marlene T. Fuverki Sugimatsu. Ac. 20 484/03. DJPR 12/9/2003.

apresentados por ocasião dos embargos à execução. Há exigência de nova delimitação em agravo de petição quando acolhidos em parte os embargos à execução, e o executado deixa de recorrer de algum ou de alguns dos pontos em que foi sucumbente, conformando-se, pois, com a decisão de que os seus cálculos anteriores continham erro. Não há exigência de nova delimitação em agravo de petição quando rejeitados os embargos à execução, e o executado renova todos os pontos neles antes atacados. **Precedente:** AP 3438/01 – AC. 12.056/02 – Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther – DJPR 3/6/2002.

OJ n.º 68/SE – TRT da 9ª Região: Agravo de petição. Delimitação de valores. Descontos previdenciários e fiscais. Matérias quantificáveis e, portanto, passíveis de delimitação (artigo 897, § 1º, da CLT). **Precedente:** AP 3 904/01 – AC. 13 446/02 – Rel. Juiz Dirceu Pinto Junior – DJPR 14/6/2002.

OJ n.º 72/SE – TRT da 9ª Região: Agravo de petição. Delimitação de matérias e valores. Execução provisória. A delimitação justificada de matérias e valores, exigida pela norma celetária (artigo 897, § 1º, da CLT), para admissibilidade do agravo de petição, alcança a execução provisória.

OJ n.º 79/SE – TRT da 9ª Região: Admissibilidade. Agravo de petição. Delimitação de matérias e valores impugnados. Exequente. Desnecessária quando o agravante for o trabalhador.

OJ n.º 80/SE – TRT da 9ª Região: Admissibilidade agravo de petição. Delimitação de matérias e valores impugnados. Matéria constitucional. Conhece-se do agravo de petição quando se trata de matéria constitucional, independentemente de delimitação.

Julgados existem, também, no E. TRT da 9ª Região não conhecendo, ou negando provimento, a parte do recurso por ausência de fundamentação. Por exemplo, quando é apresentado recurso remissivo relativamente às horas extras, dizendo-se “deve ser deferida a pretensão obreira às horas extraordinárias, inclusive no tocante à participação nas reuniões, eventos e cursos, em todo o período, conforme postulado na inicial”. Ausente fundamentação do recurso quanto a esse aspecto negou-se provimento⁴⁹, com espeque em julgado do C. TST.

“A prática da remissão a peças dos autos, para aproveitamento de matérias consentâneas com o recurso interposto, não se coaduna com a organicidade e a dinâmica que presidem o direito. O órgão julgador

aprecia o que se contém nas razões recursais, devendo estas ser explícitas. Impossível é compeli-lo a cotejar as citadas razões com as demais peças existentes no processo (...)”⁵⁰

Já em agravo de petição, não sendo delimitados aspectos relativos a juros de mora, valores de contribuição e adicional de periculosidade, cingindo-se a parte a fazer referência a percentuais, o apelo não pode ser conhecido quanto a esses itens, pois matérias quantificáveis, que implicam alteração do valor da execução, sujeitam-se aos requisitos do art. 897, § 1º, da CLT⁵¹.

Segue-se, nesse particular, orientação doutrinária já agasalhada por Júlio César Beber, em seu **Recursos no Processo do Trabalho – Teoria Geral dos Recursos**, onde registra: “para se fazer cumprir o pressuposto recursal da regularidade formal não basta a simples existência de fundamentação. É indispensável haver, nas razões recursais, **motivação pertinente**. Motivação pertinente é aquela que guarda simetria entre o decidido e as alegações formuladas nas razões do recurso, ou seja, há motivação pertinente quando o recorrente articula contra os argumentos do ato impugnado”⁵².

Conclui o mencionado autor dizendo: “se o recorrente, então, se limita a fazer referência ou repete os fundamentos aduzidos em atos processuais anteriores (petição inicial, contestação ou mesmo em outro recurso), não cumpre o pressuposto da regularidade formal, devendo ser proferido juízo de admissibilidade negativo”⁵³.

Em decisão monocrática, perante a E. 2ª T. do E. TRT da 9ª Região, já se entendeu: “Recurso ordinário. Não-conhecimento. Razões dissociadas da decisão recorrida. Se as razões tecidas em recurso se dissociam do julgado recorrido, inviabilizado está o apelo. Cabe à parte deduzir fundamentos a rechaçar a tese do juízo, dirigidos aos argumentos que contribuíram para seu convencimento. Logo, se acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva, extinguindo a ação trabalhista, a qual visava ao reconhecimento do liame empregatício, inexistente o recurso que objetiva a responsabilidade solidária pelo crédito trabalhista, em face de sua condição de dono da obra. Recurso que não se conhece”⁵⁴.

Podem ser citados outros arestos que caminham na mesma direção.

– “Recurso. Ausência de fundamentação. Conseqüência.

⁴⁹TRT-PR-RO-11 826/2002. Rel. Juíza Ana Carolina Zaina – julgado em 2/9/2003.

⁵⁰TST, ED-Ag-RR 3 763/86.8. Rel. Min. Marco Aurélio, Ac. 1ª T. 2 259/87.

⁵¹TRT-PR-AP-1301/2003. Rel. Juíza Marlene T. Fuverki Suguimatsu, julgado em 18/8/2003, acórdão ainda não publicado.

⁵²BECKER, Júlio César. **Recursos no processo do trabalho** – teoria geral dos recursos. São Paulo: LTr, 2000. p. 114.

⁵³*Op. cit.*, p. 115.

⁵⁴RO-PR-6620/2003. 2ª T. Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther. Decisão Monocrática de 12/8/2003. Notificadas as partes em 20/8/2003, sem agravo regimental, transitou em julgado em 25/8/2003.

Incumbe ao recorrente apresentar os fundamentos de fato e de direito que a seu juízo propiciariam a revisão da sentença. Divorciando-se as razões recursais do tema objeto do julgamento, o pleito recursal deve ser havido como inócuo e inoperante. Sentença mantida”⁵⁵.

- “Agravo de petição – repetição dos fundamentos lançados no primeiro grau. Visando o recurso à reforma da decisão impugnada, deve atacar os fundamentos por ela utilizados, permitindo, destarte, que o juízo revisando verifique a correção dela, o que não ocorre quando a parte apenas repete os fundamentos aduzidos no primeiro grau de jurisdição. Agravo não-conhecido por unanimidade”⁵⁶.
- “A prática da remissão a peças dos autos, para aproveitamento de matérias consentâneas com o recurso interposto, não se coaduna com a organicidade e a dinâmica que presidem o direito. O órgão julgador aprecia o que se contém nas razões recursais, devendo estas ser explícitas. Impossível é compeli-lo a cotejar as citadas razões com as demais peças existentes no processo”⁵⁷.

“Embargos à SDI – Agravo de instrumento – Traslado – Peça obrigatória – Enunciado nº 272 do TST – Recurso manifestamente pretelatório – Multa. Evidenciando que a parte se utiliza da via recursal com manifesto objetivo protelatório, visando a perpetuar a lide, circunstância que emerge do fato em veicular, em seus embargos, fundamentação completamente dissociada da decisão recorrida, por certo que sua condenação ao pagamento de multa e indenização encontra integral respaldo nos artigos 17, VII c/c art. 18 ambos do Código de Processo Civil. Recurso de embargos não-conhecido”⁵⁸.

- “Embargos da Capaf – Razões dissociadas. Ao formalizar o recurso, cumpre ao litigante aduzir argumentos hábeis a infirmar todas as teses do julgado impugnado, considerando-se, assim, as matérias em relação às quais o órgão julgador emitiu entendimento explícito. A propósito, cabe registrar que a C. SDI desta corte sedimentou entendimento no sentido de que, para a admissibilidade e o conhecimento do recurso de embargos (artigo 894 da CLT), dada a sua natureza de recurso especial, necessário se faz que a parte recorrente apresente fundamentação objetiva capaz de desconstituir os fundamentos do acórdão atacado, não bastando argumentar genericamente que o recurso de revista merecia ser provido ou desprovido ou, ainda, que merecia conhecimento por divergência jurisprudencial ou por violação legal ou constitucional, simplesmente citando os artigos reputados violados. Embargos não-conhecidos”⁵⁹.

Também quanto à existência de assinatura dos recursos, a seção especializada do E. TRT da 9ª Região sinalizou sua Orientação Jurisprudencial n. 38: “**Agravo de petição. Carimbo não pode substituir assinatura.** Mero carimbo do nome e da assinatura não substitui o ato de próprio punho, único capaz de permitir a conferência da identidade do subscritor do recurso e, ainda, se a ele, de fato, foram outorgados poderes pela parte para representá-la. A situação equivale a ausência de assinatura, impondo-se o não-conhecimento do apelo, por apócrifo”⁶⁰.

Relativamente a esse aspecto, a eminente juíza Ana Carolina Zaina prolatou decisão monocrática no RO 13 930/02, da 2ª T, do E. TRT da 9ª Região, pela qual não conheceu do recurso, por inexistente, uma vez que “a aposição de carimbo com o nome do procurador e assinatura também inclusa na ‘chapa’ do mesmo carimbo não pode ser admitida como substitutiva da assinatura que deve ser aposta de próprio punho. O carimbo pode ter sido colocado por qualquer pessoa”⁶¹.

Nesse sentido orienta-se, também, como já dito e se vê a seguir, a jurisprudência do C. TST.

“Agravo de instrumento – Recurso apócrifo – Encontrando-se o apelo sem assinatura de seu subscritor, é de ser declarado inexistente. Apelo não-conhecido”⁶².

17. Conclusões

17.1. Duas são as regras da CLT relativas ao encaminhamento de recursos na Justiça do Trabalho: o art. 899, *caput*, que trata do recurso ordinário, e o art. 897, § 1º, que trata do agravo de petição.

17.2. No que se refere à necessidade de atuação do advogado em grau de recurso, não há consenso: ainda persiste entendimento doutrinário no sentido de que, mesmo para recorrer, a parte pode atuar sem advogado, por força do art. 791 da CLT; mas também se diz que, por força do art. 133 da CF/88, isso não seria possível, decorrendo daí, então, o entendimento de que, necessariamente, deverá haver fundamentação.

17.3. Alguns lecionam que, por força do *jus postulandi*, os recursos poderiam até mesmo ser apresentados por termo, nos autos, mas entendemos que, afora os casos de remessa de ofício, devem sempre ser apresentados por petição.

17.4. Corrente doutrinária entende que o agravo de petição jamais pode ser admitido por “simples petição”, considerada a exigência de se delimitar, concomitantemente, matérias e valores, assim como o agravo de instrumento,

⁵⁵TRT-PR-RO-13 103/95. Ac. 5ª T. 14 707/96. Rel. Juiz Luiz Felipe Haj Mussi.

⁵⁶TRT- 24ª Reg. AP-540/2000 (925/2001). Rel. Juiz João de Deus Gomes de Souza. DJMS 27/4/2001. p. 59.

⁵⁷TST-ED-Ag-RR 3 763/86.8, Min. Marco Aurélio. AC. 1ª T. 2 259/87.

⁵⁸TST-EAIRR 462 107/1998. Turma D 1. Min. Milton de Moura França – DJ 25/8/2000 – grifo no original.

⁵⁹TST-ERR 346453/1997. Turma D1. Min. Wagner Pimenta. DJ 9/8/2002.

⁶⁰Precedente: AP 1873/02. Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther AC. 27 878/02. DJPR 6/12/2002.

⁶¹Cientes as partes da decisão monocrática em 27/6/2003. Sem agravo regimental, retornaram os autos à origem em 29/7/2003.

⁶²TST-AIRR 657 899 – 2ª T. Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira. j. 16/8/2000.

porque o agravante deve indicar o motivo pelo qual o recurso não foi recebido. Só o recurso ordinário, portanto, poderia e, ainda assim, desde que não fosse apresentado por advogado.

17.5. Outra linha de pensamento existe no sentido de que o recurso por simples petição só não pode ser admitido perante os tribunais superiores, onde os apelos devem justificar como a decisão recorrida violou a lei.

17.6. A possibilidade de recurso mediante simples petição a desencadear a revisão do julgado é defendida com base no princípio da devolutividade, no dever do juiz de conhecer o direito e de aplicá-lo e na desnecessidade de motivação nas remessas de ofício.

17.7. A majoritária doutrina confirma a necessidade do oferecimento das razões que fundamentam o recurso, a fim de que o Tribunal conheça os motivos de sua interposição, bem assim para que não se permita a proliferação de recursos meramente protelatórios.

17.8. A regra do *caput* do art. 899 da CLT, que admite interposição do recurso por simples petição não teria sido recepcionada pela nova ordem constitucional, estando derogada, em face da garantia da ampla defesa prevista no art. 5º, LV, e parágrafo 1º, da CF/88, que impõe a obrigatoriedade de fundamentação dos recursos com as razões de fato e de direito para possibilitar o contraditório pela outra parte por meio de contra-razões.

17.9. O recurso por simples petição poderia suscitar a possibilidade de reforma em prejuízo, na medida em que se permite ao tribunal reexaminar toda a matéria.

17.10. O recurso por simples petição não está dispensado dos requisitos da tempestividade e da comprovação do pagamento de custas e do depósito recursal.

17.11. Existem orientações jurisprudenciais firmes nos seguintes sentidos: a) quanto à possibilidade de as razões de recurso não necessitarem de assinatura, desde que a peça de apresentação a contenha (OJ 20 da SDI I do C. TST); b) quanto à necessidade de recurso ordinário para o C. TST atacar os fundamentos da decisão recorrida, sob pena de não-conhecimento (OJ 90 da SDI II do C. TST).

17.12. O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, que exerce a jurisdição sobre o Estado do Paraná, tem posição majoritária quanto à necessidade de fundamentação recursal, tanto no âmbito de sua seção especializada (que julga os agravos de petição), quanto no de suas turmas (que julgam recursos ordinários), e bem assim mediante algumas decisões monocráticas.

18. Referências

- ALMEIDA, Í. de. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2002. v. 2.
- BARROS, A. M. de. Recursos no processo do trabalho – disposições gerais – pressupostos e efeitos. In: BARROS, Alice Monteiro de. (Coord.). **Compêndio de direito processual do trabalho**. Obra em memória de Celso Agrícola Barbi. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- BATALHA, W. de S. C. **Tratado de direito judiciário do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995. v. II.
- BEBBER, J. C. **Recursos no processo do trabalho – teoria geral dos recursos**. São Paulo: LTr, 2000.
- CARRION, V. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 28. ed. Atualização de: Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CESARINO JÚNIOR. **Consolidação das leis do trabalho anotada**. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1945. v. II.
- COSTA, C. **Direito judiciário do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- DINIZ, M. H. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GIGLIO, W. D. **Direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- HADDAD, J. E. **Precedentes jurisprudenciais do TST comentados**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.
- LAMARCA, A. **Processo do trabalho comentado – arts. 643 a 910 da CLT**. São Paulo: RT, 1982.
- MALTA, C. P. T. **Prática do processo trabalhista**. 31. ed. São Paulo: LTr, 2002.
- MARTINS, S. P. **Comentários à CLT**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito processual do trabalho**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- OLIVEIRA, F. A. **Comentários aos precedentes normativos e individuais do TST**. São Paulo: RT, 1999.
- _____. **Consolidação das leis do trabalho comentada**. 2. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ROBORTELLA, L. C. A. Recurso ordinário: princípios e traços fundamentais. In: BERNARDES, Hugo Gueiros (Coord.). **Processo do trabalho – estudos em memória de Coqueijo Costa**. São Paulo: LTr, 1989.
- ROCHA, O. **Teoria e prática dos recursos trabalhistas**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1996.
- RUSSOMANO, M. V. **Comentários à CLT**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. II.
- SAAD, E. G. **Consolidação das leis do trabalho comentada**. 28. ed. São Paulo: LTr, 1995.
- TEIXEIRA FILHO, M. A. **Sistema dos recursos trabalhistas**. 9. ed. São Paulo: LTr, 1997.

Artigo 06

Delineamentos Hegelianos para uma Moderna Teoria do Estado

de Marcelo Lasperg de Andrade¹

1. Elementos da filosofia hegeliana. 2. O Estado hegeliano. 3. Hegel na América Latina.

A evolução da humanidade trouxe a construção de uma figura abstrata chamada de Estado que, uma vez intimamente ligada à sociedade, com ela sofreu inúmeras transformações, tendo inclusive seu papel questionado nos dias de hoje.

Hegel (1770–1831), filósofo alemão nascido em Stuttgart, Württemberg, descreveu em sua obra extenso tratamento em relação ao tema, construindo uma concepção ambiciosa do que seria o fenômeno Estado, lançando bases para uma profunda reflexão político-filosófica sobre esse ente que até os dias de hoje traz perplexidade ao homem.

Antes de abordar seu pensamento, relembra-se que Hegel recebeu sua formação básica num seminário da Igreja Protestante em Württemberg, tendo como primeiro objetivo tornar-se pastor luterano.

No ambiente de estudo, manteve amizade Friedrich Schelling e Hölderlin, igualmente futuros filósofos de projeção.

Filosoficamente, as obras de Spinoza, Kant e Rousseau o impressionaram profundamente, assim como a Revolução Francesa, que ocorria na sua juventude.

Academicamente, criou um sistema filosófico consistente e intrincado, contextualizado, denominado hoje de idealismo filosófico do século XIX, representando para alguns o cume dessa tendência.

A filosofia de Hegel, quando não abordada em sua forma pura, encontra-se presente na fundamentação de muitos filósofos que lhe sucederam cronologicamente, como Bruno Bauer, David Strauss, Ludwig Feuerbach, Sören Kierkegaard, Friedrich Nietzsche², tendo profunda influência no materialismo histórico de Karl Marx³.

Ainda jovem, familiarizou-se com os sistemas filosóficos de Hölderlin e Schelling, criticando-os acidamente quando professor nas universidades de Jena, Heidelberg e Berlim.

Em Berlim, lecionou e adquiriu grande renome, exercendo vasta influência nos meios acadêmico e político, principalmente no contexto do Estado prussiano, em favor do qual renunciara, entretanto, aos ideais revolucionários e críticos herdados de Rousseau, para favorecer as tendências absolutistas e intransigentes da Prússia, observando que a compreensão do Estado prussiano encarna o essencial da doutrina hegeliana do Estado.

Faleceu subitamente como uma das inúmeras vítimas da epidemia de cólera que assolou Berlim no verão de 1831.

1. Elementos da filosofia hegeliana

Hegel utilizou-se da noção de dialética para construir um sistema em torno da história da filosofia, ciência, arte, política e religião, construindo um pensamento abrangente em que buscava análise sistematizada dos contextos históricos.

A dialética de Hegel é um processo em que o espírito e a realidade se objetivam por meio de uma lógica mecanicista desenvolvida em três momentos, tese, antítese e síntese, que devem ser pensadas de modo unitário. A contradição entre a tese e a antítese leva a retornar ao estado inicial, enriquecido pelas mudanças havidas no processo dialético, em que tudo se afirma, se nega e se supera, denominado síntese.

Em Hegel, nada ocorre por acaso, mas se justifica, uma vez que todos os processos são racionais. E considera-se a racionalidade não como algo abstrato e imaterial, mas como a substância de tudo aquilo que existe, que tem profunda razão de ser.

¹Professor das Faculdades Santa Cruz.

²Geração pós-hegeliana – convencionou-se denominar pós-hegelianos o conjunto de pensadores que sucederam a Hegel. Mais do que algo meramente cronológico, tal classificação trata de pensadores que, em sentido geral, partem da crítica religiosa e a ampliam, ingressando nos horizontes da literatura e da política. PAULA, Márcio Gimenes de. Turbilhão na cabeça. In. *Discutindo Filosofia*, ano 1, n. 2.

³O fato de se ocupar criticamente com a obra de Hegel teve efeito profundo sobre o jovem Marx. Ele inicia, com a *Crítica*, um projeto amplo que pretendia abarcar a *Filosofia do Direito* de Hegel como um todo. Esse texto é também parte de um acerto de contas de Marx com a filosofia de seu tempo. MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Tradução de: Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 7.

Baseado nisso, critica a filosofia por buscar compreender as categorias de forma isolada, analisando-as de *per si*, estabelecendo que, para haver real compreensão, é necessário contextualizar com o espírito universal no tempo, tendo os objetos como componentes de um organismo, um grupo, que pode ser a família, a sociedade ou o Estado. Observando os processo de transformação cíclica que ocorrem na história, encarrega-se a filosofia de não imaginar o mundo com deveria ser, mas explicá-lo, uma vez que o real é racional e o racional é real, construindo uma coincidência entre racionalidade e realidade, que se exprime inconscientemente na natureza e conscientemente no homem.

A espiritualidade humana donde o indivíduo surge, momento no qual o espírito humano é de início uma consciência confusa, puramente subjetiva, pautada pela sensação imediata após o nascimento.

Evoluindo, uma vez que está em constante transformação, ele consegue encarnar-se, objetivar-se sob a forma de civilização, organizando-se em forma de instituições.

Nesse estágio, o espírito objetivo que se realiza no chamado “mundo da cultura” constrói uma dicotomia com a chamada consciência infeliz, estabelecida pelo filósofo no contexto da Idade Média.

Para ele, aquele que virava as costas para a comunidade na qual surgia e preferia encontrar-se a si mesmo era louco.

Não era o indivíduo que encontrava a si mesmo, mas o espírito do mundo, mostrando que este retorna a si em três fases: primeira, o espírito do mundo conscientiza-se de si mesmo no indivíduo; depois, atinge nível mais elevado de consciência na família, na sociedade e no Estado. Enfim atinge a forma mais elevada de autoconhecimento na razão absoluta.

Assim, a fenomenologia do espírito é um conceito em que o espírito nunca é, mas sim um constante devir, vir a ser, em permanente transformação.

O espírito descobre-se e afirma claramente na consciência artística e na fé religiosa para definir-se na filosofia, na forma de saber absoluto.

Interessante destacar que o papel da sociedade civil é ser o teatro onde o sujeito deve buscar realizar suas necessidades pessoais, por meio do trabalho, que beneficia a sociedade e a si mesmo.

O indivíduo torna-se componente de um mundo ético, construindo a vontade geral não de uma premissa moral, mas da comunidade objetiva de interesses que o movimento da realidade, conceituada de espírito ou razão, produz e impõe aos indivíduos, independentemente da consciência e do desejo deles, embora muitas vezes se utilize desses “instrumentos”

para sua concretização, encarnada no Estado que, por sua vez, informa o indivíduo de todas as atribuições no organismo.

A força parece triunfar e, efetivamente, triunfa, mas é apenas o símbolo, o sinal visível do direito, numa concepção de história do direito que conduz à negação da liberdade individual pela glorificação do fato consumado, à divinização do êxito que é o Estado.

A religião tem papel representativo, por intermédio do mito, sendo o conteúdo da verdade idêntico ao da filosofia, esta no papel de explicar aquilo que a religião mitifica.

2 . O Estado hegeliano

Os pressupostos básicos da visão hegeliana do ente chamado Estado, este compreendido como encarnação absoluta do espírito do homem é a sua realização, de modo que se parte do princípio de que o Estado é o grande ente e que o indivíduo deve atuar de modo a atender às necessidades daquele.

A visão é macroscópica, uma vez que interessa de fato o grande organismo, como trabalham suas partes no funcionamento do todo.

Assim, o Estado representa a idéia. É a substância da qual os cidadãos não são senão acidente. Ele confere os direitos aos indivíduos, não para eles, a fim de chegar com mais segurança à realização da sua idéia. As lutas entre os povos são procedimentos para a realização da idéia suprema que é o Estado

Hegel atribuiu importância enorme àquilo que chamou de forças objetivas: a família e o Estado. Ele acreditava que o indivíduo era a parte orgânica de uma comunidade e que a razão ou o espírito do mundo só se tornavam possíveis na interação das pessoas. Dizia também que o Estado era mais que o cidadão isolado e mais que a soma de todos os cidadãos. Afirmava ser impossível desligar-se da sociedade.

Em sua configuração moderna, o Estado deixava de ter natureza puramente guerreira, sendo posto a serviço da razão histórica.

Graças à presença da burocracia entendida como “classe universal”, tornava-se o insubstituível organizador e planejador da sociedade como um todo, informando e provendo os indivíduos.

Hegel viu-o onipresente, atuando em todas as esferas, jurídicas, sociais, culturais e artísticas. O Estado, antítese do indivíduo, era a consciência máxima da sociedade que governava, era a etapa mais elevada, o cume de onde mais facilmente se descortinava o todo, a totalidade, convergindo para si todos os indivíduos.

A sociedade do Estado transcende a sociedade familiar bem como a sociedade civil, que é um conjunto de interesses econômicos e se diferencia em classes e corporações.

O Estado transcende essas sociedades, não porque seja um instrumento mais perfeito para a realização dos fins materiais e espirituais da pessoa humana, que unicamente tem realidade metafísica. Mas sim porque, segundo Hegel, possui um conteúdo metafísico, um valor ético superior ao valor particular e privado das sociedades precedentes, em razão precisamente de sua maior universalidade e amplitude, ou seja, é uma superior objetivação do espírito, segundo a metafísica monista-imanentista de Hegel. Disso deriva uma concepção ético-humanista do Estado, denominada por Hegel espírito vivente, razão encarnada, deus terreno.

Buscando uma síntese dialética entre o particular e o universal, entre o indivíduo e o Estado, entre o privado e público, diferenciados e apartados na tradição jusnaturalista, para Hegel, entre esses dois momentos, caberia inserir a mediação da “sociedade civil”.

Com a descoberta dessa mediação, Hegel se capacita a cumprir a tarefa central que propusera para sua filosofia política: a conciliação entre, por um lado, a liberdade individual, surgida na modernidade e transformada no principal valor do liberalismo, e, por outro lado, a reconstrução de uma ordem social fundada na prioridade do público (do universal) sobre o privado.

Tal característica, demonstrada de forma intensa nos movimentos totalitários da primeira metade do século XX, quando o totalitarismo se armou da *totalidade ética*, no sentido de unificar a vontade do povo em torno da vontade do Estado, destacando Hegel que a *totalidade ética* não é nada mais que a *vontade de um povo*.

Esse modelo, com os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, foi sobejamente combatido, visto que se considerava profundamente antidemocrático e restritivo aos direitos fundamentais do homem.

Sua filosofia foi considerada perniciosa por concentrar no ente Estado o *status* de elemento de controle social, como se a sociedade se tornasse uma enorme colméia de abelhas, onde todos os cidadãos são operários na construção da idéia suprema que é o Estado.

3. Hegel na América Latina

Muito teóricos, do pós-guerra inclusive, chegaram a declarar que o modelo de Estado hegeliano estaria sepultado e que muito em breve o pensador sequer seria lembrado.

Após a febre de democratização ocorrida no imediato pós-guerra, porém, começaram a pulular em vários rincões do mundo vários regimes de cunho totalitário, de matrizes marxista ou capitalista, que possuem como elemento comum da aglutinação da vontade do indivíduo a figura do Estado, assumindo este toda a responsabilidade pelo controle dos destinos e interesses da nação, tudo em nome do movimento geopolítico conhecido como Guerra Fria.

O Brasil, já vindo da experiência do Estado Novo de Vargas, passava por breve e tênue democratização para mergulhar no momento do golpe de 1964, evoluindo para um endurecimento proporcionado pelo ato de 13 de dezembro de 1968, fundindo-se num modelo de Estado muito semelhante ao preconizado por Hegel, em que o poder constituído molda as vontades, exilando e perseguindo aqueles que com ele não se conformem, caracterizado pelo famoso bordão “Brasil, ame-o ou deixe-o”.

Esse contexto repetiu-se na maior parte dos países da América Latina dos anos 1960 até 1980, observando-se uma intestina luta ideológica na América Latina, até que um novo ciclo de redemocratização se iniciou.

Curiosamente, Hegel, em seu pensamento, coloca a preponderância do público sobre o privado, destacando que o Estado, o espírito objetivado, é um ente superior, fruto da vontade universal e, portanto, irresistível, não podendo o cidadão subtrair-se por sua vontade da injunção estatal, considerando que aquele visa ao interesse geral e não ao particular.

Essa fórmula justificou a edição de inúmeras leis e ações, como a famosa lei de segurança nacional, entre outras. Por determinações universais, a ele, o Estado, o indivíduo se deve conformar e seguir.

Hodiernamente esse modelo conceitual de Estado construído em Hegel, mesmo após a emergência de uma doutrina da prevalência dos direitos humanos nas Américas, mostra-se presente na ação e na configuração política de muitos países, como se verifica nas políticas adotadas pelo governo norte-americano⁴ e por discursos e ações empreendidos pelo novo governo boliviano e pelo governo Chaves na Venezuela, que cunhou o conceito de Revolução Bolivariana.

⁴Pour la première fois depuis les années 1960, plusieurs gouvernements de gauche – Argentine, Brésil, Uruguay et Venezuela – entendent infléchir le cours de ces *Républiques sans Citoyens*, marquées par le mépris social et l'exclusion. Même si, avec M. Fidel Castro, le président vénézuélien Hugo Chávez est l'unique président qui prône un modèle de développement s'écartant de manière significative du consensus de Washington. Face à cette contestation les défilant en différents points de l'hémisphère, les Etats-Unis tentent de réagir en renforçant leur axe d'alliés inconditionnels – le Mexique et l'Amérique centrale, les pays andins où, avec la Colombie, l'Equateur de M. Gutiérrez occupait une place-clé (tout comme la Bolivie de M. Sánchez de Lozada). Depuis les années 1990, l'offensive menée par Washington a pris la forme d'accords de libre-échange, commençant par l'Accord de libre-échange nord-américain – Alena – et avec en point d'orgue la Zone de libre-échange des Amériques (Alca en espagnol) censée, en janvier 2005, répandre le virus de l'ultralibéralisme sur tout le continent. Ce dernier projet s'est enlisé, confronté qu'il a été à la résistance des mouvements sociaux de la Campagne continentale contre l'Alca, au refus du Marché commun du Sud – Mercosur –, à la résistance du Venezuela. Pour contourner la difficulté, l'empire signe à la hâte des traités bilatéraux avec l'Amérique Centrale et la République Dominicaine (Central American Free Trade Agreement – Cafta), l'Equateur, la Colombie et le Pérou. Comme feu la ZLEA, ces traités de libre commerce (TLC) concernent tant les aspects strictement économiques que la gestion étatique, la législation du travail, la propriété intellectuelle, l'environnement, les ressources naturelles et énergétiques, la santé et l'éducation. De pseudo négociations ne permettent aux pays latins que d'introduire quelques amendements, sans aucune concession de Washington sur l'essentiel et au seul bénéfice de ses intérêts. LEMOINE, MAURICE. LIGNES DE FRACTURE EN AMÉRIQUE LATINE. LE MONDE DIPLOMATIQUE, JUL. 2005.

Inaugura-se um novo modelo de Estado total, informador das vontades do indivíduo, não para, num primeiro momento, acachapar os direitos individuais, mas para possibilitar o exercício deles pela emergência para a cidadania do subcidadão, o indivíduo que tradicionalmente esteve às margens do sistema socioeconômico e que agora busca um lugar no contexto social de seu país, como se verifica nas políticas sociais empregadas na Bolívia.

O questionamento para o futuro reside na possibilidade da evolução desses modelos para democracias genuínas ou para degeneração para ditaduras latino-americanas, como se verificou no Peru de Fujimori, uma vez que a tendência desse modelo aglutinador é uma hipertrofia do poder estatal, que já se apresenta de forma bastante visível na Venezuela.

A derrota do candidato de extrema Ollanta Humala no Peru, no entanto, demonstra um nítido refluxo na tendência, demonstrando que a América Latina está amadurecendo politicamente, o que certamente trará desdobramentos benéficos para a construção de um modelo político estável e democrático.

A construção de modelo estatal baseado na predominância do interesse público em detrimento do particular é necessária, mas não a ponto de haver a preponderância do interesse do *Estado* em relação ao particular, o que certamente já se mostrou prejudicial para a evolução política e social de uma nação.

Finalmente, a concretização político-social na América Latina passa pela superação do modelo hegeliano de Estado, ou seja, a nação não mais pode depositar a responsabilidade de seus destinos de forma incondicional nas mãos estatais, mas sim no exercício de seus direitos e prerrogativas, conforme o modelo cunhado por Jhering em sua obra **A Luta pelo Direito**, pelo qual cada indivíduo deve exercitar seu direito de forma a possibilitar a evolução da sociedade e assim do Estado, sem necessidade da preponderância do modelo estatal em relação à vontade do indivíduo, ou seja, o Estado não mais condicionará a vontade dos cidadãos por meio de sua atuação, havendo, portanto, contenção necessária aos atos estatais.

Artigo 07

Horizontes e Perspectivas dos Direitos Humanos das Mulheres sob a Ótica da Lei n. 11 340/2006 – Lei Maria da Penha

de Melina Girardi Fachin*
e Fernanda Bernardo Gonçalves**

1. Introdução. 2. Antecedentes à lei. 2.1. Cedaw: Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. 2.2. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará. 3. Comissão Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos. 4. Caso Maria da Penha – Relatório n. 54/01 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 5. Lei Maria da Penha: análises e reflexões. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

O presente artigo tem como escopo delinear o significado, para a realidade brasileira, da promulgação da Lei n. 11 340/2006, a chamada *Lei Maria da Penha*.

A nova lei é resultado direto, por um lado, da assunção, por parte do Estado brasileiro, de compromissos internacionais no sentido de prevenir e punir a violência contra a mulher; por outro lado, decorre da condenação do Brasil, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no famoso caso Maria da Penha.

A promulgação da Lei n. 11 340 reacendeu o debate nacional acerca dos direitos humanos das mulheres, em especial no que foca a violência praticada contra a mulher.

Ao tratar do tema, parte-se de três premissas:

1- *Universalidade da opressão*: consoante argumenta a professora Flávia Piovesan, não há tema mais democrático do que a violência contra as mulheres. Exemplo disso é o fato de o Canadá e a Nicarágua, apesar de possuírem realidades socioeconômicas muito distintas, terem porcentagem semelhante, cerca de 30%, de mulheres já agredidas fisicamente por um parceiro íntimo, de acordo com dados da OMS¹.

2- *Dicotomia público/privado*: em que pese ainda subsistirem muitos desafios, há, na esfera pública, significativos

avanços na consolidação da luta dos direitos das mulheres – exemplo disso é a própria Lei Maria da Penha². Todavia, é no âmbito familiar, privado, que ainda subsistem as principais dificuldades de implementação dos direitos das mulheres. A igualdade jurídica não basta para a consolidação dos direitos humanos das mulheres. É necessária a igualdade de poderes nas relações familiares em que persiste o paradigma masculino.

3- *Dicotomia teorial/prática*: Em que pese o Estado brasileiro, na Constituição de 1988, ter assegurado igualdade de gênero, tanto na seara pública quanto na privada; em que pese o Brasil ser signatário dos documentos internacionais mais significativos na defesa dos direitos das mulheres e na luta contra a violência a si próprias, a realidade, infelizmente, ainda nos mostra um descompasso entre as previsões normativas e a realidade das quase cem milhões de brasileiras, a saber: a cada 15 segundos uma mulher é espancada em nosso país – dados de 2001 da Fundação Perseu Abramo². Na América Latina e no Caribe, a violência doméstica atinge entre 25 e 50% das mulheres.

Em outras palavras, a ideologia predominante, ao menos na prática, ainda é o modelo patriarcal androcêntrico que subjuga, social e politicamente, a condição feminina. Em que pese reinante, essa ótica masculina passa a ser cada vez

*Advogada; mestranda em Filosofia Constitucional – PUC/SP; membro do Núcleo de Direito Internacional da UFPR – **Mania de ter fé na vida**: a condição feminina nas sociedades opressoras.

Bacharel em Direito; membro do Núcleo de Direito Internacional da UFPR – **Mania de ter fé na vida: a condição feminina nas sociedades opressoras.

¹Dados disponíveis no *site*: www.who.int/violence_injury_prevention.

²Dados disponíveis no *site*: www.fpa.org.br.

mais questionada, em especial ao trabalho dos movimentos das mulheres. É nesse cenário de luta e resistência que se insere a Lei n. 11 340, de agosto de 2006.

Por óbvio, o diploma legislativo em foco é fruto de um caminhar evolutivo na luta e consolidação dos direitos humanos das mulheres, que conta com os seguintes antecedentes históricos:

2. Antecedentes à lei

2.1 Cedaw: Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

Adotada pela ONU em 1979, foi ratificada pelo Brasil em 1984, com reservas aos artigos 15, parágrafo 4º, e 16, parágrafo 1º (a), (c), (g) e (h), relativos à igualdade no casamento, haja vista que o Código Civil então vigente previa a desigualdade entre os sexos no âmbito das relações familiares. Em 1994, em decorrência da promulgação da Constituição de 1988, que prega a igualdade entre homens e mulheres também no seio familiar, o governo brasileiro comunicou a retirada de todas as reservas.

Para espelhar a complexidade da temática, é a Convenção, no âmbito do sistema global de direitos humanos, que possui maior número de resistência e reservas substanciais por parte dos países signatários, o que demonstra como a questão de gênero no plano internacional continua sendo um tema atual e controverso.

A temática é tão relevante que a Conferência de Viena de 1993, uma das mais importantes reuniões acerca da proteção internacional dos direitos humanos, fez constar em seu artigo 39:

Ações e medidas para reduzir o amplo número de reservas à Convenção devem ser encorajadas. Dentre outras medidas, o Comitê de Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher deve prosseguir na revisão das reservas à Convenção. Os Estados são convidados a eliminar as reservas que sejam contrárias ao objeto e ao propósito da Convenção ou que sejam incompatíveis com os tratados internacionais³.

Foi o primeiro instrumento específico para a proteção da mulher no âmbito internacional, sobretudo de violências contra ela cometidas, especialmente em se considerando a insuficiência dos instrumentos gerais relativos aos direitos humanos para assegurar a proteção às mulheres e meninas.

Nesse sentido, afirma a Cedaw, em seus princípios, que

a discriminação contra a mulher viola os princípios de igualdade de direitos e do respeito à dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço ao seu país e à humanidade.

No que tange aos avanços brasileiros na defesa dos interesses e direitos da mulher, outro importante passo foi a ratificação, em 28 de junho de 2002, do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que ofereceu a possibilidade de as denúncias individuais de violações às disposições do convênio serem submetidas diretamente ao Comitê.

Apesar de a referida Convenção não constar expressamente como fundamento para a condenação do Brasil no caso Maria da Penha, sua ratificação pelo Estado brasileiro demonstra o compromisso, perante a comunidade internacional, da adoção de práticas e mecanismos destinados a erradicar a discriminação de gênero, em todos os seus aspectos. No dizer de Flávia Piovesan,

é fundamental focar a força jurídica obrigatória e vinculante desses tratados internacionais, que geram obrigações jurídicas aos Estados que os ratificaram. Há que se afirmar que os próprios Estados, no livre exercício de sua soberania, contraíram obrigações jurídicas internacionais, no que tange à tarefa de transformar a condição jurídica das mulheres⁴.

É sob essa influência que, nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, surge a discussão da violência de gênero.

2.2. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher foi adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA, em 6 de junho de 1994, e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.

³Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 207.

⁴PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 161-162.

O pacto integra o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e demonstra com clareza a relação de complementaridade entre os sistemas regionais e o sistema global, pois foca especificamente a questão da violência contra a mulher, reconhecendo-a como violação aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

O documento assinala que “a violência contra a mulher é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”, para então concluir que:

[a] adoção de uma convenção para prevenir, punir e erradicar toda forma de violência contra a mulher, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, constitui uma contribuição positiva para proteger os direitos da mulher e eliminar as situações de violência que possam afetá-las.

A Convenção de Belém do Pará é inovadora em diversos aspectos. Primeiramente, ela define a “violência contra a mulher” de maneira extensiva, de modo a permitir interpretações amplamente favoráveis às vítimas, quando a conceitua, em seu artigo 1º, como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada”. O campo de proteção vai além, ao reconhecer, no artigo 2º, (a), que as agressões à mulher podem acontecer:

no âmbito da família ou na unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não da mesma residência com a mulher, incluindo, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual.

Por outro lado, a Convenção de Belém do Pará, justamente por definir de forma tão abrangente o conceito de violência ao sexo feminino, seja no âmbito público, seja nas relações privadas e interpessoais, é que o pacto consegue delinear claramente a responsabilidade estatal na prevenção, punição e erradicação das formas de violência contra as mulheres.

O Estado tem, portanto, não apenas o dever de abstenção das práticas violentas, mas também de impedir tais agressões nas relações entre os particulares, garantindo a eficácia horizontal dos dispositivos da Convenção.

O pacto apresenta ainda a possibilidade de apresentação de petições individuais, denunciando violação aos direitos ali assegurados, re clamando esses a serem apresentados diretamente à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Especificamente com relação ao caso Maria da Penha, foi a primeira vez que a Comissão Interamericana aplicou a Convenção de Belém do Pará, como fundamento para a condenação do Estado brasileiro, considerando que este violou as garantias do artigo 7º da Convenção, o qual *establece la obligación de adoptar por todos los medios apropiados y sin demora una serie de medidas para la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres*⁵.

É nessa conjuntura do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos que abrolha o caso Maria da Penha.

3. Comissão Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é o mecanismo destinado à guarda e promoção dos direitos humanos em todo o continente americano. Possui dois órgãos de monitoramento do cumprimento pelos Estados dos deveres impostos pela Declaração, pelas Convenções e pelos Protocolos: a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Segundo o artigo 41 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose), a principal função da Comissão é promover a observância e a defesa dos direitos humanos, podendo, dentre outras atribuições, fazer recomendações aos Estados, solicitar informações, encaminhar relatórios à Assembléia geral da ONU e examinar as petições individuais e as comunicações interestatais que contenham denúncias de desrespeito ao Pacto⁶.

A Comissão possui competência para investigar todos os Estados membros da OEA: se o Estado for signatário da Convenção Americana, é ela que será aplicada; se não o for, será aplicada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

O processo de reclamação individual diante de uma violação de direitos humanos perante a Comissão Interamericana somente poderá ser iniciado se o direito violado estiver contido na Declaração Americana ou na Convenção ou em um dos tratados complementares⁷. Além disso, o Estado denunciado deve ser signatário da Convenção. Não apenas a vítima pode peticionar, como também grupos de pessoas

⁵CEJIL. CEJIL Gaceta: publicación del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. n. 15. 2002, p. 2.

⁶Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 6. ed. São Paulo: Max Linonad, 2004.

⁷Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS/COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Org.). *Como apresentar petições no sistema interamericano*. Washington: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2003, p. 3.

e organizações não-governamentais de defesa dos direitos humanos⁸. Não é preciso que as vítimas estejam representadas por advogados.

Outros três requisitos devem ser observados pelos peticionários. É necessário que haja o esgotamento dos recursos internos no Estado contra o qual se formula a denúncia, porque a jurisdição internacional é subsidiária da interna, e se o caso ainda estiver pendente de decisão judicial é possível que exista resultado favorável à vítima, sem a necessidade de se recorrer ao Sistema Interamericano. No entanto, para utilizar a expressão de Cançado Trindade, há uma “flexibilização do requisito do prévio esgotamento de recursos internos”⁹, pois não há essa exigibilidade se houver demora injustificada no andamento do processo ou se nem mesmo for garantido à vítima o acesso aos meios judiciais.

Além disso, a petição deve ser encaminhada à comissão no prazo de seis meses a partir da data da notificação da decisão judicial definitiva do tribunal nacional a respeito do caso. Entretanto, se o esgotamento não for exigível, a petição deve ser apresentada em prazo razoável. Por fim, o caso em questão não deve ser objeto de apreciação por outro tribunal ou organismo internacional, para não ocorrerem soluções distintas para o mesmo caso.

Se a denúncia contiver todos os requisitos de admissibilidade, a Comissão solicitará maiores informações ao Estado denunciado. Se mesmo depois dos esclarecimentos prestados, a Comissão opinar pela continuidade do caso, tentar-se-á uma solução amistosa entre as partes. Se não se chegar a um acordo, a Comissão examinará o mérito do caso; se concluir pela responsabilidade do Estado denunciado, ela fará recomendações para cessarem as violações ou para as vítimas serem reparadas.

Todo esse procedimento é secreto, e apenas o Estado envolvido tem acesso ao conteúdo das recomendações. Se não houver o cumprimento delas, a Comissão pode, dentro de três meses, enviar o caso para julgamento na Corte ou fixar um prazo para o Estado cumpri-las. Após o decurso desse prazo, se ainda persistirem as violações, a Comissão publicará as conclusões a respeito do caso num relatório anual da OEA.

Discute-se muito a força de obrigatoriedade da adoção das conclusões dos relatórios da Comissão Interamericana por parte dos países signatários. Acerca do tema, assevera André de Carvalho Ramos:

este relatório, apesar de conter a expressão ‘recomendação’ era considerado por seu órgão emissor, a Comissão, como obrigatório. De acordo com a posição da Comissão, estes relatórios têm força obrigatória, já que os Estados comprometeram-se a respeitar os direitos humanos (art. 1^a da Convenção) e devem obedecer aos comandos exarados pela Comissão, pois a mesma tem como missão a promoção do respeito aos direitos humanos nas Américas¹⁰.

Ressalte-se que a Corte Interamericana, desde o julgamento do Caso Loayza Tamayo, em 1997, adotou o posicionamento de que, em nome do princípio da boa-fé, devem os Estados demonstrar determinação para cumprir as deliberações de um órgão protetivo ao qual manifestaram adesão¹¹. Por conseguinte, assumindo-se o caráter de decisão quase judicial dos relatórios da Comissão, passa-se a admitir a condenação de Estados pelo descumprimento de tais conclusões, com base no art. 51 da Convenção Americana.

4. Caso Maria da Penha – Relatório n. 54/01 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Tecidas as considerações mais relevantes à compreensão da importância do caso Maria da Penha, passemos à sua análise específica.

O nome dado à Lei n. 11 340 é um emblema dos frutos colhidos da luta internacional dos direitos humanos das mulheres e seu impacto nos sistemas internos. Isso porque o diploma legislativo resultou de recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos após análise de petição encaminhada por Maria da Penha Maia Fernandes e pelas organizações não-governamentais de direitos humanos Centro pela Justiça e Direito Internacional (Cejil) e Comitê Latino-Americano e Caribenho pela Defesa dos Direitos das Mulheres (Cladem).

Em 29 de maio de 1983, a biofarmacêutica Maria da Penha foi vítima de violência praticada por seu ex-marido, que disparou arma de fogo contra ela durante o sono. A agressão deixou seqüelas permanentes: paraplegia nos membros inferiores. Duas semanas depois do ocorrido, ela sofreu um segundo atentado contra sua vida: seu ex-marido, não satisfeito, sabendo de sua condição, tentou eletrocutá-la enquanto se banhava.

⁸Cf. FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Sistema interamericano de proteção de direitos humanos: a comissão e a corte interamericana de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Porto Alegre: Síntese, v. 33, 2000, p. 263.

⁹CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 19.

¹⁰RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 308.

¹¹Cf. *Idem*, p. 309.

Entre a prática dessa dupla tentativa de homicídio e a condenação do agressor transcorreram 19 anos e 6 meses, graças aos procedimentos legais e instrumentos processuais brasileiros vigentes à época, que colaboraram demasiadamente para a morosidade da Justiça.

A Comissão Interamericana declarou admissível a petição relativa ao caso em 1º de setembro de 1998. O Estado brasileiro manteve-se inerte durante todo o processamento da denúncia, levando à conclusão de serem verdadeiros os fatos alegados pelos peticionários. Em decorrência dessa circunstância, frustradas todas as tentativas de resolução amigável do caso, esse órgão fez publicar suas conclusões no Relatório Anual da Organização dos Estados Americanos, ano 2001.

A Comissão considerou a impunidade do agressor como foco central da violação perpetrada pelo Brasil aos direitos de Maria da Penha, avaliando que isso “evidencia um acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia sufrida por Maria da Penha y una omisión de los tribunales de justicia brasileiros que agrava las consecuencias sufridas por la victima”¹².

Destarte, concluiu que o descaso pela situação da mulher representa um padrão de comportamento do Estado brasileiro, violando também a obrigação de prevenção da violência contra as mulheres, criando um ambiente propício à violência doméstica¹³.

Assim, diante da leniência brasileira com a morosidade do processamento dos crimes domésticos contra a mulher, a OEA publicou o Relatório n. 54, de 2001, pelo qual se concluiu o seguinte:

(...) a República Federativa do Brasil é responsável da violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8º e 25 da Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1º do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil.

Nesse sentido, o Relatório recomendou:

- a continuidade e o aprofundamento do processo reformatório do sistema legislativo nacional, a fim de mitigar a tolerância estatal à violência doméstica contra a mulher no Brasil;
- e, em especial, recomendou “simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo

processual, sem afetar os direitos e garantias do devido processo” e “o estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às conseqüências penais que gera”.

É justamente nesse influxo, após democrático e inclusivo processo legislativo, que a dita *Lei Maria da Penha* foi concebida.

5. Lei Maria da Penha: análises e reflexões

O principal ponto a ser destacado pela nova modalidade de tratamento legislativo é o reconhecimento específico desse padrão de violação dos direitos humanos das mulheres e da violência contra a mulher.

Até então a idéia que vigorava, com o tratamento dado pela lei 9 099/1995, que tratava dos juizados especiais, era que os crimes contra a mulher eram de menor importância, vigorando a impunidade e a baixa repressão aos agressores.

A violência, antes já velada, coberta pelo véu do patriarcalismo vigente em nossa sociedade, levava apenas 10% das vítimas a reportar aos casos de violência. E desse universo de 10%, apenas 2% chegavam a ser condenados¹⁴, estes “obrigados apenas a pagarem uma cesta básica alimentar ou prestar serviços à comunidade. Tal situação tem levado à banalização da violência doméstica, desestimulando as vítimas a denunciar esses crimes e dando aos agressores um sentimento de impunidade”, conforme relatório entregue ao Cedaw pela autoridade brasileira.

Assim, após mobilização intensa dos movimentos de defesa dos direitos humanos das mulheres, o Poder Legislativo, finalmente, com base no precedente, a nosso ver vinculante, do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, editou a **Lei Maria da Penha**, no ano de 2006.

A lei traz em seu bojo as facetas complementares imprescindíveis para a afirmação dos direitos humanos das mulheres: de um lado a ótica repressivo-punitiva, para coibir formas negativas de discriminação e em especial a violência; de outro lado, a vertente promocional para promover a igualdade substancial entre os gêneros.

O artigo 7º traz amplo rol de formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, quais sejam: sexual, física, moral, psicológica e patrimonial.

Ainda, a lei traz medidas protetivas e de amparo assistencial às vítimas, prevendo a organização de juizados

¹²CEJIL. *Op. cit.*, p. 2.

¹³Cf. *Idem*.

¹⁴Dados extraídos do portal de violência contra mulher: www.patriciagalvao.org.br. Acesso em: ago/2007.

especializados para o processamento e julgamento das causas relativas a esse tipo de violência, em que a vítima é assistida por equipe multidisciplinar de profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde (art. 29).

Ademais, a referida lei altera dispositivos do Código de Processo Penal, do Código Penal e da Lei de Execução Penal, no intuito de assegurar a proteção efetiva da mulher agredida e a punição dos agressores.

6. Conclusão

Expostas essas breves considerações, o que se vê é que a Lei 11 340 é ousada e inovadora ao tratar de um tema ainda tão complexo em nosso convívio social.

O sistema, por óbvio, apresenta problemas. Todavia tem muito mais a somar às mulheres ainda vítimas de violência doméstica.

Seu artigo 1º demonstra claramente os antecedentes da Lei, ao dispor que “esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.

Sua importância é de, ao menos, tentar dar uma resposta satisfatória às milhares de brasileiras para quem apanhar dentro de casa é uma realidade.

Encerramos invocando, para essas mulheres que não vivem, apenas agüentam, o hino da alma feminina entoado por Milton Nascimento.

*Mas é preciso ter força, é preciso ter raça
É preciso ter gana sempre
Quem traz no corpo a marca
Maria, Maria, mistura a dor e a alegria
Mas é preciso ter manha, é preciso ter graça
É preciso ter sonho sempre
Quem traz na pele essa marca
Possui a estranha mania de ter fé na vida*

7. Referências

CANÇADO TRINDADE, A. A. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CEJIL. CEJIL Gaceta: publicación del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. n. 15, 2002.

FRIEDRICH, T. S. Sistema interamericano de proteção de direitos humanos: a comissão e a corte interamericana de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Porto Alegre: Síntese, v. 33, p. 261-274, 2000.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS/ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Org.). Como apresentar petições no sistema interamericano. Washington: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2003.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

_____. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RAMOS, A. de C. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

STEINER, H. J.; ALSTON, P. **International human rights in context: law, politics, morals**. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1992.

Artigo 08

Novos Temas da Responsabilidade Civil – Presunção de Lucros Cessantes

de Paulo Nalin

1. Introdução: ponto e contraponto. 2. O dano ressarcível: atualidade, subsistência e certeza. 3. Hipóteses de presunção de dano. 4. Conclusão: todo dano deve ser indenizado?

1. Introdução: ponto e contraponto

Concordamos que todo dano injusto deve ser ressarcido. Mas, absolutamente, todo dano deve ser ressarcido?

Dano é oriundo da palavra *damnum*, que significa destruição, deterioração, menoscabro, ofensa, dor que se provoca na pessoa, em suas coisas e em seus valores, morais e sociais. Dano, em sentido técnico, é tão só a ofensa a interesse juridicamente tutelado. Como todo conceito técnico singelo e preciso, acaba sendo abraçado por inúmeros segmentos do direito, empregado, sem demais requintes técnicos, pelo direito civil, direito do consumidor, direito ambiental, penal e outros ramos do direito que agitam o assunto.

“O dano é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia.” (DIAS, Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v. 2, p. 832.) A primazia do dano, como elemento nuclear da responsabilidade civil, sobre os demais elementos gera o esvaziamento dos debates doutrinários quanto à sua exigibilidade, sendo verdadeiro “(...) truísmo sustentar este princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar” (DIAS, A. *Ibidem*, p. 832). Nessa linha de pensamento vestibular, admite-se a responsabilidade civil sem culpa, haja vista a sua objetivação, ou mesmo, excepcionalmente, sem que um ato ilícito se configure, mas nunca se verificará ressarcimento sem dano.

A própria objetivação da responsabilidade civil, que anda a passos largos, em vista da conformação da teoria do risco pelo art. 927 do Código Civil, aponta para a montante preocupação quanto ao tema da culpa e a tutela da vítima contra o dano injusto, por meio da qual menos interessa a imputação de responsabilidade ao causador do dano, do que a facilitação do justo ressarcimento do dano material e da compensação do dano imaterial.

Os danos se ampliam conforme o casuísmo da vida cotidiana, sendo ele um elemento de conteúdo variável e

flexível, dentre todos os outros pressupostos do ilícito (art. 186 CC) e, logo, da responsabilidade civil. Esse casuísmo tem um incremento praticamente diário (VICENTE DOMINGO, Elena. El daño. *Apud* TRIGO REPRESSAS, Felix A.; LOPEZ MESA, Marcelo J. **Tratado de responsabilidade civil**. t. 1, p. 410.), podendo-se, hoje, tratar da responsabilidade do médico, do provedor da internet, do diretor do colégio dos filhos, do advogado, do juiz de direito, do transportador e de inumeráveis outros episódios que a realidade segue apresentando. Verifica-se, dessa forma, uma constante mutação na configuração do elenco de danos ressarcíveis, embalada ao sabor da transformação dos valores sociais. Por exemplo, quem se referia ao dano ambiental, no Brasil, até a década de 1970? E o que dizer da crescente polêmica do, assim denominado, “dano de afeto”, decorrente da violação da dignidade da pessoa humana, na dimensão do *status* de filho, que é abandonado, não-reconhecido ou renegado pelo pai ou pela mãe, ensejando pretensão compensatória por danos morais?

Os danos não se descrevem mais em poucas linhas, como antes faziam os clássicos tratadistas franceses, sendo, em realidade, impossível, com forte chance de erro, buscar uma seleção catalogada e hipotética dos danos do cotidiano. Le Tourneau y Cadiet (In: *Le droit de la responsabilité*. *Apud* TRIGO REPRESSAS y LOPEZ MESA, p. 410.) justificam tal expansão na complexidade objetiva de duas lógicas. *A primeira*, a lógica dos direitos humanos, que acaba por “(...) apresentar uma atenção acrítica às situações individuais, não somente às necessidades como, também, aos desejos dos indivíduos (...)”, assim, toda frustração implica prejuízo em busca de um responsável. *A segunda* se notabiliza pela marcha da multiplicação dos bens, na medida em que a responsabilidade se coloca como mercadoria, tanto quanto outras que podem ser trocadas no mercado de seguro. Exagerando esta segunda lógica, os danos se convertem em bens que têm a virtude de permitir a aquisição de outros bens. Com isso, a ideologia

da reparação acaba por se nutrir de uma nova ideologia, essencialmente mercantilista, antes que humanitária e, portanto, contrária à vocação constitucional do Direito Civil brasileiro e, sobretudo, antagônica à valorização do ser em detrimento do ter.

Nesse viés de resgate da ideologia da responsabilidade civil, vários autores têm demonstrado legítima preocupação quanto aos resultados jurisprudenciais desordenados, e pouco técnicos, que levam ora a condenações absurdas, ora a absolvições injustas, ao sabor daquilo que se imagina, sem qualquer apego técnico, venha ser a sociabilização ou solidarização dos riscos.

Nesse sentido, encontra-se o desafio ideológico ou funcional apresentado nesta tarde, pois se de um lado a sociedade, em constante mutação, exige que cada vez mais circunstâncias do cotidiano sejam catalogadas como dano ressarcível, de outra banda vozes de peso, na doutrina e na jurisprudência, se levantam contra a assim denominada “mercantilização da responsabilidade civil”, ainda que nem todos esses opositores se pautem pelo instrumental argumentativo da Constituição da República, no sentido de alertar que a maior indenização não necessariamente conduz à dignificação da pessoa humana.

Ideologia e função não se confundem, ainda que a primeira se reflita na segunda. Pode-se, tecnicamente, ilustrar a função da responsabilidade civil nos seus perfis de *reparação*, que é primária em todo o sistema de responsabilidade, de *demarcação*, a qual delimita as fronteiras entre a atuação do sujeito e o âmbito de proteção de bens juridicamente tutelados e, por fim, a *prevenção* de danos, que se traduz na prevenção de comportamentos anti-sociais (TRIGO REPRESSAS y LOPEZ MESA. *Op. Cit.*, p. 60-61), prevalecendo ora uma ora outra, alinhada à ideologia que a conforma. Mas, a assim sugerida mercantilização da responsabilidade civil vai de encontro ao ideal da despatrimonialização do direito civil, o que sugere um complexo dilema entre os anseios sociais de integral reparação ao dano injusto; diga-se, a todo dano, ainda que ele não se configure injusto, e a repersonalização do direito civil. A repersonalização vem a ser, em síntese, a inserção da pessoa no vértice ou no centro do sistema civil-constitucional, numa perspectiva coletivista, portanto, menos egoística, postura essa com a qual não parece se afinar uma responsabilidade civil voltada à obtenção de bens de troca.

Entretanto, o tema da quantificação dos danos é outro desafio. Dele não se tratará, pois, neste espaço, estamos na ante-sala da quantificação. Ainda que relacionados, não cabe agora investigar qual será o montante da reparação, mas tão só responder se um certo dano (presumível) é reparável ou

não. A quantificação se localiza na etapa seguinte dessa auto-indagação.

Agiganta-se o desafio do tema posto, na medida em que se discute a presunção de lucros cessantes. Vale dizer, dos danos materiais que são destituídos de certeza, ao passo que este elemento – a certeza quanto à existência do dano — vem a ser não somente fato constitutivo como, também, elemento determinante do dever de indenizar. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. p. 70.) O dano é “circunstância elementar da responsabilidade civil”, como lembrava o saudoso professor Caio Mário da Silva Pereira (In: **Responsabilidade civil de acordo com a Constituição de 1988**. p. 43). O ressarcimento sem dano enseja enriquecimento ilícito da suposta vítima, justamente porque, como ensinava Henri Lalou (In: **Traité pratique de responsabilité civile**, n. 135), sempre lembrado por Caio Mário da Silva Pereira (In: **Responsabilidade civil de acordo com a Constituição de 1988**, p. 43), “**pas de préjudice, pas de responsabilité civile**”, sendo esse, por excelência, o critério distintivo clássico entre responsabilidade civil, moral e penal, uma vez que o ato deve gerar lesão (material ou moral) em algum interesse da vítima.

Aliás, cabe a nota de MAZEAUD e MAZEAUD (*Apud* DIAS, Aguiar. *Op. cit.*, p. 822, nota 1 267) que dano efetivamente não existe nas espécies da responsabilidade penal e da violação moral de conduta, no sentido peculiar desenvolvido pelo direito civil, pois a transgressão do tipo penal ou da regra moral de conduta contempla em si um ilícito, que vem a violentar a ordem social, sendo por isso, e nada mais, reprovável.¹

2. O dano ressarcível: atualidade, subsistência e certeza

Atual é o dano que se configura, ou que se configurou, no momento da ação ilícita praticada. Percebe-se, na atualidade do dano, a importância da categoria temporal no direito, na medida em que se vislumbra a atualidade numa perspectiva de passado ou de presente, mas não de futuro.

Os defensores mais radicais de tal elemento da reparação chegam a sustentar que “um dano futuro não justifica uma ação de indenização”. (HENRI LALOU, *apud* SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Op. cit.*, p. 45.)

De outra banda, essa mesma posição, mais radical, adotada pelos tratadistas franceses, mostra-se arrefecida desde que o “dano futuro” traga, em si, elementos de apreciação pelo tribunal, de modo a poder ser imediatamente avaliado. Em outros termos, o dano futuro, em verdade, seria o dano atual que se projeta no tempo em suas conseqüências, as quais podem ser idênticas ou agravadas no futuro, em relação aos atuais efeitos.

¹Voz isolada na doutrina nacional, contrária a todas as opiniões antes colecionadas, é a de César Fiuza (In: **Direito civil**: curso completo. p. 280), para quem é bastante comum a responsabilidade sem dano no direito penal e também no administrativo, ao passo que no “(...) *Direito Civil é menos comum a hipótese, mas existe. Pensemos na mora, ilícito contratual, ocorrendo esta incidirá a multa, mesmo que não tenha ocorrido nenhum dano*”.

Nesse sentido, admite-se a reparação do dano futuro, ainda que não positivado na esfera jurídica da vítima, mas completamente previsível pelo magistrado no momento de prolatar a sentença.

A atualidade do dano, nesse viés, entra em harmonia com o requisito adiante explicado, qual seja, a certeza do dano, uma vez que o dano há de ser certo, ainda que futuro.

Dano *subsistente* significa a não reparação *in natura* ou, em seu equivalente econômico, pelo causador do dano. Segundo Alterini, só é ressarcível o dano que subsiste após o fato ilícito, ao que se pode acrescer, antes do ajuizamento da ação reparatória. A não-subsistência do dano oportuniza, ao réu, excepcionar a pretensão indenizatória, não somente porque seu acolhimento ensejaria enriquecimento ilícito da vítima, uma vez que já foi reparada, como, ainda, a carência de ação do autor, pois destituída de utilidade a demanda. Vale recordar o que se disse ao início: nunca se verificará ressarcimento sem dano, sendo aplicável tal princípio à sua subsistência, até o ajuizamento da ação ressarcitória.

A *certeza* do dano é daqueles conceitos que se explica por meio do seu oposto, ou seja, a partir da exclusão do dano hipotético, eventual ou conjectural. A doutrina é firme em sustentar que “proceder à reparação de um dano eventual ou hipotético, ainda que seja suscetível de produzir-se no futuro, porém não realizado, equivaleria a enriquecer sem causa a vítima” (TRIGO REPRESAS, Felix A. e LOPEZ MESA, M. *Op. cit.*, p. 413).

O requisito da certeza vem ligado ao da atualidade, na lição de Caio Mário da Silva Pereira (*Op. Cit.*, p. 46) e, por conseqüência, à exclusão do dano eventual. Maiores desafios, nessa seara, são decorrentes da indagação acerca dos danos futuros e, também, daqueles provenientes da *perda de uma chance* (*perte d'une chance*), assunto classicamente explorado pela doutrina francesa, com incursões doutrinárias tão só mais recentes no Brasil.

A perda de uma chance, ou seja, o dano futuro previsível, deve estar conectada com elementos da realidade presente, ponderáveis ou tangíveis, e não meramente hipotéticos. Vencer uma corrida de cavalos, ganhar um prêmio da loteria ou uma demanda, sem que esses eventos tenham qualquer liame com situações jurídicas patrimoniais e existenciais presentes da vítima, não revelam a perda de uma chance. O direito francês explica a perda de uma chance como sendo “o desaparecimento da probabilidade de um sucesso favorável” (TRIGO REPRESAS, Felix A. e LOPEZ MESA, M. *Op. Cit.*, p. 465), na medida em que se constata a abrupta interrupção de uma situação favorável em curso, distinguindo-se dos lucros cessantes por graus de certeza.

Nos lucros cessantes existe certeza; na perda de uma chance, probabilidade. Por força dessa distinção, entre lucros cessantes e dano provável, é que a indenização pela perda de uma chance se dirige ao fato do desaparecimento da probabilidade e, não, dos lucros frustrados, dos interesses reduzidos. Ou seja, dos supostos danos que a chance perdida poderia ter proporcionado à vítima, não fosse a inesperada interrupção dos regulares eventos do cotidiano. Nessa toada, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já condenou advogado que perde o prazo de recurso a ressarcir o cliente em razão da inépcia processual, não só pela sucumbência da ação, mas também pela perda da chance de o cliente ver o seu recurso julgado pela superior instância (TEPEDINO, G. *et. al. Op. cit.*, p. 727).

Em verdade, os elementos configuradores do dano indenizável – atualidade, subsistência e certeza – devem experimentar um estado de harmônico balanço com um dos princípios fundantes da responsabilidade civil, que vem a ser a restituição integral do dano ou *restitutio in integrum*. O princípio foi consagrado pelo art. 1 059 do CC-1916 e, também, pelos arts. 402² e 944³ do atual CC, com vantagens evidentes na última codificação. Tal princípio, que ganha estabilidade em ambos os códigos civis brasileiros, confirma, na matéria de direito contratual, que “(...) as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar” (art. 402 CC), proporcionando uma verdadeira chave de abertura aos danos futuros e prováveis do credor. O princípio é tão importante na esfera da responsabilidade civil que, não obstante encartado nos limites da responsabilidade negocial, se projeta para a responsabilidade extracontratual, não havendo quem sustente o contrário.

E o atual Código Civil se mostra vantajoso face ao antigo código, na medida em que, hipoteticamente, autoriza a reparação do dano virtual – *le gain manque* –, o que era afastado pelo revogado código. (VARELA, Antunes. **Direitos das obrigações**. v. 2, p. 129.) Melhor explicando: o parágrafo único, do art. 1 059, do CC de 1916, limitava a indenização dos danos àqueles que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação. Tal limite não foi reproduzido pelo atual código, ampliando o alcance abstrato da reparação pelos danos virtuais ou indiretos.

Vale a pena, dessa maneira, ficar atento à locução “(...) o que razoavelmente deixou de lucrar”, cuja definição mais apropriada se encontra na clássica obra de Agostinho Alvim (In: **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. p. 189): “**até prova em contrário, admite-se que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria. Há aí uma presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo em vista os antecedentes.**”.

²Art. 402. *Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e os danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.*

³Art. 944. *A indenização mede-se pela extensão do dano.*

Portanto, entre o extremo seguro da certeza, o dano provável e o total oposto, ou seja, a presunção dos danos, existem alguns degraus de evidente distanciamento. Sejam os danos atuais, sejam eles futuros, o elemento da certeza, desta feita, é aquele que realmente conflita com a presunção de danos, pois o juízo de presunção parte de um fato conhecido pelo magistrado para atingir um fato desconhecido, vale dizer, incerto, estabelecendo-se um necessário paradoxo. Acolher a tese da presunção de danos significa mitigar ou afastar a certeza da sua ocorrência.

Nesse âmbito, estabelece-se a conexão entre o direito civil e o processual civil, pois se, de um lado, é verdadeiro afirmar que a prova do fato jurídico é regulamentada pelo Código Civil, no seu art. 212 e, em particular, a presunção, como meio de prova, no seu inciso IV, não é menos verdadeiro que o código de processo civil impõe ao autor da demanda provar os fatos constitutivos do invocado direito, art. 333, inc. I. Em uma razoável ponderação, o Código de Processo Civil exige um regime probatório de certeza, que vem a ser relaxado pelo Código Civil ao consagrar a presunção como meio de prova.

Contudo, a presunção não é uma prova. Ela é um mecanismo lógico de prova, pura construção do direito, ora autorizada pelo legislador, ora edificada pela jurisprudência, voltada a socorrer o magistrado diante do fato desconhecido.

Em outros termos, presumir uma realidade significa autorizar o magistrado a julgar sem provas, ou cujas provas são dispensadas, quanto ao fato desconhecido, via de regra, por força da assim denominada *presunção legal* ou *fatos presumidos absolutamente* (TEPEDINO, Gustavo; HELENA BARBOZA, Luisa; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código civil interpretado conforme a constituição da república**. v. 1, p. 431). No amplo segmento do direito das obrigações, verificam-se alguns exemplos de presunção legal, tais como, aquelas relativas ao objeto e à prova do pagamento (art. 321 a 325), cabendo, por brevidade e clareza, suscitar o art. 325 (*Presumem-se a cargo do devedor as despesas com o pagamento e a quitação; ...*). Melhor explicando, o magistrado conhece o fato jurídico do contrato, mas desconhece o fato do ônus quanto ao pagamento das despesas pela execução do contrato, sendo válido, então, presumir que ficam a cargo do devedor.

Constata-se que as presunções legais são aquelas expressas pelo legislador no texto positivo e, quanto ao direito das obrigações, são sempre relativas, admitindo prova em contrário.

No particular segmento da presunção de culpa, vale recordar a histórica súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, que veio a consolidar interpretação favorável à vítima dos atos praticados por empregados, serviçais e prepostos, em vista da responsabilidade do patrão, amo ou comitente, no contexto do art. 1 521, inc. II, do CC de 1916. Por força jurisprudencial, dessa maneira, também são construídas

presunções, sendo válido afirmar que a presunção é legal ou jurisprudencial, sendo ambas autorizadas como meio de prova na busca da *reconstrução possível dos fatos*, conforme aludem TEPEDINO, Gustavo; HELENA BARBOZA, Luisa; BODIN DE MORAES, Maria Celina. (In: **Código civil interpretado conforme a constituição da república**. v. 1, p. 426). Nem mesmo o processualista mais pretensioso sustenta que o regime probatório e, por consequência, a distribuição dos seus ônus entre os litigantes conduzem a um juízo de certeza, a um estado de verdade. Ao contrário, cada vez mais cresce o movimento processual pela suficiência dos juízos de verossimilhança, haja vista a consolidação das regras de antecipação de tutela nas lides civis (art. 273 CPC). Ora, se até mesmo a processualista já se deu conta de que a certeza é somente um juízo provável, por que, então, seguirmos reafirmando o secular requisito da *certeza* como sendo praticamente absoluto e inabalável para efeito de reparação?

Nessa linha de reconstrução do direito privado pela doutrina e pela jurisprudência, ademais, é necessário romper com o mito de que as presunções são, somente, aquelas estabelecidas pelo legislador, sendo admissíveis as presunções oriundas do Poder Judiciário, enquanto regra de julgamento. Aliás, a remodelação do direito civil brasileiro, pós-Código Civil de 2002, conta, fortemente, com a atuação da magistratura, a qual está mais abalizada para encarar a realidade jurídica nacional do que o próprio legislador. Por isso, também, a preocupação da doutrina em estabelecer critérios técnicos e claros acerca da função da responsabilidade civil, para que possamos, juntos, edificar um novo direito civil.

Retomando a idéia central, no caso específico da responsabilidade civil e dos danos presumidos, o julgador conhece o fato ilícito, na dimensão do ato censurável, do nexa causal, da culpa e da imputação da responsabilidade, contudo ignora a existência de danos, vindo a presumi-los. Quiçá a prova do dano seja mesmo de impossível obtenção pela vítima, de modo a ser inexigível.

A presunção, como já mencionado, é um mecanismo lógico-dedutivo que se encontra no meio caminho entre a aparente certeza da prova e a ficção jurídica. A prova é o instrumento ideal do processo para a constatação dos danos, pois, revestida de uma sensação de segurança processual, busca o convencimento de ambas as partes. A ficção, ao seu turno, transita pelo extremo da imaginação do legislador, uma vez que o magistrado julga a partir de um fato desconhecido para atingir outro fato desconhecido. Vale dizer: é puro resultado do exercício abstrato do julgador, sendo, portanto, excepcionalíssimo o seu emprego e, no meu entendimento, inaplicável ao direito das obrigações. Por isso, não tratamos de danos fictos, e sim de danos presumidos.

3. Hipóteses de presunção de dano

Para efeito de demonstração dos contornos mais concretos da presunção de danos, passo a exibir duas hipóteses conhecidas, ainda que nem sempre lembradas ou relacionadas ao tema aqui apresentado: os danos decorrentes da morte e os danos decorrentes da violação de propriedade industrial e da concorrência desleal.

O dano de morte – uma das hipóteses mais corriqueiras em se tratando de presunção de dano vem a ser dano pela morte de algum ente familiar. Seja a vítima pai, mãe, filho, irmão, tio, sobrinho, etc. A jurisprudência consolidou o entendimento de que a falta do parente enseja dano patrimonial indenizável em favor do núcleo familiar sobrevivente.

Tal construção se aplica mesmo àqueles membros da família sem atividade laborativa presente, como o filho morto ainda em tenra idade, presumindo-se que, ao atingir a idade madura, contribuiria para com o sustento familiar. Tal cultura jurisprudencial restou bem ilustrada a partir da conhecida ementa do Superior Tribunal de Justiça: *verbis* “**em família de poucos recursos, o dano patrimonial resultante da morte de um de seus membros é de ser presumida**” (STJ – 1 T – Resp. – Rel. Min. Asfor Rocha – j. 20/3/95 – RSTJ 76-257). Ora, qual é a certeza do julgador de que esse membro da família, morto em algum evento fatídico, não faleceria de causa natural, dias ou mesmo horas após o fato que o vitimou? Ou, como pode atestar o julgador, com razoável segurança, que esse mesmo membro familiar simplesmente se negaria em contribuir com a economia doméstica, logo no recebimento do primeiro salário? Como, precisamente, calcular a sobrevivência da vítima, a sua evolução profissional, e as repercussões econômicas da sua falta no orçamento geral da família, para efeito de fixação de pensão por morte? Tome-se, como exemplo, o servidor público que tem a vida ceifada enquanto ativo na carreira. Não fosse a morte, presume o julgador, teria ele uma evolução em seus vencimentos, ganhos e vantagens decorrentes da carreira pública, presumindo, então, lucros cessantes aos familiares sobreviventes.

Em verdade, tais ponderações e estimativas não passam de conjecturas jurisprudenciais, daquilo que *razoavelmente deixou de lucrar* a vítima ou seus sucessores, construídas com base nas regras da experiência e em presunções jurisprudenciais de danos (danos emergentes e lucros cessantes), apoiadas em dados econômicos e estatísticos da população brasileira, sem qualquer preocupação com os pressupostos da atualidade e a certeza do dano.

Tais pressupostos do dano – certeza e atualidade – não se sobrepõem à construção jurisprudencial sobre o evento morte.

A violação da propriedade industrial e da concorrência desleal – nesse particular tema, em exceção ao próprio sistema desenvolvido de responsabilidade civil e de apuração de prejuízos, deparamo-nos com o art. 210 da Lei de Propriedade Industrial, a qual opera um efetivo relaxamento ao requisito da certeza e que ilustra a presunção de danos reparáveis.

Dispõe o referido artigo 210, da Lei 9 279, de 14 de maio de 1996, que os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes: I – os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou, II – os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito⁴; ou, III – a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.

Várias características precisam ser elucidadas do referido artigo de lei e de seus provocativos incisos.

A princípio, trata-se de meio de apuração de dano a critério da vítima, portanto alternativo àquele que sofre a contrafação ou a concorrência desleal, em total exceção ao sistema geral do art. 403 do CC, que vem a consubstanciar o ressarcimento de danos decorrentes de fatos diretos e imediatos e toda a polêmica discussão acerca do nexo de causalidade. Por contraste, o artigo do Código Civil expressa que “(...) **as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato**”. Tal dispositivo da legislação civil, que se incorpora ao texto de lei, o princípio da reparação integral, além da previsão do art. 944 do CC, em verdade, possuem duplo efeito, ou seja: *todo dano deve ser reparado, mas só os danos diretos e imediatos podem ser reparados*. Nem mais nem menos. De fato, a legislação especial excepciona o princípio da *restitutio in integrum*, mas, com base em outra diretriz geral da responsabilidade civil, qual seja, aquela estabelecida para os danos absolutos, ao dispor que *prevalecerá o valor mais favorável a lesado* (art. 948 do CC-1916) (In: DANEMANN, SIEMSEN BIGLER & IPANEMA MOREIRA. **Comentários à lei da propriedade industrial e correlatos**. p. 437), vantagem reproduzida pelo próprio *caput* do art. 210 da Lei de Propriedade Industrial.

Se a limitação de duplo sentido estabelecida pelo art. 403 do CC fosse aplicada aos crimes de propriedade industrial e concorrência desleal, provavelmente, muitos danos restariam sem a devida reparação, em razão da dificuldade

⁴A propósito, *vide* recente acórdão do TJPR, na Apelação Cível n. 348 041-1, Rel. Des. Paulo Hapner, com a seguinte ementa: DIREITO MARCÁRIO – NOME COMERCIAL – DENOMINAÇÃO FANTASIA – REGISTRO – CONFUSÃO IDENTIFICADA. INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – PROVA EFETIVA – AUSÊNCIA – DANO MATERIAL VERIFICADO – INDENIZAÇÃO – PERCENTUAL SOBRE O FATURAMENTO AUFERIDO DURANTE O PRAZO EM QUE FOI UTILIZADA A MARCA – IMPROCEDÊNCIA – IMPROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO.

de demonstrá-los (TINOCO SOARES, José Carlos. **Tratado de propriedade industrial**, p. 941), pois, absolutamente ciente, o contrafator e concorrente desleal, de que pratica um crime antes de um ilícito civil, não teria qualquer intenção de deixar rastros. No caso, trata-se de ação de responsabilidade *ex delicto*.

De qualquer sorte, as dificuldades probatórias são de toda ordem. Isso porque, conforme explicava o insuperável João da Gama Cerqueira (In: **Tratado da propriedade industrial**, v. 2, t. 2, parte 3, p. 284-285) “(...) **não obstante a contrafação, os lucros do titular da marca não diminuem, mantendo-se no mesmo nível ou na mesma progressão, não sendo raros os casos em que se verifica o seu aumento. (...) O que o bom senso indica é que o dono da marca realizaria lucros ainda maiores, se não fosse a concorrência criminosa do contrafator**”. Em razão disso, complementa o mesmo Gama Cerqueira, torna-se presumível que a confusão criada leve a desfalcar as vendas do dono da marca, em favor do contrafator.

Trata-se, portanto, de efetiva presunção legal de danos, alternativa em favor da vítima, fundada na regra da experiência de que a concorrência desleal enseja danos materiais ao titular da marca, da patente ou do invento, ainda que estes não possam ser especificamente demonstrados em juízo.

De fato, cabe salientar que a legislação especial sob análise tem, nos seus dois primeiros incisos, a particularidade de se apoiar o pedido de reparação naquele critério que mais favoreça o autor, sem que, necessariamente, reflita ele algum dano amargado. Assim, por exemplo, se um inventor que nunca tenha explorado seu invento constata que uma grande indústria o incorporou à sua linha de produção, pode buscar reparação com base nos lucros do contrafator, os quais, não necessariamente, espelham os prejuízos do inventor, sendo essa hipotética descrição acolhida pelo inciso II do art. 210, da LPI. No entanto, ainda que a critério da vítima, cabe a demonstração do seu lucro frustrado ou do lucro auferido pelo contrafator e concorrente desleal. Excepcionalíssima vem a ser a hipótese do inciso III, do mesmo artigo 210, pois a indenização é arbitrada conforme o valor que seria supostamente exigido pela vítima na concessão de licença de uso de marca ou de invento violado. Tal valor fica a seu exclusivo critério e não guarda necessária proporção com danos, no modelo clássico do direito civil, que exige demonstração do prejuízo.

4. Conclusão: todo dano deve ser indenizado?

Não se localizam, no mesmo segmento, o dano e a sua quantificação, sendo incorreto, a meu ver, tentar banir ou limitar a casuística catalogação de danos, sob o argumento da mercantilização da responsabilidade civil.

Por tal motivo, não se pode conceber como adequado, *a priori* e em juízo meramente hipotético, a seleção de danos passíveis de reparação, ao modo da tipificação do direito penal. O atual art. 186 do CC é uma das maiores fontes de deveres de todo o sistema jurídico e, ao lado da fonte contratual e do enriquecimento ilícito, completa o sistema obrigacional brasileiro. Por isso, sustentar, em antecipação ao caso concreto, que danos não se presumem, ao meu ver, implica o incorreto fechamento do sistema obrigacional e o desprestígio da cláusula geral do mesmo art. 186 do CC.

Em grande parte, a riqueza do tema da responsabilidade civil, que se coloca sempre ativo na vida do jurista, muito deve à expansão ou à mutação das hipóteses de dano. Em boa medida, os juristas somente se dão conta da existência que um novo interesse social ingressa no assim denominado mundo do direito, vale dizer, passa a ser interesse juridicamente tutelado, a partir de um ilícito reconhecido pelo Poder Judiciário, que tem por conseqüência uma reparação ou uma compensação. E, portanto, não somos nós, estudiosos do direito, que descrevemos quais fatos são, ou não, passíveis de reparação. No máximo, estabelecemos um juízo crítico secundário sobre o que se demanda em juízo.

Sendo assim propagada a mercantilização da responsabilidade civil não se pode tornar um argumento contrário à expansão das hipóteses de danos, mormente os patrimoniais, pois esse desvio ideológico do instituto tem mais relação com os insondáveis critérios de quantificação empregados pela jurisprudência do que com o constante movimento dos danos reparáveis.

Nessa linha de pensar, parece-me que a presunção de danos não pode mais ser relegada a uma excepcionalíssima hipótese que desafia a certeza do dano. Deve-se tomá-la com mais naturalidade e constância, até porque foi consagrada no sistema positivo brasileiro desde a anterior codificação civil. Em vista do caso concreto e em juízo de equidade, os danos presumidos hão de ganhar novo espaço na base jurisprudencial.

E por tais motivos, à provocação que me foi apresentada, presunção de lucros cessantes, respondo afirmativamente: **sim, devem ser amplamente acolhidos, sem restrições a priori**. Mas sempre em vista do caso concreto.

O seu fundamento geral localiza-se no próprio Código Civil, art. 402, em demonstração comparada e evolutiva com o revogado art. 1 059 do CC de 1916, sem embargo de, também, ser localizado em lei especial, conforme visto e, sobretudo, construído pela jurisprudência.

26 de maio de 2007

Artigo 09

Apontamentos sobre as Restrições Estatais Indevidas ao Princípio Fundamental da Prestação da Adequada Tutela Jurisdicional

de Phillip Gil França*

1. Introdução. 2. Conclusão. 3 Referências.

1. Introdução

O presente estudo gira em torno do debate acerca de restrições estatais indevidas (comissivas e omissivas) ao princípio fundamental expressado no artigo 5º, XXXV, da Constituição federal. A questão está enfocada nos limites estatais de restrição do princípio fundamental da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional. Assim, a partir da pesquisa e análise dos institutos envolvidos nessa problemática, pretende-se apontar caminhos para superar as restrições estatais ao princípio em foco, determinadas como *indevidas*.

Tendo em vista as inquietantes peculiaridades e incessantes inconstitucionalidades da atuação estatal frente ao seu fundamental dever de prestar a tutela jurisdicional dos conflitos postos à sua apreciação, eleva-se a importância do estudo proposto, pois a superação de barreiras inadequadas para a plena efetivação e eficácia desse princípio fundamental concede ao Estado o seu legítimo caráter de ente voltado à promoção e proteção do cidadão.

Pretende-se, então, desenvolver breve análise crítica dos institutos e questões jurídicas que envolvem o tema das restrições indevidas¹ ao princípio fundamental em tela. De forma objetiva, indicam-se três frentes de pesquisa para, ao final, alcançar a viabilidade de indicação de caminhos de superação das indevidas restrições estatais à sua atividade indeclinável de prestar a adequada e efetiva tutela jurisdicional.

Desse modo, intenta-se desenvolver a busca da melhor resposta – quando da indicação de rotas jurídicas de resolução do problema proposto – mediante estudo e análise crítica dos seguintes institutos:

I) Crítica à restrição indevida comissiva do Estado ao princípio fundamental da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional;

II) Crítica à restrição indevida omissiva do Estado ao princípio fundamental da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional;

III) Crítica à restrição indevida do Estado ao princípio fundamental da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional, ocasionada pelo viés de otimização econômica deste dever estatal – a partir da idéia de ‘custo-benefício’ do processo;

IV) Apesar da clara disposição constitucional estampada no artigo 5º, XXXV, assim como a concepção de plena e imediata eficácia² dos direitos fundamentais – notadamente pela expressão do § 1º do artigo 5º da Carta Magna – o Estado nacional, por intermédio dos seus três poderes (funções) constituídos, insiste em constringer a respectiva norma fundamental sempre que se observa sua atuação voltada à restrição inadequada do pleno acesso ao Judiciário, por conseguinte à possibilidade de recepção de uma efetiva e satisfatória prestação da tutela jurisdicional estatal.

*Coordenador de curso e professor da Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná – professor da Faculdade de Direito Opet – mestre em Direito do Estado pela PUC-RS – especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu F. Bacellar – membro pesquisador do Nedef (Núcleo de Estudos de Direitos Fundamentais – CNPq) – membro do Instituto dos Advogados do Paraná – advogado e consultor.

¹Entende-se como ‘restrições indevidas’, no presente estudo, aquelas limitações à aplicação da norma fundamental que quebram a idéia de harmonia desta com o sistema jurídico. Isto é, será restrição indevida aquela desproporcional e não-razoável quando se limita a aplicação de determinada norma fundamental, destarte, restrição normativa que traz prejuízo para o bem jurídico tutelado pela respectiva norma, sem o adequado abalizamento axiológico constitucional para tanto, conforme os exemplos a ser apresentados neste item.

²Sobre essa assertiva, vale lembrar as lições do professor Ingo Wolfgang Sarlet no que diz com a eficácia dos direitos fundamentais: há que ressaltar o cunho eminentemente principiológico da norma contida no art. 5, §1, da nossa Constituição, impondo aos órgãos estatais e aos particulares (ainda que não exatamente da mesma forma), que outorguem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, em favor dos quais (seja qual for a categoria a qual pertençam e consideradas as distinções traçadas) milita uma presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficaz. [...] “Afinal de contas, como bem lembram Laurence Tribe e Michael Dorf, as normas da Constituição – e, no nosso entender, especialmente aquelas que versam sobre os princípios e direitos fundamentais – não devem ser tratadas como um espelho, no qual todos enxergam o que desejam ver.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 441-442.)

Esse fato ocorre sistematicamente nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nos momentos que limitam indevidamente a eficácia da norma em tela, do modo objetivamente demonstrado a seguir.

a) Poder Legislativo

Esta função do Estado, em diversas ocasiões, legisla sem a observância ou sem o zelo, (em uma visão mais otimista), da repercussão dos efeitos das normas que emanam. Ocorre quando, por exemplo, a lei ordinária – mesmo indiretamente, isto é, sem que exista um confronto imediato – traz alguma restrição indevida (desproporcional, capaz de minar os efeitos axiológicos da norma) à plena eficácia de um direito fundamental.

Ao caso, com o fito de apresentar como o Legislativo restringe irregularmente a eficácia do princípio fundamental processual da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, cita-se a Lei n. 9 494, de 10 de setembro de 1997³ – norma que restringe a aplicação de ‘tutelas antecipadas’ contra a Fazenda Pública. Essa lei traz vários óbices inconstitucionais ao acesso ao Judiciário pelo cidadão, bem como concede ao Estado verdadeiras ‘rotas de fuga’ ao essencial controle de suas atividades pelo Judiciário – fato inadmissível em nossa ordem jurídica.

Inegavelmente, cabe ao Legislativo enunciar os instrumentos hábeis para uma eficiente prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, apresentação feita pelas normas

contidas no Código de Processo Civil, que não deixam de ser limitações do acesso ao Judiciário. De forma geral são, limitações que não geram efeitos inibidores inconstitucionais da eficácia de direitos fundamentais, mas sim se constituem em condições⁴ e pressupostos⁵ mínimos de uma demanda judicial, essencialmente necessários para o cumprimento do dever estatal de prestar a efetiva tutela jurisdicional.

Entretanto, sempre e quando uma norma processual trouxer efeitos limitadores desproporcionais de princípios fundamentais, como já tratado, deverá ser relativizada para que o direito fundamental – ao caso, aquele garantidor do pleno acesso e da efetiva resposta do Judiciário – possa ser amplamente observado, em razão, em última análise, de ser esta uma norma constitucional hierarquicamente superior às normas processuais comuns. Como bem lembra Juarez Freitas: “a interpretação do Direito positivo implica sempre a escolha fundamentada de um princípio que deve preponderar na sua relação com os demais, bem como em relação às regras e aos próprios valores: interpretar é hierarquizar, além de pré-compreender.”⁶

Contudo, o que se observa – na prática – é a sugerida relativização de tais normas processuais destoantes dos direitos fundamentais tão só em casos extremos, como, no exemplo destacado da incorreta limitação das ‘tutelas antecipadas’ contra a Fazenda Pública, ocorre quando o bem tutelado é a vida⁷ (situações que envolvem valores mínimos

³Lei n. 9 494, de 10 de setembro de 1997, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, alterando, assim, a Lei n. 7 347, de 24 de julho de 1985, notadamente o seu artigo 1º “Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos [I] arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei n. 4 348, de 26 de junho de 1964, [II] no art. 1º e seu § 4º da Lei n. 5 021, de 9 de junho de 1966, [III] e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei n. 8 437, de 30 de junho de 1992.”

Deste modo, aplicam-se – irregularmente, pois agridem o Princípio Fundamental em estudo – ao instituto da tutela antecipada as seguintes limitações, como seguem:

[I] – Lei n. 4 348, de 26 de junho de 1964. “Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens – **Parágrafo único.** Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença. – Art. 7º O recurso voluntário ou ex officio, interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.”

[II] – Lei n. 5 021, de 9 de junho de 1966. “Art. 1º, § 4º: Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.”

[III] – Lei n. 8 437, de 30 de junho de 1992. “Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. – § 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal. – § 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública. § 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação. – Art. 3º O recurso voluntário ou ex officio, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo. – Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, no qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. – § 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado. – § 2º O presidente do tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em cinco dias. – § 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias.”

⁴Condições da ação – art. 267, VI do CPC – a possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e o interesse processual.

⁵Pressupostos processuais – art. 267, IV do CPC – De acordo com o professor Humberto Theodoro Junior, existem os pressupostos processuais **subjetivos**: competência do juiz para causa, capacidade civil das partes e sua representação por advogado; e os **objetivos**: observância da forma processual adequada à pretensão; existência nos autos do instrumento de mandato conferido ao advogado, inexistência de litispendência, coisa julgada, compromisso ou inépcia da inicial, inexistência de qualquer das nulidades previstas na legislação processual. (Op. cit., p. 69)

⁶FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁷Tal como nos dois julgados que seguem:

STJ – Resp 127604/RS, 1ª Turma, Min. Garcia Vieira, DJ de 16/03/1998.

É vedada a concessão de liminar contra atos do poder público, no procedimento cautelar, que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação. Nesse caso, entretanto, o que estaria sendo negado seria o direito à vida, pois sem o medicamento o recorrido não sobreviveria. Recurso improvido.

TRF 1ª Região – AI 2004.01.00.008182-0 – GO – Rel. Des. Maria Isabel G. Rodrigues – DJU 13/6/2005, p. 90.

(Voto da Relatora) – 1. Proibição de concessão de liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (Lei n. 8 437/92, art. 1º, § 3º) deve ser interpretada conforme a Constituição, admitindo-se, em obséquio aos princípios da razoabilidade, do devido processo legal substantivo e da efetividade da jurisdição seja, em casos excepcionais, deferida a liminar satisfativa ou antecipação de tutela parcialmente irreversível (CPC, art. 273, § 2º), quando tal providência seja imprescindível para evitar perecimento de direito. [...] (Voto do Vogal, Des. Souza Prudente) – O processo como instrumento colocado à disposição de todos os cidadãos há de buscar necessariamente a instrumentalidade protetora à aventura da vida. Não se concebe, portanto, que o juiz possa escravizar-se ao fetichismo da técnica processual para deixar ao desamparo as garantias consagradas pela Constituição do direito à vida e à saúde das pessoas.

de subsistência do cidadão reclamante). Assim, não apenas dessa maneira extrema, o entendimento demonstrado de relativização de normas processuais face à plena eficácia de normas fundamentais deverá ser atendido, mas, sim, a exceção deveria ser a *regra* na materialização do direito. Frise-se: *relativização*, não-*exclusão*, pois tais normas processuais são, ainda, indevidamente válidas em nosso ordenamento jurídico, logo, devem ser superadas, não simplesmente eliminadas, pois, desse modo, viabiliza-se a real evolução do sistema.

Destarte, e de acordo com essa linha de raciocínio apresentada, deve-se observar a atuação do Legislativo, esforçando-se ao máximo para que os efeitos de suas normas não tragam restrições desproporcionais – dessa forma, axiologicamente inconstitucionais – aos princípios fundamentais.

b) Poder Executivo

Esta função do Estado também traz limitações e restrições indevidas ao princípio fundamental processual em destaque, quando o Executivo atua normativamente de maneira furtiva ao controle jurisdicional. Isso ocorre, principalmente, no momento em que adota critérios técnico-científicos ‘desarrazoados’⁸ e desnecessários à estrita produção do ato, bem como à fiel observância de sua finalidade⁹ inevitável de atender ao interesse público.

Essa situação acontece muitas vezes nas hipóteses em que há determinada margem legal de atuação do agente administrativo (discricionariedade) e, nessa linha, existe um leque de opções de caminhos legais para prosseguir, o qual será escolhido de acordo com critérios de conveniência e

oportunidade, criando, assim, a problemática *névoa* para que o Judiciário atue de modo a controlar as ações do Executivo. Contudo a mencionada *névoa* não é negativa em sua essência, porém, pode sim ser utilizada sob uma forma irregular. Sucede tal fato quando a administração evita o controle jurisdicional em virtude da inexistente (mas incessantemente alegada pelo Executivo) insindicalidade do mérito do ato administrativo, assim como pela incorreta crença de que o Judiciário não possui instrumentos hábeis para controlar e questionar o caráter técnico dos atos administrativos.

Exemplo prático dessa atuação desenhada é observado na atuação das agências reguladoras federais, as quais, muitas vezes, sustentam que o ‘lento’, e ‘não técnico’, Judiciário não pode invadir a competência da administração, sob o pretexto do preceito constitucional da convivência harmônica dos poderes. Contudo, ao contrário dessa ‘*simplista*’ afirmação do Executivo, existem sim meios eficazes de limitação do questionamento, junto ao Judiciário, do aspecto subjetivo do ato normativo – sem desprezar o papel do Judiciário no sistema. Efetivamente, apenas quando o aspecto subjetivo do mérito administrativo for atingido e reformulado pelo Judiciário, sem uma fundamentação suficientemente consistente para demonstrar objetivamente o desrespeito desse ato a valores do Direito, estar-se-á defronte à ofensa ao Princípio da Tripartição dos Poderes.

Entretanto, esse campo subjetivo torna-se muito estrito nos dias de hoje, onde instrumentos ‘*objetivadores*’ do mérito do ato administrativo são plenamente conhecidos e já utilizados (mesmo que timidamente pelo Judiciário), tais como, critérios de *razoabilidade*, *proporcionalidade*¹⁰, *moralidade*¹¹,

⁸Celso Antônio Bandeira de Mello, sobre o princípio da razoabilidade, leciona o seguinte: “enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricionariedade, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricionariedade” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 97.)

⁹“O diagnóstico da violação da *finalidade* impõe o exame dos motivos alegados pelo agente, através dos quais se exterioriza a sua vontade. O desvio de poder guarda, por isso, estreita correlação com outro vício – o da inexistência ou falsidade dos motivos. É por meio da análise criteriosa da motivação do ato administrativo, dos indícios veementes que defluem da conferência entre os motivos invocados e os resultados alcançados ou pretendidos que o desvio de poder virá à tona. Longe de ser um erro grosseiro e ostensivo, ele se distingue pela sutileza com que procura esconder-se sob a capa de regularidade, esmerando-se o agente em ocultar a desfiguração substancial do ato administrativo. É mister, assim, que o intérprete não se contente com a letra dos motivos determinantes, mas mergulhe em seu espírito, atente a suas omissões e contradições, pondere a veracidade e a proporcionalidade dos meios em razão do fim colimado, preferindo, em suma, verificar sob a roupagem do ato os verdadeiros contornos de sua essência.” (TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975. p.133.)

¹⁰Para o professor Egon Bockmann Moreira, tendo como alicerce a doutrina de J. J. Canotilho, após explicitar a tríplice exigência metodológica de verificação de atendimento da *proporcionalidade* a um caso concreto – a) conformidade de meios; b) exigibilidade (necessidade); c) proporcionalidade em sentido estrito – traz as seguintes conclusões: “assim, o princípio da proporcionalidade determina que a aplicação da lei seja congruente com os exatos fins por ela visados, em face da situação. É descabido imaginar que a Constituição autorizaria condutas que submetessem o administrado para além do necessário, ou inapropriadas à perseguição do interesse público primário, ou, ainda, detentoras de carga coativa desmedida” (MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo** – princípios constitucionais e a Lei 9 784/99. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 82.)

¹¹“O Princípio da moralidade administrativa, no sentido estrito de conformação da conduta dos agentes públicos, sob a perspectiva da ética, além de conexo aos princípios da impessoalidade e da publicidade, relaciona-se aos valores confiança, honestidade e lealdade e respeito aos valores culturais predominantes em determinada sociedade, aos quais correspondem as seguintes dimensões: a) boa-fé (tutela da confiança); b) probidade administrativa (deveres de honestidade e de lealdade); c) razoabilidade (expectativa de conduta civiliter do homem comum, da parte do agente político).” [...] “A constitucionalização dos princípios da Administração Pública e dos princípios gerais do Direito gerou para o Poder Judiciário a possibilidade de verificar além da conformidade dos atos administrativos com a lei, ao exercer o controle de seus aspectos vinculados, à luz do princípio da legalidade, também aspectos não vinculados desses atos, em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, da publicidade, da impessoalidade, de moralidade e de eficiência, do princípio constitucional da igualdade e dos princípios gerais da razoabilidade e da proporcionalidade.” (MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 210.)

*finalidade, motivação*¹² *consistente*¹³. Isto é, toda vez que o aspecto técnico ou o mérito (conveniência e oportunidade) não estiverem de acordo com os instrumentos objetivadores do caráter subjetivo do ato normativo, encontrar-se-á uma restrição axiologicamente inconstitucional do princípio fundamental processual da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado.¹⁴

c) Poder Judiciário

Titular da incumbência de prestar a efetiva tutela jurisdicional à qual o Estado está obrigado, *protagonista* da garantia de que toda agressão ou ameaça a direitos possui abrigo corretivo – ou protetor ao lesionado – na Casa da Justiça, em nosso sistema, de igual forma traz restrições irregulares à plena eficácia do princípio fundamental ora tratado.

Basicamente, o Judiciário atua dessa forma questionável quando cobra valores incompatíveis com a realidade socioeconômica nacional para que o cidadão possa ingressar com demandas judiciais ou, até mesmo, possa recorrer das decisões externadas por este Poder até o alcance da final resposta perquirida. Os altos custos processuais, notadamente aqueles de determinação competente ao Judiciário, inibem, restringem o acesso do cidadão à sua tutela, criando uma barreira que apenas poucos abastados podem transpor.

Nessa linha, já se observam julgados do Supremo Tribunal Federal que atestam a importância de limites razoáveis de cobrança de taxas judiciárias e custas pelo Judiciário, no

sentido de viabilização do acesso à justiça. Aponta-se a ‘ADI 1 772-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 8/9/2000’, onde se depreende que há a *necessidade da existência de limite que estabeleça a equivalência entre o valor da taxa e o custo real dos serviços, ou do proveito do contribuinte. Valores excessivos: possibilidade de inviabilização do acesso de muitos à Justiça, com ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça a direito.*

Há quem justifique tal caminho adotado por este Poder, afirmando que para os menos abastados existe a ‘defensoria pública’ e a possibilidade da ‘justiça gratuita’¹⁵. Contudo, cediço que a ‘defensoria pública’ se trata de órgão que presta serviço diferente da tutela jurisdicional, é instrumento público de auxílio ao cidadão quanto a sua capacidade de postulação em Juízo, não quanto ao dever do Estado de conceder adequada resposta ao reclamante, evitando, assim, a volta ao regime de autotutela. Sob outro ângulo, a possibilidade de benefício da ‘justiça gratuita’ – observa-se, até mesmo por sua expressão – é tratada como uma oportunidade (exceção à regra) a qual o juiz, conforme sua discricionariedade, após analisar as condições de pobreza do cidadão, busca em um ‘benefício’ concedido pelo Estado¹⁶, sem que esse cidadão comprometa a sua subsistência (ou de sua família), a possibilidade desse questionar seu direito eventualmente violado – ou ameaçado – para aquele que detém o monopólio da tutela jurisdicional.

Isto é, vale lembrar que a necessidade de comprovação de pobreza para obter o ato benevolente da Justiça para, assim,

¹²REsp 429 570-GO, DJ 22/3/2004; MS 6 166-DF, DJ 6/12/1999; MS 9 190-DF, DJ 15/12/2003; MS 4 269-PE, DJ 17/6/1996, e REsp 429 570-GO, DJ 22/3/2004. MS 9 944-DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 25/5/2005.

[...] mesmo diante da margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade concedida à Administração, é necessária adequada motivação, explícita, clara e congruente, do ato discricionário (art. 50, I e § 1º, da Lei n. 9 784/1999) que nega, limita ou afeta direitos ou interesses dos administrados. Anotou que não se supre esse requisito pela simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica do ato e que a explicitação dos motivos da negativa era especialmente importante na hipótese em razão dos referidos pareceres e da existência de manifestações dos Poderes Executivo e Legislativo municipais no sentido da necessidade de tais cursos para a região. Ao final, a Turma anulou o ato para que outro seja emitido pela autoridade impetrada com a observância do requisito da motivação suficiente e adequada.

¹³Toda discricionariedade resta vinculada aos motivos que obrigatoriamente devem ser dados, de modo consistente, sempre que afetados os direitos. O assento constitucional está no art. 93 e a exigência de motivação intersubjetiva é das mais destacadas na transição para o Direito Administrativo dialógico – em oposição ao autocrático –, evitando-se, sempre que possível, qualquer decisão unilateral, desmotivada e instabilizadora de direitos. Assim, as decisões administrativas serão motivadas, e, melhor do que isso, fundamentadas, isto é, haverão de ter como suporte razões objetivas e consistentes (numa leitura conjugada, especialmente, dos incisos IX, e X do art. 93 da CF e de várias Constituições estaduais de modo expresse, bem como das leis infraconstitucionais, notadamente o art. 50 da Lei n. 9 784/99). A fundamentação, para além da velha versão da teoria dos motivos determinantes, há de estar presente em todos os atos [...]. Em outras palavras, indispensável motivar, isto é, oferecer fundamentos jurídicos, objetivamente controláveis.” (FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 62.)

¹⁴TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO – Apelação Cível – 342739 Proc.200283000094570 UF: PE Órgão Julgador: Segunda Turma Data da decisão: 30/11/2004 Doc.: TRF500089028 DJ – Data: 7/12/2004 – Página: 509 – n. 234 – Desembargador Federal Francisco Cavalcanti:

–1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal a fim de que seja declarado nulo ato de designação dos apelantes para integrar o Conselho Consultivo da Anatel na qualidade de representantes dos usuários e da sociedade, haja vista os cargos ocupados por eles, Presidência da Tele Norte Leste Participações S/A e da Telemar Norte Leste S/A e Presidência da Telebrasil. – 2. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido afastada, tendo em conta a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos discricionários.

– 3. *Todos os elementos dos atos administrativos, inclusive os discricionários são passíveis de revisão pelo Judiciário, para fins de avaliação de observância aos princípios constitucionais da Administração Pública explícitos e implícitos e de respeito aos direitos fundamentais.* – 4. *Em face do inciso XXXV do art. 5º da CF, o qual proíbe que seja excluída da apreciação judicial a lesão ou ameaça de lesão a direito, o Judiciário pode examinar todos os atos da Administração Pública, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários sob o aspecto da legalidade e da moralidade, nos termos dos arts. 5º, inciso LXXIII e 37 da Carta Magna.* – 5. A competência discricionária da Administração “é relativa no sentido de que, em todo e qualquer caso, o administrador estará sempre cingido – não importa se mais ou menos estritamente – ao que haja sido disposto em lei, já que discricionariedade supõe comportamento ‘*intra legem*’ e não ‘*extra legem*’”. Neste sentido pode-se dizer que o administrador se encontra sempre e sempre ‘vinculado’ aos ditames legais”. – 6. “A necessidade de autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuaram sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum. Esse controle deverá recair não apenas sobre a nomeação e demissão dos administradores das agências, mas também sobre o desempenho de suas atribuições”.

– 7. “Na dicção sempre oportuna de Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível” STF, RE 131661 / ES- Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO [...].

¹⁵Lei n. 1 060/50.

¹⁶Nesse caso, com caráter próximo ao de ato ‘benevolente’ do Estado, tendo em vista seus objetivos estabelecidos no artigo 3º da CF/88.

manter a paz social (evitando a auto tutela) é *restrição irregular* do acesso ao Judiciário e do princípio da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, desta forma, o cidadão não precisa provar para o Estado – sempre de forma constrangedora – que é ‘pobre’ para ver um direito fundamental seu atendido, ainda, o cidadão não precisa estar à margem discricionária do Judiciário para ter seu direito fundamental observado e, finalmente, o cidadão não pode ficar na dependência de atos benevolentes ou atos excepcionais do Estado para obter a tutela jurisdicional que persegue ou mesmo para ter seus direitos fundamentais atendidos.

Há também uma indevida limitação ao princípio fundamental da efetiva e adequada prestação da tutela jurisdicional pelo Estado quando este não atende aos mínimos procedimentos e tempo de maturação do processo que conforma a decisão final da lide apresentada ao Estado-Juiz. Após a Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição, determinando que todos – no âmbito judicial e administrativo – detêm o direito de uma razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, a idéia da persecução do ‘processo’ no menor tempo possível e da forma mais objetiva, foi legitimada constitucionalmente. Contudo, vale ressaltar que a legitimação foi concedida ao dever do Estado em responder de forma adequada à questão posta, onde se inclui a celeridade – sem perder a qualidade e o zelo de atendimento aos demais valores fundamentais processuais (devido processo legal, ampla defesa e contraditório, juiz natural, dentre outros), quando da concessão da resposta esperada pelo jurisdicionado.

Claro exemplo dessa realidade é o exercício processual no âmbito dos Juizados Especiais. Determinadas vezes, nessa esfera judicial, com pretexto de condução e produção de uma justiça célere, o Judiciário desrespeita – considerando essa ‘rapidez’ de atuação – o princípio fundamental em tela, pois o Estado-Juiz não atua conforme o tempo suficiente (nem rápido nem lento em demasia) para o adequado atendimento à melhor resposta jurisdicional que alcance o valor do ‘justo’ ao caso posto. Nessa linha, ressalta-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, o qual se apresenta pela seguinte dicção: “conforme decidido pela Segunda Turma desta Corte, no julgamento do AI 335.076-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, DJ de 7/2/2003, [assenta] o fato de os juizados especiais cíveis e criminais atenderem aos princípios da celeridade e da economia processual não pode provocar o desrespeito aos postulados da ampla defesa e do devido processo legal (não é citação literal). No respectivo processo julgado, os recorrentes ficaram impedidos de produzir prova

em audiência e de inquirir a testemunha arrolada, porque não foram intimados para esse ato processual de essencial para a apuração da verdade. O dano sofrido é inquestionável, pois o pedido deduzido pela recorrida foi julgado procedente”¹⁷.

Tal como mencionado nos itens anteriores, também existem normas administrativas emanadas do Poder Judiciário que trazem alguma limitação ao pleno e universal acesso à tutela jurisdicional pelo Estado, contudo, com auxílio dos instrumentos – também já narrados – de proporcionalidade e razoabilidade, observa-se que os efeitos de tais atos não trazem reflexos contundentes o suficiente para restringir a eficácia do respectivo princípio fundamental.

Nesses atos, incluem-se aqueles, por exemplo, disciplinadores do funcionamento de um Fórum, tais como, o regramento de como deve funcionar uma ‘fila’ de cartórios, padrões mínimos de vestimenta dos ingressantes do prédio público, proibição de conduta atentatória à moralidade, dentre outros. Essas normas administrativas, em geral, não agridem a idéia de acesso e efetiva resposta do Judiciário. Ainda, apenas para frisar o quanto são tênues os limites da restrição irregular do princípio fundamental em destaque, traz-se o exemplo do horário do funcionamento de um Fórum. Logicamente esse horário deve estar compatível com as atividades ali realizadas, como audiências, atendimento de várias pessoas), contudo, existem casos de Fóruns que permanecem abertos apenas três, quatro horas diárias, comprometendo, assim, o acesso e a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

(II) Além das atuações comissivas estatais supradestacadas, o Estado também, quando atua de forma ilegitimamente omissiva, não atende ao seu constitucional mister de conceder respostas aos litígios postos à sua apreciação. Ocorre, sistematicamente, quando a legislação processual não busca nos fundamentos axiológicos da Constituição caminhos para viabilizar a prestação da efetiva e adequada tutela jurisdicional.

A partir da idéia de que todo direito subjetivo possui a possibilidade de tutela estatal, ainda, todo cidadão – com base em seus valores de dignidade, como ser humano – devem ser apontados como razão de existência do Estado, como seu guardião (para promoção do seu desenvolvimento pessoal e intersubjetivo), não pode esse ente se esquivar, de forma furtiva, ao seu dever de atender aos anseios e questões do homem, seu criador.

Assim, quando o instrumental normativo processual vigente (Legislativo) não se apresenta suficiente para atender adequadamente ao direito subjetivo do cidadão agredido – ou ameaçado – é dever do Estado apresentar caminhos eficazes

¹⁷RE 260 776, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 16/9/2005.

para que a segurança, estabilidade e desenvolvimento socioeconômico que traz – sendo ele detentor do monopólio da prestação da tutela jurisdicional – sejam atendidos em sua máxima plenitude. Destarte, concede-se ao cidadão vias constitucionais de acesso ao Judiciário, afastando-se as barreiras impostas por sua omissão legislativa.

De igual forma, é omissivo o Executivo quando deixa de atuar conforme previsão legal para atendimento de um direito subjetivo do cidadão. Falta de regulamentação de norma; inexistência de instâncias administrativas próprias para resolução de questões concernentes ao mérito do Executivo; não-institucionalização das defensorias públicas (como acontece em alguns Estados); falta de políticas públicas positivas para viabilização do amplo acesso ao Judiciário, dentre outras. Conforme explanado, parte-se do ponto que o Estado – via Executivo – detém não apenas o constitucional dever de viabilizar a adequada prestação da tutela jurisdicional, mas também possui a indissociável tarefa de sempre buscar caminhos de manutenção e desenvolvimento dessa ‘viabilidade de prestação de dever público’ ao cidadão, proporcional à demanda e aos valores constitucionais estabelecidos.

Finalmente, o Judiciário atua de maneira omissiva quando não se autofiscaliza adequadamente no tocante à sua atuação jurisdicional. Não se questiona, nesta forma, o mérito dessa atividade, mas sim a forma. Os prazos para resposta jurisdicional, a falta de eficiente operacionalização das regras de procedimentalização da ação jurisdicional (somada aos valores próprios desta atividade), a inobservância da equidade e os estritos limites da ‘atuação normativa’ do juiz, dentre outras formas de não agir para o pleno e melhor exercício da

prestação da atividade precípua do Judiciário, resumem-se na idéia de barreiras omissas ao princípio fundamental em foco.

(III) Partindo-se da idéia de limitações científicas que o Direito possui para alcançar a sua justificativa de existência, caminha-se para o auxílio de outras ciências que colaboram com a sua efetivação, para que, assim, o homem – decisivamente – utilize o Direito como instrumento promotor de seu desenvolvimento¹⁸.

Dessa maneira, a Economia¹⁹ se envolve com o Direito, primordialmente, quando este precisa de uma visão ‘consequencialista’ da realidade que pretende regular para a promoção da evolução de seus partícipes²⁰. Explica-se: o Direito se utiliza da Economia quando precisa *aferir* como usar a estrutura de ‘pesos e medidas contrapostos’ (*check and balances*) que dispõe para atingir, necessariamente, os objetivos da república estabelecidos no artigo 3º da CF/88. Frisa-se: difere-se do mero uso da contabilidade²¹ ou da matemática no Direito, pois ao contrário daquelas, a Economia visa a mostrar o caminho de ‘como’ melhor alcançar um objetivo determinado, com o(s) menor(es) possível(eis) (qualitativa e quantitativamente) reflexo(s) negativo(s) na trajetória desse ‘melhor alcance do objetivo disposto’²².

Toda vez que o exercício jurídico demandar a busca de como se atingir um objetivo ‘ótimo’ (aqui, no sentido de objetivo eficiente, eficaz e efetivo), o Direito terá que buscar – em maior ou menor grau, dependendo do caso concreto – nos raciocínios econômicos o meio de atender a esta respectiva demanda. Tendo em vista que, toda vez que se pretende buscar o ‘ótimo’, no caminho desse objetivo, necessariamente, construções ‘consequencialistas’²³ o acompanharão. Ou seja, este

¹⁸Tem-se como fundamento que o homem, quando viabiliza instrumentos adequados para o seu *desenvolvimento* individual, proporciona um melhor *desenvolvimento* intersubjetivo, assim, um melhor *desenvolvimento* social para, gerar um melhor *desenvolvimento* do Estado – viabilizador dos instrumentos institucionais do seu *desenvolvimento* individual, pois, trata-se deste – homem – o fornecedor de energia daquele que concede os instrumentos adequados de seu *desenvolvimento*.

¹⁹A palavra economia deriva do grego oikonomos (de *oikos*, casa, e *nomos*, lei), que significa a administração de uma casa, ou do Estado, e pode ser assim definida: *Economia* é a ciência social que estuda como o indivíduo e a sociedade decidem (escolhem) empregar recursos produtivos escassos na produção de bens e serviços, de modo a distribuí-los entre as várias pessoas e grupos da sociedade, a fim de satisfazer as necessidades humanas. Em qualquer sociedade, os recursos ou fatores de produção são escassos; contudo, as necessidades humanas são ilimitadas, e sempre se renovam. Isso obriga a sociedade a escolher entre alternativas de produção e de distribuição dos resultados da atividade produtiva aos vários grupos da sociedade (VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de economia**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 1-2.)

²⁰Neste momento, composto pelo Estado, Administração Pública, empresa e cidadão.

²¹Isto porque, trata-se de ciência distinta da Econômica, contudo, ainda confundida com aquela. Refere-se, neste momento, em ciência contábil, no sentido de mero estudo e interpretação dos registros dos fenômenos que afetam o patrimônio de uma entidade.

²²A aproximação do Direito à Economia adveio da estrita necessidade de o Direito importar elementos técnico-científicos de outras ciências para promover o alcance do seu mister, qual seja: *viabilizar o alcance dos instrumentos do pleno desenvolvimento do homem; assim, não se apresenta, o Direito, apenas como um contraponto limitador da atividade deste*. Desse modo, tendo em vista a necessária utilização do Direito de elementos científicos externos do seu conteúdo, como aqueles das ciências biológicas (para área de bioética, biosegurança, por exemplo), da física, da matemática – engenharia –, deve a ciência jurídica utilizar os instrumentos da ciência econômica para regular as atividades que efetivamente clamam por sua interferência – quando se busca a solução ótima e legitimamente adequada de questões jurídicas –, pois, em virtude de sua ressonância no mundo meramente social, alcançam o mundo jurídico e, assim, demandam resposta do Direito.

²³Lafayette Josué Petter (**Princípios constitucionais da ordem econômica**. São Paulo: RT, 2005) traz a doutrina Posner: afirma que o juiz não pode desconhecer o futuro ao tomar suas decisões. De modo que, ao decidir, deverá levar em conta a repercussão de sua decisão sobre o comportamento futuro dos indivíduos (p. 29-30). Ainda, segundo o autor, muitas críticas têm sido opostas à análise econômica do direito. Uma delas é a de que o enfoque econômico desconsidera a questão do justo. Para o famoso professor, deve-se aclarar o sentido de justiça para tratar corretamente do tema. Assim que, se por justiça se entender uma maior justiça distributiva – um maior grau de igualdade econômica –, ainda que os economistas não possam dizer qual seria o grau ideal desta igualdade, por certo têm muitas contribuições a dar acerca das reais magnitudes de desigualdades existentes entre as sociedades e períodos considerados. E também sobre os custos que implicariam opções normativas destinadas à obtenção de maior igualdade (p. 32). Mas ele ressalva: a justiça é algo maior que a eficiência e, portanto, “*la justicia es algo más que economía, lo que el lector deberá tener presente al evaluar los enunciados normativos de este libro*” (p. 33). (POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho** – esta tradução corresponde à 4ª edição em inglês, publicada em 1992).

raciocínio de que 'x' pode causar 'y'²⁴, advém da Economia.

O grande problema é a aplicação desse raciocínio consequencialista econômico puro e simples, sem passar pelo 'filtro axiológico' do Direito – com destaque aos valores de *justiça* e de *liberdade* que o Direito interage. Este, em resumo, é o objeto das grandes críticas da Interpretação Econômica do Direito, qual seja: a não consideração da 'variante' moral nos raciocínios econômicos que auxiliam o Direito (conseqüentemente, o *processo*). Essa trilha de estudo – de necessária filtragem axiológica do Direito em aplicações '*jurídico-econômicas*' – é a adequada para a compreensão de como se devem vislumbrar a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado e a relação 'custo-benefício' do processo.

Como frisado, verificam-se as patologias geradas pela idéia da pura verificação econômica do processo, com o bônus para o Estado que a atividade jurisdicional pode gerar, bem como a análise dos respectivos reflexos jurídicos, como o estabelecimento de restrições indevidas ao princípio fundamental em foco.

2. Conclusão

O texto apresentado teve como pretensão o apontamento crítico de restrições estatais indevidas que o cidadão sofre quando pretende buscar o judiciário para o atendimento de seu respectivo direito fundamental. Trata-se de mote inescapável para o Estado a compreensão e a aplicação direta de seu fim maior, qual seja, proteção e promoção do cidadão. O Estado, destarte, que age furtivamente da prestação da tutela jurisdicional para o cidadão que a busca em suas portas, apresenta-se na via oposta do desenvolvimento individual e intersubjetivo do seu povo.

Intentou-se, então, sublinhar as situações que se apresentam como indevidas ao nobre objetivo anteriormente destacado, com objetivos primordiais de atentar o operador do Direito da existência de tais restrições indevidas e da relevância do seu pronto combate.

3. Referências

- ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- ATALIBA, G. **República e constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, L. R. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BESTER, G. M. **Direito constitucional: fundamentos teóricos**. v. 1. São Paulo: Manole, 2005.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de política**. 5. ed. v. 2. Brasília: Universidade de Brasília / São Paulo: Imprensa Oficial, 2000.
- BOBBIO, N. **Estado, governo, sociedade para uma teoria geral da política**. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.
- BONAVIDES, P. **Teoria do estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BOROWSKI, M. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de: Carlos Bernal Pulido. Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BRITO, C. A. O regime constitucional dos tribunais de contas. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sêrvulo da (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 89-100.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- CLÈVE, C. M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

²⁴Ao momento, vale o esclarecimento do raciocínio exposto, como segue: no exercício racional de análise de um fato jurídico 'x' que causa 'y', logo, deve-se agir de forma 'z', é sem dúvida uma interpretação jurídica tendo como influência elementos econômicos, pois se eu não agir 'z', 'y' não será alcançado, assim, o ótimo buscado (seja ele qualitativa ou quantitativamente) não será atingido. Importante sublinhar, utiliza-se tal raciocínio quando o fato jurídico ('x') se valha como aquele ótimo, no sentido de mais adequado para regular e promover o desenvolvimento do homem, conforme o meio social e o tempo de onde vive. Destarte, na busca do 'y', utilizando o caminho 'z', conferido por 'x' – quando o Direito queira atingir o 'ótimo', necessariamente terá que buscar auxílio na ciência econômica. Exemplos dessa linha de raciocínio entre o Direito e a Economia são variados:

- Responsabilidade Civil: um ato 'x', que causa um dano 'y', que gera uma reparação 'z';
- Família: nascimento 'x', muda a ordem de sucessão 'y', que gera uma organização de divisão de bens 'z'. Ou também, o casamento (ou divórcio) 'x' muda a relação social (namoro) 'y', que gera uma nova situação patrimonial 'z'.
- Tributário: questões da 'guerra fiscal', 'justiça fiscal', sonegação
- Penal: o indivíduo fez algo 'x', em razão da consequência 'y', por 'z' tempo será privado de sua liberdade.
- Administrativo: O Estado, através de seus atos normativos, precisa obrigatoriamente medir os efeitos desses atos na sociedade para melhor buscar o seu objetivo – atender ao interesse público.

- COMPARATO, F. K. **Direito público, estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- COMPARATO, F. K. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./ jun. 1998.
- COSTALDELLO, A. C. A propriedade privada, o urbanismo e as parcerias público-privadas: transformações e perspectivas. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 85-117.
- DROMI, R. **Derecho administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.
- DWORKIN, R. **Derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1984.
- ENTERRIA, E. G. de. **Legislacion delegada, potestad regulamentaria y controle judicial**. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1981.
- FAGUNDES, M. S. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. Atualização de Gustavo Binenboam. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FARIA, G. T. E. **Interpretação econômica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- FRANCO SOBRINHO, M. de O. **O controle da moralidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 1974.
- FREITAS, J. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GIANNINI, M. S. **Derecho administrativo**. Madri: Ministério para las Administraciones Publicas, 1991.
- GORDILLO, A. **Tratado de derecho administrativo**. 7. ed. tomo I, parte general. Buenos Aires, 2002.
- _____. **An introduction to law**. London. Esperia Publications, 2003.
- GRAU, E. R. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GUASTINI, R. **Das fontes às normas**. Tradução de: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.
- HART, L. A. H. **O conceito de direito**. 3. ed. Tradução de: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LUHMANN, N. **Sociologia do direito II**. Tradução de: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.
- MANKIOW, N. G. **Princípios da microeconomia**. Tradução de: Allan V. Hastings. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.
- MARQUES NETO, F. de A. **A regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARQUES, J. F. **Manual de processo civil**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. v.1.
- MARINONI, L. G. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. **Revista da Escola Nacional da Magistratura: Associação dos Magistrados Brasileiros**, v. 1. p. 68-81, 2006.
- _____. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Revista Gênesis de Direito Processual Civil**, v. 28. p. 342-381, 2003.
- _____. **Antecipação da tutela**. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.
- _____. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2007.
- _____. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004.
- MAURER, H. **Direito administrativo geral**. Tradução de: Luis Afonso Heck. Baurer: Manole, 2006.
- MATTOS, P. (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.
- MELLO, C. A. B. de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MIRANDA, J. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- MORAES, G. de O. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- MOREIRA, V. Agências reguladoras independentes em xeque no Brasil. In: MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. **A mão visível: mercado e regulação**. Coimbra: Almedina, 2003.
- NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo civil na constituição**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.
- NOVAIS, J. R. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- OLIVEIRA, A. F. de. **O direito da concorrência e o poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ORTIZ, G. A. **Economia y estado: crisis y reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 1993.
- PASSOS, J. J. C. de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v.1, n.1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 8 set. 2006.
- PETTER, L. J. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. São Paulo: RT, 2005.
- PINHEIRO, A. C.; SADDI, J. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PINTO, B. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- POSNER, R. A. Teorias da regulação econômica. Tradução de: Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 49-80.
- RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ROCHA, C. L. A. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SEN, A. **Sobre a ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SILVA, J. A. **Poder constituinte e poder popular**. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, O. A. B. da. **Curso de processo civil**. 4. ed. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SPINA, A. La; MAJONE, G. **Lo stato regolatore**. Bologna: Il Mulino, 2000.
- STRECK, L. L. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- SUNDFELD, C. A. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. 6. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SUNSTEIN, C. R. O constitucionalismo após o the new deal. Tradução de: Jean Paul C. V. da Rocha. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p.131-242.
- SZTAJN, R.; ZYLBERSZTAJN, D. Análise econômica do direito e das organizações. In: _____. (Org.). **Direito & economia**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2005.
- SZTAJN, R.; ZYLBERSZTAJN, D.; MUELLER, B. Economia dos direitos de propriedade. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- TÁCITO, C. Controle Judicial da Administração Pública. **RDP**, n. 91.
- VASCONCELLOS, M. A. S.; GARCIA, M. E. **Fundamentos de economia**. São Paulo: Saraiva, 1999.

Artigo 10

A Coisa Julgada e a Análise de sua Flexibilização

de Weslei Vendruscolo*

1. Introdução. 2. Coisa julgada – conceito. 3. Posições doutrinárias que defendem o aumento da flexibilização da coisa julgada. 4. Flexibilização da coisa julgada? 5. A ação rescisória e as ações de estado familiar. 6. Conclusão. 7. Referências.

Resumo

O presente ensaio almeja analisar a coisa julgada e as correntes doutrinárias que defendem o aumento das hipóteses de sua flexibilização para além dos casos previstos na ação rescisória (art. 485/CPC), analisando os principais argumentos utilizados para esse fim, tais como, justiça da decisão, sentença que não encontra ressonância no mundo dos fatos ou contraria a natureza das coisas. O tema se mostra relevante tendo em conta que renova antiga discussão *jus* filosófica acerca de qual valor deve prevalecer na relação processual: o da segurança jurídica ou da justiça da decisão? Defender-se-á que a coisa julgada deve ser prestigiada, uma vez que é importante fator de estabilização e pacificação social, muito embora, nas ações de estado família, seja importante um alargamento da utilização da ação rescisória e, possivelmente, uma adequação legislativa nesse sentido.

1. Introdução

O problema da coisa julgada e do alargamento das hipóteses de sua relativização ou flexibilização é tese que nasceu no Brasil no Superior Tribunal de Justiça, tendo como seu principal defensor o ministro José Delgado. Ela vem ganhando fôlego no meio acadêmico com a defesa por parte de juristas de vulto, que a admitem para certos casos excepcionalíssimos, aceitando que a coisa julgada poderá ser afastada ou relativizada em qualquer tempo, sem ser necessária a submissão ao regime da ação rescisória prevista no art. 485 do *Código de Processo Civil*.

O tema é deveras interessante, haja vista trazer intrínseca a discussão acerca da velha problemática que de longa data permeia a seara acadêmica, qual seja: o sistema jurídico deve privilegiar a segurança das relações jurídicas ou a justiça da decisão judicial, visto que ambas se constituem objeto do direito.

A discussão acerca da possibilidade de se afastar ou

relativizar a coisa julgada é carregada de elementos axiológicos do intérprete, o que só realça a dificuldade de abordar o tema.

Para a análise do tema proposto, será necessário definir o que vem a ser o instituto da coisa julgada, bem como o seu regramento na Constituição federal e na legislação infraconstitucional, colacionando ainda os principais argumentos dos principais defensores da ampliação da flexibilização da coisa julgada, para ao final buscar delimitação efetiva acerca da real possibilidade de relativizar ainda mais a coisa julgada, para além das hipóteses já existentes da ação rescisória e revisão criminal.

2. Coisa julgada – conceito

Existem duas espécies de coisas julgadas que são assim denominadas pela doutrina: a coisa julgada formal e a coisa julgada material.

A coisa julgada formal é a impossibilidade de se discutir no mesmo processo uma sentença que o extinguiu sem a resolução do seu mérito, nos exatos termos do art. 267 do *Código de Processo Civil* produzindo efeitos endoprocessuais.

Nos dizeres da doutrina:

Fazem coisa julgada formal, portanto, a sentença que extingue o processo por carência de ação, por faltar qualquer dos pressupostos processuais, a sentença em que se homologa transação ou a sentença que acolhe ou rejeita o pedido do autor. (WAMBIER, 2006, p. 502.)

Por sua vez, a coisa julgada material¹ é o efeito que se agrega ao comando emergente da sentença judicial que analisa o mérito de determinada questão e torna a referida decisão imutável, impedindo nova discussão acerca da mesma matéria entre as mesmas partes, com efeitos internos aos processos, irradiando, no entanto, efeitos extraprocessuais.

*Procurador do Estado do Paraná, mestrando em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná. E-mail: wesleivendruscolo@yahoo.com.br

¹“Provisoriamente, receba-se como conceito de coisa julgada a imutabilidade decorrente da sentença de mérito, que impede sua discussão posterior.” (MARINONI, 2001, p. 607.)

Nesse sentido:

A coisa julgada material, a seu turno, só se produz quando se tratar de sentença de mérito. Faz nascer a imutabilidade daquilo que tenha sido decidido para além dos limites daquele processo em que se produziu, ou seja, quando sobre determinada decisão judicial passa a pesar autoridade de coisa julgada, não se pode mais discutir sobre aquilo que foi decidido *em nenhum outro processo*. (WAMBIER, 2006, p. 502.)

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco sintetizam os conceitos da seguinte forma:

A sentença não mais suscetível de reforma por meio de recursos transita em julgado, tornando-se imutável dentro do processo. Configura-se a *coisa julgada formal*, pela qual a sentença, como ato daquele processo, não poderá ser reexaminada. É sua imutabilidade como ato processual, provindo da preclusão das impugnações e dos recursos.

...

A coisa julgada formal é pressuposto da *coisa julgada material*. Enquanto a primeira torna imutável dentro do processo o ato processual *sentença*, pondo-a com isso ao abrigo dos recursos definitivamente preclusos, a coisa julgada material torna imutáveis os *efeitos* produzidos por ela e lançados fora do processo. É a *imutabilidade da sentença*, no mesmo processo ou em qualquer outro, entre as mesmas partes. Em virtude dela, nem o juiz pode voltar a julgar, nem as partes litigar, nem o legislador a regular diferentemente a relação jurídica. (CINTRA, 2005, p. 314-315.)

Necessário frisar que o presente estudo ater-se-á à coisa julgada material, uma vez que se torna sem propósito analisar eventual flexibilização da coisa julgada formal, se é possível ingressar com nova medida jurisdicional uma vez sanado o problema que levou o Juiz a extinguir o processo sem a resolução do mérito².

Muito embora haja salutar discussão doutrinária, o que de fato importa para este trabalho é que há um bom consenso entre os estudiosos de que a coisa julgada está ligada a uma característica fundamental, qual seja, a imutabilidade.

“Nessa imutabilidade ou na marcante estabilidade desse comando é que consiste a coisa julgada.”³ Essa

imutabilidade vale, inclusive para o Poder Judiciário, que ficará impedido de examinar a questão novamente⁴.

Nesse sentido, é o art. 467 do *Código de Processo Civil* pátrio:

Art. 467/CPC – Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

É esse efeito imutável conferido à coisa julgada que propicia ‘a segurança jurídica e a certeza nas relações jurídicas, o que constitui em poderoso fator para a paz entre os jurisdicionados e a felicidade pessoal de cada um’. (REICHERT, 2004, p. 165.)

Por outro vértice é justamente essa imutabilidade da decisão judicial transitada em julgado que, em confronto com outras circunstâncias, como, por exemplo, com a decisão que eventualmente contrarie a Constituição federal ou que vá de encontro com a realidade dos fatos ou da realidade da natureza ou, ainda, que cause injustiça, que tem gerado a discussão doutrinária acerca da necessidade ou não de flexibilizar essa qualidade agregada à sentença imutável.

Para a corrente de pensamento que defenda a relativização da coisa julgada, as sentenças que sejam inconstitucionais, imorais ou que, de alguma forma, se demonstre totalmente descompassada com a realidade dos fatos não transitam em julgado nunca, dispensando-se para sua desconstituição a propositura da ação rescisória.

Diante disso, analisar-se-ão adiante os principais argumentos da corrente doutrinária que apregoa o alargamento da relativização da coisa julgada.

3. Posições doutrinárias que defendem o aumento da flexibilização da coisa julgada

Como já introduzido no tópico anterior, há diversas posições de juristas diferentes que defendem o aumento dos casos em que se deve flexibilizar a coisa julgada. Uns apregoam que a coisa julgada deva ser afastada, se a decisão judicial que a gerou tiver sido fundamentada em lei inconstitucional; outros entendem que a coisa julgada não deva prevalecer, se estiver em patente conflito com a verdade dos fatos ou com as condições da natureza; existem ainda aqueles que dizem precisar a coisa julgada ceder quando causar injustiça.

Assim, mesmo que de maneira sintética, reproduzir-se-ão os principais fundamentos das teses referidas.

²Ademais, como ressalta Wambier, quando se faz referência apenas à expressão ‘coisa julgada’, quer se dizer que se trata da ‘coisa julgada material’.

³WAMBIER, 2002, p. 20.

⁴Essa é a chamada função negativa da coisa julgada, consagrada inclusive em nossa Constituição Federal.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, no livro **Dogma da Coisa Julgada**, entendem que, a princípio, a sentença que ofende a Constituição Federal deve ser submetida à ação rescisória, tal qual a sentença que ofende disposição literal de lei, conforme previsão contida no art. 485, V do *Código de Processo Civil*. Frisam, no entanto, algumas particularidades como, por exemplo, uma sentença proferida com base numa lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por via da Ação Direta (art. 102/CF⁵), não se submete ao regime da ação rescisória nem ao seu prazo (art. 495/CPC⁶), bastando que o interessado, para a sua segurança (utilidade), proponha simples ação declaratória, uma vez que lei inconstitucional⁷ é lei inexistente, razão pela qual a sentença nela fundamentada também o é.

Nesse sentido:

Não nos parece que à norma declarada inconstitucional por Ação declaratória de inconstitucionalidade deva tentar qualificar-se como sendo ‘nula’ ou ‘anulável’. Declarada inconstitucional a norma jurídica, e tendo a decisão efeito *ex tunc*, **pensamos dever-se considerar como se a lei nunca tivesse existido**. Na verdade, o ordenamento jurídico positivo só ‘aceita’ normas compatíveis com a Constituição Federal. Se só em momento posterior à entrada em vigor da lei é que se percebeu que havia incompatibilidade entre esta e a Constituição Federal, a decisão que a reconhece declara que a lei rigorosamente nunca integrou o sistema normativo positivado, a não ser *aparentemente*. Trata-se de postura mais afeita ao direito público e que proporciona, em nosso sentir, a mais adequada compreensão do tema. (WAMBIER, Teresa. 2003, p. 46.)⁸

A norma tida por inconstitucional é, pois, inexistente juridicamente, não passando de mero fato jurídico, no entender dos autores.

O raciocínio é relativamente simples: se uma decisão judicial se pautou numa ‘lei que não era lei’, visto que

afrontava a Constituição Federal, conforme entendimento da Corte Suprema⁹, essa decisão que retira a sua validade de um ato inexistente (lei inconstitucional) também a decisão é inexistente.

Por seu turno, Carlos Valder do Nascimento, muito embora reconheça a coisa julgada como importante elemento de estabilização e pacificação social, entende que ela não pode ter o caráter abstrato que se tem imprimido no sentido de prevalecer, mesmo que efetivada de modo contrário à Constituição. Procura, então, analisar o que chamou de “aspecto novo, racional e justo, ... visando à reconstrução da dogmática da *res judicata*.”¹⁰

Argumenta que, no estado democrático de direito, todos os atos emanados do poder público devem guardar estrita sintonia com a Constituição. Vale dizer: sejam todos os atos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário¹¹, sob pena de serem inválidos e nulos.

Nesse aspecto, levando-se em conta que nenhum dos poderes ou das funções do Estado são detentores da soberania¹², Carlos Valder repudia a doutrina que prega a manutenção de atos jurisdicionais inconstitucionais¹³, em nome da propalada segurança jurídica, considerando que, ao lado de tal princípio constitucional, devem ser levados em conta outros, tal qual o da justiça.

No plano jurisdicional, se a sentença não se harmoniza com o texto constitucional, revela seu caráter inconciliatório por contrariar os preceitos fundamentais de adequação aos ditames do ordenamento maior é que a leva irremediavelmente ao patamar da inconstitucionalidade que, como esclarece De Plácido e Silva, na terminologia jurídica, serve para exprimir a qualidade do que inconstitucional ou contravém a preceito, regra ou princípio instituído na Constituição.

A inconstitucionalidade, pois, é revelada por disposição de norma ou por ato emanado de autoridade jurídica, que se mostram contrários ou infringentes de regara fundamental da Constituição. (DO NASCIMENTO, 2002, p. 9-10.)

⁵Art. 102/CF: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

⁶Art. 495/CPC: O direito de propor ação rescisória se extingue em dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

⁷Com efeitos *erga omnes* e de regra com a declaração de inconstitucionalidade realizada com efeitos *ex tunc*.

⁸Isso não impede, justamente, por causa da aparência de que a lei integrava o ordenamento jurídico positivo, que efeitos produzidos pela norma sejam ‘salvos’, em nome de outros princípios relevantes, tais como, a segurança jurídica ou boa-fé.’ (WAMBIER, Teresa Arruda. et. al. **O dogma da coisa julgada** – hipóteses de relativização. São Paulo: RT, 2003. p. 46/47.)

⁹Entendem os autores que essa mesma possibilidade deva ser estendida quando o Senado Federal, com fundamento no art. 52, X da Constituição Federal retira do ordenamento jurídico lei declarada inconstitucional pelo STF na via de controle difuso de constitucionalidade.

O mesmo ocorre com a *interpretação conforme* e com a *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*. (WAMBIER, Teresa. *Op. cit.*, 2003.)

¹⁰DO NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídico. 2002, p. 2.

¹¹“Sendo certo que as decisões jurisdicionais configuram atos jurídicos estatais, posto reproduzir a manifestação da vontade do Estado, sua validade pressupõe estejam elas em consonância com os ditames constitucionais.” (DO NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídico. 2002, p. 3.)

¹²A soberania cabe ao Estado como um todo, sendo indivisível e inalienável.

¹³Sejam eles de quaisquer espécies: despachos, decisões interlocutórias e sentenças. (art. 162 do *Código de Processo Civil*.)

Com efeito, o autor considera ser "... inadmissível a segurança servir de pano de fundo para impedir a impugnação da coisa julgada, imutável, imodificável e absoluta, na percepção dos processualistas mais conservadores." (DONASCIMENTO, 2002, p. 11), vez que: "Transparece dissonante, nessa perspectiva, invocar-se a segurança jurídica para acolher a tese de que a coisa julgada faz do preto branco, ao se querer impingir-lhe o caráter de absoluto de que não é revestida. Os princípios da moralidade, da justiça e da equidade devem ser realçados como apanágio de uma sociedade civilizada, de modo a revelar seu degrau de superioridade em confronto com os demais que povoam o universo jurídico." (DO NASCIMENTO, 2002, p. 11-12)

Com base nesses pressupostos, é forçoso reconhecer, na visão do autor Carlos Valder, que uma sentença que contrarie os cânones, princípios e preceitos constitucionais¹⁴ é nula, tal qual também seria o ato emanado do Poder Executivo ou do Legislativo que não estivesse em conformidade com a Lei Maior, haja vista não existir qualquer hierarquia entre os três poderes¹⁵, não se podendo, pois, distinguir os atos deles emanados.

Do que até aqui foi exposto conclui-se, em síntese, as lições de Carlos Valder:

1. todos os atos do poder público estão sujeitos às regras constitucionais;
2. a inconstitucionalidade da sentença que contraria a constituição a torna nula ou inexistente;
3. tal posicionamento não ofende o princípio da segurança jurídica;
4. nas sentenças nulas a sua impugnabilidade é perene, não se sujeitando aos prazos prescricionais.

Por seu turno, Cândido Rangel Dinamarco, mesmo entendendo a coisa julgada como garantia constitucional¹⁶, entende que ela deva ser posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos conducentes à produção de resultados justos, mediante atividades inerentes ao processo¹⁷.

Entende que a segurança das relações jurídicas não é absoluta em nosso ordenamento jurídico e não o é também a coisa julgada, visto que se devem ponderar tais institutos com outro princípio que é da justiça das decisões judiciais¹⁸.

O autor lança mão da lição do min. José Delgado para fundamentar sua tese. Em apertada síntese pode-se resumir

assim a posição do ministro do Superior Tribunal de Justiça, citado por Cândido Rangel Dinamarco:

... a autoridade da coisa julgada está sempre condicionada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem cuja presença a segurança jurídica imposta pela coisa julgada não é o tipo da segurança disposto na Constituição. (DINAMARCO, 2002, p. 41-42.)

Preocupa-se em harmonizar e equilibrar os princípios da segurança jurídica e da justiça das decisões, sendo ambos de grande relevo para a pacificação social.

Partindo desse equilíbrio ou binômio da segurança-justiça, Cândido Rangel Dinamarco realiza oito proposições reproduzidas a seguir, tanto quanto possível sinteticamente¹⁹.

1. Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são condicionantes da aplicação da coisa julgada;
2. A moralidade administrativa, desde que ofendida, é óbice à concretização da coisa julgada;
3. As indenizações em ações de desapropriações devem ser sobre o justo valor;
4. A cidadania e os direitos dos homens, quando ofendidos, constituem-se óbice à concretização da coisa julgada;
5. A fraude e o erro grosseiro autorizam a revisão da coisa julgada;
6. O meio ambiente não deve ser agredido em função da coisa julgada;
7. Os julgados aberrantemente injustos não podem ser perenizados;
8. É excepcional a flexibilização da autoridade da coisa julgada, sem o qual o sistema processual perderia utilidade e confiabilidade, mercê da insegurança que isso geraria.

Constata-se na lição de Dinamarco: são casuísticos os casos em que a coisa julgada, por exceção, deve ser afastada (valor exagerado da indenização, dano ao meio ambiente, fraude, etc.), realçando, desde logo, a falta de critérios objetivos para tal definição, sendo certo apenas que deve prevalecer o justo sobre o seguro, o substantivo sobre o processual.

Dinamarco intenta dotar o intérprete de elementos e critérios objetivos para o trato da coisa julgada, lançando mão do método indutivo, partindo-se dos casos particulares já referidos para encontrar uma forma que abarque maior generalidade, 'com vista a encontrar um legítimo ponto de equilíbrio entre a garantia constitucional da coisa julgada e aqueles valores substanciais'. (DINAMARCO, 2002, p. 57.)

¹⁴"Por esse motivo, nula é a sentença que não se adapta ao princípio da constitucionalidade, porquanto impregnada de carga lesiva à ordem jurídica." (DO NASCIMENTO, Carlos Valder. *Op. cit.*, 2002, p. 14.)

¹⁵Art. 2º/CF: São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

¹⁶Art. 5, XXXVI/CF – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

¹⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada. In: DO NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América. 2002, p. 35.

¹⁸"... figura o valor justiça como objetivo-síntese da jurisdição no plano social." (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 40.)

¹⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 53-54.

Assim, o autor parte das sentenças *juridicamente impossíveis*²⁰, assemelhando-a às sentenças terminativas²¹, que somente podem fazer coisa julgada formal, nunca material, visto que uma sentença nessas circunstâncias é desprovida de qualquer efeito substancial²².

E o autor arremata:

Sentença portadora de efeitos impossíveis não se reputa jamais coberta pela *res judicata*, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade. (DINAMARCO, 2002, p. 61.)

Diante dessas circunstâncias, Dinamarco conclui que a leitura da doutrina clássica acerca da coisa julgada não é adequada constitucionalmente, uma vez que dá um caráter absoluto, o qual de fato não pode existir, tendo em conta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Nessa perspectiva metodológica e levando em conta as impossibilidades jurídico-constitucionais acima consideradas, conclui-se que é *inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada*, ou seja, sua leitura com crença que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia. Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, *coisa julgada inconstitucional*. (DINAMARCO, 2002, p. 62.)

De sua parte, o ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Delgado, considerado o precursor da tese da relativização da coisa julgada no Brasil, tem como premissa que ciência jurídica tem por objetivo garantir o fortalecimento das regras e instituições que promovem a pessoa humana, pautada nos princípios constitucionais, notadamente o princípio da legalidade de moralidade (art. 37/CF), colocando os atos judiciais a esses princípios vinculados como condição de efetividade²³.

E, em casos de sentenças que não estejam de acordo com a ordem constitucional, assevera que, mesmo transitada em

julgado, não é apta a produzir efeitos, uma vez que a sentença e a coisa julgada “... só se afirmam como verdadeiras e os seus atos só têm capacidade de produção de efeitos, quando suas posturas são desenvolvidas dentro do círculo da legalidade e da moralidade.” (DELGADO, 2002, p. 81.)²⁴

Desse modo, pretende estudar e equacionar o fenômeno da coisa julgada quando esta ofende os princípios constitucionais, principalmente o da legalidade e moralidade, ou quando ofende a realidade imposta pela natureza das coisas.

Assume o autor a posição de Paulo Roberto de Oliveira Lima, para quem:

O que a Carta Política inadmitte é a retroatividade da lei para influir na solução dada, a caso concreto, por sentença que já não caiba recurso.

...

Como se vê, a proteção constitucional da coisa julgada é mais tímida do que se supõe, sendo perfeitamente compatível com a existência de restrições e de instrumentos de revisão e controle dos julgados. A proteção constitucional da coisa julgada não é mais do que uma das muitas faces do princípio da irretroatividade da lei. (DELGADO, 2002, p. 87-88.)

José Delgado coloca em confronto dois princípios constitucionais, o da segurança jurídica e o da justiça das decisões, assumindo posição de que aquele deve ceder a este. Com apoio em Radbruch, a ‘segurança jurídica é uma forma de justiça’. (DELGADO, 2002, p. 94.)

Nesse sentido:

Há se ter como certo que a segurança jurídica deve ser imposta. Contudo, essa segurança jurídica cede quando princípios de maior hierarquia postos no ordenamento jurídico são violados pela sentença, por acima de todo esse aparato de estabilidade jurídica, ser necessário prevalecer o sentimento do justo e da confiabilidade nas instituições. (DELGADO, 2002, p. 96-97.)

²⁰Cita como exemplos casuísticos a sentença que: a) determina o recesso de determinado Estado brasileiro, dispensando-o de participar da Federação; b) condena alguém a pagar determinada dívida com a sua própria carne; c) condena mulher a trabalhar como prostituta;... (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 59.)

²¹Assim consideradas aquelas que não analisam o mérito da questão.

²²Nos exemplos: a) nunca se poderá dispensar um Estado brasileiro, ante a indissolubilidade da Federação; b) nunca se poderá executar a sentença que manda pagar a dívida com a carne; c) nunca se poderá forçar a mulher a trabalhar como prostituta de modo legítimo;...

Confira-se mais: “Afirmar o valor da segurança jurídica (ou certeza) não pode implicar desprezo ao da unidade federativa ou da dignidade humana e intangibilidade do corpo, etc.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 62.)

²³“Exige-se, assim, que o Poder Judiciário, instituição responsável pela aplicação coercitiva do direito, esteja mais sujeito ao cumprimento da moralidade do que o Executivo e o Legislativo, por lhes caber defender, como Poder Estatal, o rigorismo ético nos padrões de sua própria conduta e dos seus jurisdicionados.” (DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. DO NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 79.)

²⁴E acerca do princípio da moralidade leciona: A moralidade está insita em cada regra posta na Constituição e em qualquer mensagem de cunho ordinário ou regulamentar. Ela é comando com força maior e de cunho imperativo, reinando de modo absoluto sobre qualquer outro princípio, até mesmo sobre o da coisa julgada. A moralidade é da essência do direito. A sua violação, quer pelo Estado, que pelo cidadão, não gera qualquer tipo de direito. Este inexistente, por mais perfeito que se apresenta no campo forma, se for expresso de modo contrário à moralidade. (DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, p. 81.)

O ministro da Corte Federal, propondo uma revisitação do tema ‘coisa julgada’, concluiu o que se expõe em apertada síntese²⁵:

1. a grave injustiça não deve prevalecer, mesmo que protegida pelo manto da coisa julgada, uma vez que ofende a cidadania;

2. o regramento da coisa julgada é formal, não se sobrepondo, pois, aos princípios constitucionais, à realidade dos fatos e às condições impostas pela natureza;

3. a sentença proferida em ofensa aos princípios constitucionais, à realidade dos fatos e às condições impostas pela natureza está viciada;

4. a sentença não é maior que a Constituição;

5. os valores absolutos da legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica.

A preocupação do ministro, portanto, é com a existência de sentenças judiciais transitadas em julgado que não estejam em consonância com os princípios constitucionais norteadores de todo o ordenamento, que insistem em contrariar a natureza das coisas, e as que não respeitam a realidade do mundo fático²⁶.

Afirma, portanto, que a coisa julgada é relativa, não podendo impor-se sobre os demais preceitos constitucionais, notadamente da legalidade e moralidade, ou que ela vai de encontro à realidade das coisas ou à sua natureza, não podendo as sentenças serem veículos de injustiças, e todo ato jurisdicional deve seguir os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Sentenças assim proferidas podem ser revistas em qualquer tempo, porque ‘a regra do respeito à coisa julgada é impositiva da segurança jurídica, porém esta não se sobrepõe a outros valores que dignificam a cidadania e o estado democrático.’ (DELGADO, 2002, p. 113.)

Finalizando a análise das teses majoritárias que admitem a relativização atípica da coisa julgada, interessante ainda fazer menção ao artigo *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*, de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, que após

discorrerem acerca da supremacia da Constituição no estado democrático de direito, bem como das suas diversas formas de controle (difuso e concentrado), asseveram que todos os atos dos poderes públicos são passíveis de lesionar a Constituição, inclusive, por evidente, os atos jurisdicionais.

Assumem a posição de que as decisões judiciais, ao contrário do que grande parte da doutrina ainda prega, não são absolutas e, quando contrárias à Constituição Federal, devem ser revistas a qualquer tempo.

Nesse viés, o operador do direito deve, na visão dos autores, buscar soluções que possibilitem a conciliação dos ideais de segurança e certeza com o ideal de justiça, realizando uma releitura do instituto tradicional da coisa julgada.

Para Humberto Theodoro e Juliana Faria, a idéia que se tem de imutabilidade da coisa julgada só pode ser atribuída a uma visão distorcida do que vem a ser o próprio fenômeno da coisa julgada, asseverando que a imutabilidade da decisão judicial se refere apenas e tão somente aos meios ordinários e não que se permita proceder à sua modificação diante de um ato jurisdicional ofensivo à Constituição.

Nos dizeres precisos dos autores:

Todavia, a idéia de imutabilidade inerente à coisa julgada deve ser compreendida em seus reais contornos. É que a irrevogabilidade presente na noção de coisa julgada apenas significa que a inalterabilidade de seus efeitos tornou-se vedada através da via recursal e não que é impossível por outras vias.

...

‘o caso julgado consubstancia a idéia de uma decisão judicial firme. Todavia, cumpre referir que o caráter firme da decisão deve ser entendido enquanto imodificabilidade através de recurso ordinário. (THEODORO HUMBERTO et al, 2002, p. 138.)

Assim sendo, afirmam que o princípio da imutabilidade das decisões judiciais é relativo, devendo ceder em determinados casos, quando estiver em conflito com o princípio da justiça, entendendo que o instituto previsto no

²⁵DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, p. 95-96.

²⁶Para fundamento de sua tese, lança mão ainda de diversos exemplos de sentenças que não transitam em julgado, cujos principais são os citados a seguir:

1. sentença proferida em ação de investigação de paternidade sem a realização de exame de DNA;
2. exarada sem a citação da parte contrária;
3. a originária de posição privilegiada da autora que, aproveitando-se de sua própria posição de monopólio e do estado de necessidade do réu, demanda a este por razão de um crédito juridicamente infundado;
4. a baseada em fatos falsos ou inexistentes;
5. a fundamentada em perjúrio ou falso juramento;
6. a ofensiva à soberania nacional;
7. a que viola a dignidade da pessoa humana;
8. a provocadora de anulação dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
9. a que contrarie o art. 5º da Constituição Federal;
10. a que ofende os princípios esculpidos no art. 37 da Constituição Federal;
11. a que não observa a justa indenização;
12. a que considera válida dívida de jogo. (DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, 2002.)

art. 5º, XXXVI²⁷, apenas resguardou a coisa julgada de ser alterada por legislação futura, ou seja, protegeu a coisa julgada apenas do efeito retroativo da lei. Nada mais! Vale dizer: tudo o que mais se diz acerca da coisa julgada, em seu sentir, é regramento infraconstitucional, não podendo, pois, ‘estar imune ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior.’ (THEODORO JUNIOR, 2002, p. 140.)

Na síntese dos próprios autores: ‘a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando de *coisa julgada inconstitucional*’. (THEODORO JUNIOR, 2002, p. 142).

A relação que estabelecem entre o princípio da constitucionalidade da intangibilidade da coisa julgada é de antecedente e conseqüente. Vale dizer: somente será imutável uma decisão judicial se respeitar a Constituição, pois, caso não a respeite, será nula de pleno direito, podendo tal declaração ser efetivada a qualquer tempo e por qualquer meio processual ao alcance da parte, inclusive por intermédio da *actio querela nullitatis*.

Citam, ao amparo de sua tese decisões do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, aqui sintetizadas neste aresto:

A decisão judicial transitada em julgado em desconforme a Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a *nulidade*. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é *nula* e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais. Ora, no sistema das nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo. Destarte, pode ‘a qualquer tempo ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução. (STJ, REsp 7 556/RO, 3ª T., Rel. Ministro Eduardo Ribeiro RSTJ 25/439.)

Diante do exposto, remete-se, em apertada síntese, à própria conclusão dos autores²⁸:

1. A inconstitucionalidade gera a invalidade de qualquer ato emanado do poder público;
2. A coisa julgada não pode impedir o reconhecimento da invalidade referida;
3. O reconhecimento da invalidade pode-se dar em qualquer tempo ou em qualquer procedimento;

4. O reconhecimento da invalidade da forma apregoadada é manifestação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Diante do que se narrou, inúmeros são os argumentos da corrente doutrinária que defenda a relativização da coisa julgada de maneira atípica, vale dizer, em qualquer tempo, sem submetê-la ao regramento da legislação vigente e principalmente ao prazo preclusivo da ação rescisória.

No tópico seguinte, os argumentos lançados serão analisados por um viés crítico.

4. Flexibilização da coisa julgada?

Como visto no tópico anterior, vários são os fundamentos utilizados pela corrente doutrinária que defende a possibilidade de se flexibilizar a coisa julgada material fora das hipóteses previstas na ação rescisória e revisão criminal, tais como, decisão injusta, decisão inconstitucional, decisão que contrarie a realidade dos fatos ou da natureza, etc.

Há que se frisar: a coisa julgada material é uma característica essencial do estado democrático de direito e uma garantia do acesso ao Poder Judiciário, garantido constitucionalmente²⁹.

A coisa julgada material é instituto fundamental para a segurança jurídica e importante instrumento para a pacificação e tranqüilidade social, assegurando aos cidadãos envolvidos em litígios judiciais que o caso **foi definitivamente resolvido** para a satisfação de uns e resignação de outros. ‘Ou seja, de nada adianta falar em direito de acesso à Justiça sem dar ao cidadão o direito de ver seu conflito solucionado definitivamente’. (MARINONI, p. 4. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/24.pdf>> Acesso em: 15 jun. 2007.

Muito embora sejam louváveis as tentativas de se flexibilizar a coisa julgada em qualquer tempo, em função de vários elementos, tal como, a ‘justiça da decisão’ ideal buscada por todos, é forçoso admitir que terrenamente é impossível alcançá-la na sua plenitude, reservado tal desiderato à justiça divina³⁰.

A tese de análise formal dos professores José Medina e Teresa Wambier é perfeita, considerando que, se determinada decisão foi pautada em lei declarada inconstitucional (na tese dos autores, ‘uma lei que não era lei’), então a decisão é inexistente.

No plano normativo, maiores problemas não há. Analisando essa tese sob o ponto de vista prático, é que os problemas começam a surgir.

²⁷Art. 5º, XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

²⁸THEODORO JUNIOR, Humberto et al. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: DO NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 157-160.

²⁹Art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

³⁰“na presença do SENHOR, porque vem, vem julgar a terra; julgará o mundo com justiça.” (Salmo, 96, 13.)

Como retroceder no tempo e anular os efeitos que uma decisão judicial produz? Como aplainar as relações jurídicas de boa-fé surgidas em decorrência da decisão judicial que se baseou em lei declarada inconstitucional?³¹

Exemplos não faltam para demonstrar a imensa instabilidade que a aceitação pura e simples dessa tese causaria no seio da sociedade.

Apenas para exemplificar, como estabelecer uma pacificação social no caso de uma decisão judicial baseada em lei que reconhecia o casamento entre pessoas do mesmo sexo, posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal? O que fazer com o caso concreto? Determinar que os companheiros simplesmente ignorem que foram casados? E se houve adoção de filhos? Se houve inscrição recíproca de beneficiários previdenciários?

De fato, não se pode simplesmente dizer: a decisão judicial não existe porque a lei utilizada para a sua fundamentação também não existe nem nunca existiu, tendo em conta sua constitucionalidade reconhecida.

No mundo dos fatos, a teoria não se amolda perfeitamente.

Ademais, como afirma Luiz Guilherme Marinoni:

A idéia de que a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal nulifica a sentença (transitada em julgado) que nela se fundou, gera algo que se poderia chamar de ‘controle da constitucionalidade da sentença transitada em julgado.’

Ou melhor, a hipótese seria de retroatividade da decisão de inconstitucionalidade para apanhar a *coisa julgada*. (MARINONI, p. 4. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/24.pdf>> Acesso em: 15 jun. 2007.)

Por certo que a declaração de inconstitucionalidade de determinada norma, por si só, não pode retroagir para atingir as situações já consolidadas e albergadas pelo manto da coisa julgada material.

Conclui Marinoni ao recusar a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade para atingir a coisa julgada, com o seguinte argumento irrespondível:

...

Na verdade, a tese da retroatividade em relação à coisa julgada esquece que a decisão judicial transitada em julgado não é uma simples lei – que pode ser negada

por ser nula –, mas sim o resultado da interpretação judicial que se faz autônoma ao se desprender do texto legal dando origem à norma jurídica do caso concreto. (MARINONI, p. 4. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/24.pdf>> Acesso em: 15 jun. 2007.)

Da mesma forma, a justiça da decisão judicial não pode dar suporte ao afastamento da coisa julgada material, haja vista que admitir uma decisão judicial como injusta e, em função disso, afastá-la, mesmo após seguir todos os trâmites procedimentais e com respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, é admitir que a outra decisão judicial a ser ofertada também possa ser considerada injusta.

Essa tese assume uma possibilidade de se entrar num círculo vicioso onde qualquer das partes que não se sentir satisfeita com a entrega da tutela jurisdicional poderá sempre questionar a justiça daquela decisão, eternizando o conflito.

Conclui-se: não há garantia alguma de que a nova decisão será mais ou menos justa do que a decisão anterior, sem olvidar ainda que o critério ‘justiça’ é deveras subjetivo e ambíguo.

O mesmo se diga em relação à decisão judicial que contraria a verdade dos fatos ou a realidade da natureza.

Como é sabido, a verdade estabelecida no processo é a vista pelo juiz, não se podendo afirmar que a outra decisão judicial não afirmará fatos contrários à realidade ou que irá de encontro à natureza das coisas, realizando exatamente o que Carlos Valder asseverou, fazendo o preto branco. (DO NASCIMENTO, 2002, p. 12.)

O que de fato existe no processo, em qualquer deles, é um juízo de verossimilhança fincado em conformidade com as provas apresentadas.

No passo da verossimilhança, então, podemos nos aproximar ou nos afastar mais da verdade, a medida em que o processo é composto por mais ou menos provas e da garantia do contraditório, o que irá contribuir no juízo de subsunção efetuado pelo julgador... (REICHERT, 2004, p. 166.)

Reichert citando Carnelutti afirma:

... o resultado da busca juridicamente limitada ou regulada não é, pois, a verdade verdadeira, e sim uma verdade convencional, que se denomina verdade formal porque conduz a uma indagação regulada de formas, ou de verdade somente mediante leis lógicas, e unicamente em virtude dessas leis jurídicas substitui a verdade material. (REICHERT, 2004, p. 167.)

³¹Aliás, a lei, até ser declarada inconstitucional, presume-se constitucional.

Portanto não se pode acolher a tese de relativização da coisa julgada porque ela contraria a justiça, a realidade dos fatos ou a natureza das coisas, haja vista que não há nem pode haver garantia nenhuma de que a próxima decisão judicial a ser ofertada atue de modo diferente.

Nesse sentido:

..., não parece que a simples afirmação de que o Poder Judiciário não pode emitir decisões contrárias à justiça, à realidade dos fatos e à lei, possa ser vista como um adequado fundamento para o que se pretende ver como ‘relativização’ da coisa julgada. Ora o próprio sistema parte da idéia de que o juiz não deve decidir desse modo, mas não ignora – nem poderia – que isso possa ser feito. Tanto é que prevê a ação rescisória, cabível em casos tipificados pela lei.

...

Mesmo sem adentrar em complexos temas da filosofia do direito, pode-se logicamente argumentar que as teses da ‘relativização’ não fornecem qualquer resposta para o problema da correção da decisão que substituiria a decisão qualificada pela coisa julgada. Ora, admitir que o Estado-juiz errou no julgamento que se cristalizou, obviamente implica em aceitar que o Estado-Juiz pode errar no segundo julgamento, quando a idéia de ‘relativizar’ a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça. (MARINONI, p. 4. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/24.pdf>> Acesso em: 15 jun. 2007.)

Diante do exposto, é forçoso concluir, com o respeito devido à tese contrária, que não se pode simplesmente acatar a tese de ‘relativizar’ ou ‘flexibilizar’ a coisa julgada a qualquer tempo para além das hipóteses já previstas na legislação, sob pena de introduzir no sistema jurídico grande instabilidade das relações sociais e intranqüilidade entre os jurisdicionados.

Se há casos de extrema excepcionalidade em que se tem que achar mecanismos ou alternativas no intuito de compatibilizar os princípios da segurança das relações jurídicas com a justiça e adequação das decisões judiciais, deve-se nesses casos, ampliar a aplicação da própria ação rescisória.

Os casos referidos, em que se viabiliza a ação rescisória para além do prazo previsto no art. 495 do Código de Processo Civil, são as ações de estado familiar.

No tópico seguinte, procurar-se-á demonstrar que, com releitura e adequação da legislação pertinente à ação rescisória, essa compatibilização pode ser aproximada.

5. A ação rescisória e as ações de estado familiar

Como visto até o momento, é patente a discussão sobre a possibilidade de se ‘flexibilizar’ em qualquer hora a coisa julgada. A doutrina divide-se, ora admitindo-a, em detrimento da segurança das relações jurídicas, ora negando tal possibilidade, em prol da referida segurança.

Como se ressaltou, a coisa julgada é importante instrumento posto à disposição dos operadores do direito e da sociedade em geral para pacificar os conflitos de interesses³². Também é certo que nenhum preceito ou princípio é absoluto.

Assim, se faz necessário encontrar a ‘regra de ouro’ que permita compatibilizar a necessidade de uma melhor prestação jurisdicional com a segurança jurídica.

Assume-se neste trabalho que tal fim poderá ser alcançado por intermédio de uma releitura da ação rescisória e certa adequação legislativa.

Com efeito, a ação rescisória, para o que nos interessa neste momento, é deste modo regulada pelo Código de Processo Civil:

Art. 485: A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quanto:

- I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
- II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;
- III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
- IV – ofender a coisa julgada;
- V – violar literal disposição de lei;
- VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;
- VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pode fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
- VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

³²Em reforço:

A segurança das relações sociais exige que a autoridade da coisa julgada, uma vez estabelecida, não fique demoradamente sujeita à possibilidade de remoção. Ainda quanto às sentenças evadidas de vícios muito graves, a subsistência indefinida da impugnabilidade, incompatível com a necessidade da certeza jurídica, não constituiria solução aceitável no plano da política legislativa, por mais que em seu favor pretendesse argumentar com o mal que decerto representa a eventualidade de um prevalecimento definitivo do erro. O legislador dos tempos modernos, aqui e alhures, tem visto nesse o mal menor. Dai a fixação de prazo para a impugnação; decorrido certo lapso de tempo, a sentença torna-se imune a qualquer ataque. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5, 8ª, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 214.)

IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

§ 1º – Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º – É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato.”

Art. 495 – O direito de propor ação rescisória se extingue em dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Existe um caso em que o regramento atual acerca da ação rescisória não se mostra mais adequado ante a realidade contemporânea, ensejando, pois, uma nova exegese dos dispositivos legais e, quiçá, alteração legislativa. Tais casos são as ações de estado familiar, notadamente ações de investigação de paternidade e maternidade.

Nos casos referidos, o que aqui se defende é uma ampliação para os casos de cabimento da ação rescisória, notadamente no seu prazo e não a eliminação pura e simples da garantia constitucional da efetivação da coisa julgada.

É que a filiação é um direito da personalidade inerente ao ser humano, e os instrumentos para a sua concretização merecem ser realçados e ampliados, uma vez que visa à concretização de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que é a dignidade da pessoa humana³³.

Contemporaneamente, não existem atualmente quaisquer controvérsias doutrinária ou jurisprudencial no sentido de que a ação de investigação de paternidade é imprescritível.

Confira-se o seguinte julgado.

CIVIL – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ALTERAÇÃO DE REGISTRO – AJUIZAMENTO APÓS A MAIORIDADE – PRESCRIÇÃO – INEXISTÊNCIA – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE RECONHECE A IMPRESCRITIBILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL – PRETENDIDA REFORMA – IMPROVIMENTO.

– **É imprescritível a ação de investigação de paternidade e alteração de registro de nascimento, mesmo na hipótese de vencido o prazo de 4 (quatro) anos, após**

a maioria. Merece realce o entendimento segundo o qual “a ação de investigação de paternidade é imprescritível. O tempo não pode impedir nenhuma pessoa humana de buscar o seu verdadeiro pai. E o sistema de direito positivo que nasceu com a Constituição de 1988 consagrou, sem dúvida, esse postulado de ordem pública” (cf. Resp n. 158 086-MS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 28/8/2000). Iterativos precedentes. – Agravo improvido. (BRASIL, 2006) – g.n.

E mais:

Há relações jurídicas incompatíveis, inconciliáveis, por sua própria natureza, com a prescrição ou a decadência. Desse modo, não se acham sujeitos a limite de tempo a não se extinguem pela prescrição os direitos da personalidade, como a vida, a honra, o nome, a liberdade, a nacionalidade. Também não prescrevem as chamadas ações de estado de família, como a ação de separação judicial, a investigação de paternidade, etc. (VENOSA, 2005, p. 599³⁴.)

Diante disso e da natureza imprescritível das ações de estado de família, há que se alargar tal imprescritibilidade também para a propositura da ação rescisória.

Essa imprescritibilidade ocorreria para os casos julgados procedentes ou improcedentes em ações de investigação de paternidade ou maternidade em que não se pode realizar a prova pericial (DNA), haja vista não se poder exigir que o ser humano fique na incerteza em relação à existência ou não do vínculo de paternidade e/ou maternidade simplesmente pelo fato de que não se pode produzir prova processual em momento adequado procedimentalmente.

Assim, seria cabível em qualquer tempo a ação rescisória com fundamento no art. 485, VII do Código de Processo Civil³⁵.

Defendo desde logo que ação rescisória, para os casos de ações de estado familiar já são imprescritíveis com fundamento no citado princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III/CF), devendo o intérprete realizar uma interpretação conforme a constituição quando analisar o disposto no artigo 495 do Código de Processo Civil.

Para se evitar certa insegurança jurídica, viável é a alteração legislativa para o fim de inserir um parágrafo ao artigo 495, da seguinte maneira:

³³Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...
III – a dignidade da pessoa humana.

³⁴O mestre Silvio Venosa cita ainda: “Investigação de paternidade – É imprescritível a ação destinada a seu reconhecimento (Súmula 149). Recurso Extraordinário conhecido e provido”. (STF – RE 55890 – 1º T, Rel Min. Evandro Lins, 8-9-64) [VENOSA, 2005, p. 599.]

³⁵Art. 485, VII – (quando) depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pode fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável.

Parágrafo único – O prazo previsto no caput deste artigo não se aplica às ações de estado familiar.

Desse modo, no que diz respeito única e exclusivamente aos casos das ações de estado familiar, deve-se tornar a ação rescisória imprescritível, valorizando-se, pois, a dignidade da pessoa humana sem a necessidade de se banalizar a coisa julgada indistintamente.

6. Conclusão

O presente ensaio procurou, de maneira singela, abordar, de maneira direta, tema de extrema polêmica na atualidade, a chamada ‘flexibilização da coisa julgada’, expondo, ainda que de maneira sintética, os principais fundamentos da corrente doutrinária que a defende para além dos casos e prazos previstos para a ação rescisória e revisão criminal.

Na seqüência, expôs os motivos pelos quais se entende que a pura e simples relativização da coisa julgada ou o seu afastamento não podem prevalecer no estado democrático de direito, ante o caráter pacificador das relações sociais e de segurança para as relações jurídicas, imantada ao conceito de coisa julgada.

Como nenhum preceito ou princípio é absoluto, nas ações de estado familiar se faz necessário tornar a ação rescisória imprescritível ou dar interpretação nesse sentido, haja vista que tal exegese valoriza a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III/CF).

Evidentemente que a tese apresentada neste ensaio não está pronta e acabada, uma vez que o tema se encontra em estágio gestacional que demanda certo aprofundamento no seio da comunidade jurídica para se achar uma solução jurídica adequada e satisfatória.

A semente da discussão está lançada, na esperança de se deparar com vozes que a critiquem e outras que a aprimorem.

7. Referências

- ANGHER, A. J. **Vade mecum acadêmico de direito**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2005.
- BÍBLIA de Estudo de Genebra. São Paulo: Cultura Cristã e Sociedade Bíblica do Brasil, 1999.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp n. 400103/RS, 4ª Turma: Rel. Min. Hélio Barbosa, Brasília, DF, j. 21/9/2006, DJ 13/12/2006, p. 263. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=paternida>>
- de+n%*E3o*+prescreve&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2> Acesso em: 11 fev. 2007.
- CINTRA, A. C. de A. e outros. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros.
- DELGADO, J. A. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: DO NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- DINAMARCO, C. R. Relativizar a coisa julgada. In: DO NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- DO NASCIMENTO, C. V. (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- MARINONI, L. G. e outros. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2000.
- MARINONI, L. G. **Sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material**. p. 4. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/24.pdf>> Acesso em: 15 jun. 2007.
- MOREIRA, J. C. B. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 5, 8ª, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PORTO, S. G. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 6. São Paulo: RT, 2000.
- REICHERT, M. R. Relativização da coisa julgada material no processo civil brasileiro. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**, v. 7, n. 2, jul./dez. 2004.
- THEODORO JÚNIOR, H. et al. A Coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: DO NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- VENOSA, S. de S. **Direito civil – parte geral**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- WAMBIER, L. R. et al. **Curso avançado de processo civil**. 8. ed. v. 1. São Paulo: RT, 2006.
- WAMBIER, T. A. et al. **O dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização**. São Paulo: RT, 2003.

