

Revista do Curso de
Direito da Faculdade
Campo Limpo Paulista

VOLUME 6 – 2008

COLEÇÃO ACADÊMICA DE DIREITO

VOLUME 51



Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP

Prof. Dr. Nelson Gentil – **Diretor**

Curso de Direito

Prof. Dr. Marcos Abílio Domingues – **Coordenador**

Conselho Editorial

Prof. Dr. Marcos Abílio Domingues (coordenador); Prof. Dr. Luís Antônio Francisco de Souza (UNESP);

Prof. Ms. Robson do Boa Morte Garcez; Prof. Ms. Samuel Antonio Merbach de Oliveira

Publicada com o apoio da Fupesp –

Federação dos Funcionários Públicos Municipais do Estado de São Paulo.

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista – v. 6 (2008) –
Porto Alegre: IOB 2008 –

v.; 16x23cm. – (CADO: Coleção Acadêmica de Direito v; 51)

ISSN 1980-1866

1. Direito. – I. Série.

CDU: 34

CDD: 340

(Bibliotecária responsável: Nádía Tanaka – CRB 10/855)

**REVISTA DO CURSO DE
DIREITO DA FACULDADE
CAMPO LIMPO PAULISTA**

Endereço para correspondência:

Rua Guatemala, 167 – Bairro Jardim América

CEP: 13231-230 – Campo Limpo Paulista - SP

Fone: (11) 4812.9400

Internet: www.faccamp.br

E-mail: marcosdomingues@faccamp.br

IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.

R. Antonio Nagib Ibrahim, 350 – Água Branca

05036-060 – São Paulo – SP

Caixa Postal 60036 – 05033-970

Telefones para Contatos

Cobrança: São Paulo e grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais Localidades 0800.7247900

SAC e Suporte Técnico: São Paulo e grande São Paulo (11)
2188.7900

Demais Localidades 0800.7247000

Renovação: Grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais Localidades 0800.728388

Internet: www.iob.com.br

APRESENTAÇÃO

Apresentamos o volume 6 da Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista – Faccamp.

Contudo, antes propriamente da apresentação, devemos lembrar que o volume 1 da Revista foi publicado em 2003, ano seguinte ao início do Curso de Direito da Faccamp. Naquela ocasião já participavam professores e alunos. Depois, aderiram à publicação colaboradores externos, que ano a ano prestigiam nossa Revista.

Parece-nos, sem falsa modéstia, que a continuidade e a periodicidade da publicação atestam sua qualidade e alcance dos fins acadêmicos a que se presta.

De um lado, serve de motivação para a produção científica de professores e alunos. De outro, atende, igualmente, a finalidade de incentivar o debate que transcenda à mera discussão jurídica, para abarcar temas transversais ou interdisciplinares sem esquecer a abordagem peculiar de um curso de Direito.

Assim, este volume traz tanto explanações sobre as obrigações civis e aspectos processuais, quanto questões voltados aos direitos humanos e à bioética.

Parabenizamos todos os colaboradores, indistintamente, professores, alunos e autores externos. Contudo, pedimos vênias para uma saudação especial aos colaboradores externos e ex-alunos da Faculdade de Direito, hoje bacharéis e advogados, que, ao participarem desta edição, atestam – acreditamos – o carinho que sustentam pelo curso que ajudaram a construir e continuam construindo.

Prof. Dr. Marcos Abílio Domingues

Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista

SUMÁRIO

1. ORTOTANÁSIA: ASPECTOS ÉTICOS, MÉDICOS E JURÍDICOS Mauro Cabral dos Santos, Rose Saemi Kurihara e Reynaldo Ayer de Oliveira (Professor Orientador).....	7
2. AS CINCO GERAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS Samuel Antonio Merbach de Oliveira	26
3. FONTES DO DIREITO Patricia Gentil	35
4. DEMOCRACIA E CULTURA POLICIAL PAULISTA ENTRE 1946 E 1964 Thais Battibugli.....	42
5. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL, CONTRATUAL E PÓS-CONTRATUAL Renata Helena Paganotto Moura	58
6. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL NA JURISDIÇÃO COMUM E TRABALHISTA: CAUSAS, COMPETÊNCIA, NATUREZA JURÍDICA E RECURSO CABÍVEL Aparecida Dias de Oliveira Formigoni.....	65
7. <i>JUS OBLIGATIONUM</i> (DIREITO DAS OBRIGAÇÕES) Fuad José Daud.....	80
COLABORAÇÕES EXTERNAS	
8. LIBERDADE BIOLÓGICA: DIREITO X MORAL José Leopoldo Basilio.....	85
9. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ Rodrigo Garcia Martínez	98
10. TUTELA INIBITÓRIA E A FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE Dayane Marciano de Oliveira Castro.....	117
11. ISENÇÃO FISCAL DE COMPETÊNCIA MUNICIPAL Rita de Cássia Cosseti.....	140
12. A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE FORMAL DO DIREITO DO TRABALHO Élcio Batista de Moraes.....	151
COLABORAÇÕES DE ALUNOS	
13. A ESCRAVIDÃO NA LEI DE ROMA Edgar Aparecido Santos e Maria de Lourdes Lasakowsitck.....	169
14. NORMAS PARA PUBLICAÇÃO	170
15. FUPESP – UMA FEDERAÇÃO DE DESTAQUE	172

ORTOTANÁSIA: ASPECTOS ÉTICOS, MÉDICOS E JURÍDICOS

Mauro Cabral dos Santos

Graduado em Ciências Biológicas pela Unisanta e em Direito pela Unisantos, Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela ESMP/SP, Especialista em Bioética pela FMUSP, Doutorando em Ciências Sociais e Jurídicas pela UMSA/Argentina, Promotor de Justiça, Professor da FACCAMP.

Rose Saemi Kurihara

Graduada em Medicina pela Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de São Paulo, Especialista em Bioética pela FMUSP, Doutora em Medicina, Área de Concentração Nefrologia pela FMUSP, Médica.

Reynaldo Ayer de Oliveira (Professor Orientador)

Graduado em Medicina pela Faculdade de Ciências Médicas e Biológicas de Botucatu, Mestre em Bases Gerais da Cirurgia e Cirurgia Experimental pela Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho, Doutor em Patologia pela Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho, Professor Doutor da FMUSP, Conselheiro do CRM/SP.

RESUMO: A morte, tão temida por todos, é inevitável e deve, por este motivo, ser respeitada e estudada. A medicina, acima de tudo, deve minimizar a dor do paciente, e o Direito deve garantir a liberdade do ser humano e sua dignidade. A ortotanásia é a morte no seu tempo certo, respeitando a dignidade da pessoa humana e minimizando sua dor nos seus últimos instantes de vida.

PALAVRAS-CHAVE: Ortotanásia; terminalidade de vida; dignidade humana.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Ortotanásia, uma visão bioética; 2 Ortotanásia, uma visão médica; 3 A ortotanásia e a Justiça; 3.1 Princípios constitucionais básicos aplicados ao estudo; 3.1.1 Princípio da legalidade; 3.1.2 Princípio da dignidade humana; 3.1.3 Princípio da inviolabilidade à intimidade, vida privada, honra e imagem; 3.2 Dispositivos do Código Civil brasileiro aplicáveis; 3.3 Dispositivos e interpretações do Código Penal aplicáveis; 3.3.1 Relação de causalidade; 3.3.2 Relevância da omissão; 3.3.3 Inexigibilidade de conduta diversa; 4 A ortotanásia no mundo; 5 A ortotanásia no Brasil; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Este trabalho visa efetuar uma abordagem bioética, médica e jurídica sobre a ortotanásia no Brasil e em algumas nações, que utilizamos como fonte de comparação. Para tanto, mostraremos seu conceito, sua aplicação e repercussão para o médico, o doente e sua família.

No primeiro capítulo, abordamos a visão bioética da ortotanásia, distinguindo-a da eutanásia e da distanásia, procurando mostrar a atual preocupação dos estudiosos no assunto.

No segundo capítulo, efetuamos uma abordagem técnica, em que mostramos o receio de alguns médicos, mesmo a pedido da família ou do doente, em agir conforme o desejo do paciente, para que não possa ser responsabilizado civilmente ou criminalmente.

No terceiro capítulo, há uma abordagem jurídica da eutanásia, em que princípios e regras jurídicas existentes, a nosso entender, justificam a prática da ortotanásia.

O quarto capítulo aborda uma visão legalista da ortotanásia no mundo, para que possamos, com isto, efetuar uma interpretação histórica e analógica dos nossos preceitos legais.

Por último, efetuamos a abordagem da ortotanásia no Brasil, enfocando os diversos projetos existentes para isentar o médico da prática de crime quando, a pedido do doente ou do seu familiar, deixa a morte agir no seu momento correto. Abordamos, também, a Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, atualmente suspensa por ordem judicial.

1 ORTOTANÁSIA, UMA VISÃO BIOÉTICA

A Bioética surge dentro de um contexto de revolução técnico-científica e cultural no século XX que se acentuou a partir da década de 60. Culturalmente, houve a afirmação dos direitos individuais, das reivindicações sociais e do questionamento das instituições até então estabelecidas (igreja, família). Socialmente, observamos a urbanização, a nuclearização das famílias e o afrouxamento das relações interpessoais. Técnico-cientificamente surgiram: terapia substitutiva renal (diálise), desenvolvimento do transplante de órgãos, anticoncepcionais, respiradores artificiais e criação das unidades de terapia intensiva. Estas mudanças tecnológicas trouxeram o controle da maioria das doenças infecto-contagiosas, diminuição da mortalidade materna e infantil, aumento da expectativa de vida e aumento da hospitalização dos doentes¹.

Neste cenário de mudanças, um dos aspectos debatidos pela bioética é a consequência do excesso de tecnologia envolvido no ato de morrer.

Segundo Philippe Áries, na Idade Média, a morte tinha um caráter social, cumprindo rituais em que o moribundo aceitava o seu papel de protagonista e eram permitidas as despedidas entre os entes queridos e as manifestações de dor². Este rito de passagem ainda é observado no Brasil do século XIX: para que houvesse a salvação da alma, a morte teria que ser bem organizada. Trata-se do momento da reparação moral e da ordenação econômica, em que as decisões do moribundo eram deixadas sob forma oral ou em testamento perante familiares, amigos e o padre³.

O desfecho final era aguardado em casa, onde se reuniam conhecidos e desconhecidos, como ato de piedade, ao redor do leito do doente. Quando a sua agonia se estendia, todos os presentes reunidos deixavam de rezar por sua saúde para solicitar sua morte, por meio de rezas e queima de velas.

1 POST, S.G., ed., *Encyclopedia of Bioethics 3rd edition*. USA, 2004.

2 GAFO, J. *Dez palavras-chave em bioética*. Gráfica de Coimbra, 1996.

3 REIS, J. J. O cotidiano da morte no Brasil oitocentista. In: *História da vida privada no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, v. 2, 1997.

A partir do século XX, a morte passa de domiciliar a hospitalar, tornando-se fato anônimo, impessoal e solitário. A comunidade se envolve cada vez menos neste ato e o luto torna-se tabu, não sendo mais permitidas manifestações dramáticas de dor.

O conceito de morte também sofreu modificação neste tempo, refletindo a possibilidade de manutenção de batimentos cardíacos, respiração e circulação sanguínea por meio de aparelhos e drogas para que tecidos e órgãos sejam utilizados em transplantes. Se antes era tida como um evento caracterizado pela parada das funções acima mencionadas, nos dias atuais é considerada um fenômeno progressivo, onde morrem primeiro os tecidos mais dependentes de oxigênio, sendo o mais sensível o sistema nervoso central.

Para efeitos legais, a morte a ser considerada é a encefálica (conforme Resolução CFM nº 1.480/1997 e art. 3º da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997), definida como ausência total e irreversível de todas as funções cerebrais, levando à apnéia e à perda dos reflexos do tronco cerebral e dos nervos cranianos^{4,5,6,7}.

O objetivo da medicina sempre foi buscar a saúde, tentando impedir ou retardar a morte. Mas se antes da revolução tecnológica a morte era aceita como decorrência da história natural da doença, não o é mais. O escamoteamento da morte na cultura atual reflete-se também na formação dos profissionais de saúde, em que a ênfase é dada na atitude tecnológica, distanciando do humanismo que sempre caracterizou a relação médico-paciente e que leva o profissional a uma sensação de fracasso perante a morte, além da sua transformação em fonte de medo e angústia^{8,9}.

Houve um desbalanço entre as atitudes tecnológicas e as práticas humanistas nesta relação. Há um despreparo dos médicos para tratar de questões sobre a morte e a terminalidade da vida. O ensino, na sua maioria, é baseado no modelo cartesiano, em que a compreensão da doença se faz dividindo o objeto de estudo em partes, gerando uma visão reducionista, focada no biológico. Paralelamente, há uma exaltação da tecnologia médica, por parte da mídia, exercendo fascínio tanto sobre pacientes como para os profissionais de saúde. Assim, a morte é vista como um fracasso da medicina e torna-se mais fácil aplicar a tecnologia do que assistir ao paciente durante o processo de morte¹⁰.

Somando estes fenômenos, chega-se a um panorama onde foi criada a ilusão da vida eterna e no qual morrer torna-se algo vergonhoso que ocorre nos hospitais, longe da família e dos amigos, um ato envolvido na tecnologia do aumento numérico dos dias de vida.

No dizer de Moritz, a morte no século XXI tornou-se “um ato prolongado, gerado pelo desenvolvimento tecnológico; um fato científico, gerado pelo aperfeiçoamento da

4 GOGLIANO, D. Pacientes terminais – morte encefálica. *Bioética*, v. 1, p. 145-56, 1993.

5 HORTA, M. P. Eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer. *Bioética*, v. 7, p. 27-34, 1999.

6 KIPPER, D. O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas para nossa realidade. *Bioética*, v. 7, p. 59-68, 1999.

7 OLIVEIRA, R. A. Terminalidade da vida em situação de morte encefálica e de doença incurável em fase terminal. *Bioética*, v. 13, p. 77-83, 2005.

8 MORITZ, R. D. Os profissionais de saúde diante da morte e do morrer. *Bioética*, v. 13, p. 51-63, 2005.

9 SIQUEIRA, J. E. Reflexões éticas sobre o cuidar na terminalidade da vida. *Bioética*, v. 13, p. 37-50, 2005.

10 SIQUEIRA, J. E. Reflexões éticas sobre o cuidar na terminalidade da vida. *Bioética*, v. 13, p. 37-50, 2005.

monitoração; um fato passivo, já que as decisões pertencem aos médicos e familiares e não ao enfermo; um ato profano, por não atender a crenças e valores dos pacientes, e ato de isolamento, pois o ser humano morre socialmente em solidão”¹¹.

É um terreno fértil para que ocorra a distanásia, mas, antes de se entrar nesta discussão, é necessário conceituar o que é doença terminal.

Doença terminal é a situação decorrente de doença crônico-degenerativa ou aguda com falência de múltiplos órgãos, irreversível, em que a morte é um desfecho natural. Neste momento, não há mais resposta à instituição de qualquer medida terapêutica^{12,13,14}.

A distanásia é o prolongamento exagerado do processo de morte no paciente com doença terminal, levando a uma morte em agonia, lenta e em sofrimento. É resultado de ação ou intervenção médica em que não se atinge o objetivo de beneficência e em que é considerada somente a vida biológica, esquecendo-se da mortalidade das pessoas. São seus sinônimos: futilidade médica e obstinação terapêutica^{15,16}.

Quando ocorre a distanásia, há uma morte cruel e perda da dignidade humana, portanto, é imoral que aconteça, constituindo má prática médica¹⁷.

Ao contrário da distanásia, a ortotanásia seria, nos dizeres de Gafo, “a morte ‘correta’, a seu tempo, sem procurá-la ativamente, sem prolongamentos irracionais e cruéis. É humanizar o processo de morte, evitando as dores e o sofrimento e aceitando que existem situações que devem cessar de atuar de forma terapêutica, ainda que sempre estará vigente a exigência do cuidado e da atenção à pessoa”^{18,19,20}.

Apesar destas distinções de terminologia, muito tem se confundido a ortotanásia com a eutanásia.

A eutanásia é uma ação na qual se antecipa a morte do paciente incurável e em sofrimento a pedido deste ou de seus familiares. Esta é a definição de eutanásia ativa, onde há a ação e que a nosso ver constitui homicídio^{21,22,23}.

11 MORITZ, R. D. Os profissionais de saúde diante da morte e do morrer. *Bioética*, v. 13, p. 51-63, 2005.

12 KIPPER, D. O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas para nossa realidade. *Bioética*, v. 7, p. 59-68, 1999.

13 MORITZ, R. D. Os profissionais de saúde diante da morte e do morrer. *Bioética*, v. 13, p. 51-63, 2005.

14 PIVA, J. P.; CARVALHO, P. R. A. Considerações éticas nos cuidados médicos do paciente terminal. *Bioética*, v. 1, p. 129-88, 1993.

15 PESSINI, L. Distanásia: até quando investir sem agredir? *Bioética*, v. 4, p. 31-43, 1996.

16 PESSINI, L. Questões éticas-chave no debate hodierno sobre a distanásia. In: *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003.

17 HORTA, M. P. Eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer. *Bioética*, v. 7, p. 27-34, 1999.

18 GAFO, J. *Bioética teológica*. Madri: Comillas, 2003.

19 GAFO, J. *Dez palavras-chave em bioética*. Gráfica de Coimbra, 1996.

20 GAFO, J. *Eutanásia y ayuda al suicídio*. Descleé de Brouwer, 1999.

21 FRANÇA, G. V. Eutanásia: um enfoque ético-político. *Bioética*, v. 7, p. 71-82, 1999.

22 GAFO, J. *Eutanásia y ayuda al suicídio*. Descleé de Brouwer, 1999.

23 KÓVACS, M. J. Aspectos éticos referentes a abreviação da vida: eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido. In: *A questão ética e a saúde humana*. São Paulo: Atheneu, 2006, p. 165-188.

O grande dilema ocorre entre os termos eutanásia passiva e ortotanásia. Eutanásia passiva é considerada quando há uma omissão, a não-aplicação de terapêutica que poderia salvar a vida do doente. A nosso entender, há uma diferença entre não se aplicar uma terapêutica quando ainda se pode salvar o paciente que apresenta uma doença aguda e aplicar estas mesmas medidas em um paciente portador de doença terminal^{24,25}.

Neste aspecto, são utilizados os termos cuidados ordinários e cuidados extraordinários (ou proporcionados e desproporcionados, respectivamente).

O meio ordinário é aquele com baixo risco para o paciente e alto benefício, não traz vergonha nem dor, sem prolongamento da morte ou redução na qualidade de vida. É obrigatório para a preservação da vida. A não-aceitação destas medidas, por parte do doente, seria qualificada como suicídio²⁶.

O cuidado extraordinário é aquele que não oferece benefícios, traz sofrimento, vergonha, prolongamento da morte ou alteração da qualidade de vida. Compete ao médico distinguir entre enfermidade que ameaça a vida de alguém que pode se recuperar, doença terminal e agonia. No paciente terminal, são consideradas como ordinárias as medidas que mantêm o paciente em situação confortável e num doente agônico, qualquer intervenção pode ser desproporcionada²⁷.

O juízo moral de uma omissão depende: do motivo ou da intenção, da participação do paciente nas decisões, consideração do risco de morte e se o paciente está agonizando. Quando há um consenso sobre a irreversibilidade da doença, a prioridade será a não-maleficência^{28,29,30}.

Note-se que o não curar é diferente do não cuidar. Trata-se de omissão o não cuidar, o abandonar um paciente por este apresentar moléstia incurável e irreversível.

E aqui cabe ressaltar o termo eutanásia indireta, na qual a administração de drogas para alívio da dor leva à morte, indiretamente. Nos dizeres do papa Pio XII: “Se a administração de narcóticos causa, por si mesma, dois efeitos distintos, a saber, de um lado o alívio das dores e, do outro, a abreviação da vida, é lícita”³¹.

Muitas vezes a dor física do paciente agônico não é efetivamente tratada por se temer a morte do mesmo como consequência indireta. Porém, não é ético deixar

24 HORTA, M. P. Eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer. *Bioética*, v. 7, p. 27-34, 1999.

25 KÓVACS, M. J. Aspectos éticos referentes a abreviação da vida: eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido. In: *A questão ética e a saúde humana*. São Paulo: Atheneu, 2006. p. 165-188.

26 PIVA, J. P.; CARVALHO, P. R. A. Considerações éticas nos cuidados médicos do paciente terminal. *Bioética*, v. 1, p. 129-88, 1993.

27 PIVA, J. P.; CARVALHO, P. R. A. Considerações éticas nos cuidados médicos do paciente terminal. *Bioética*, v. 1, p. 129-88, 1993.

28 DRANE, J. *El cuidado del enfermo terminal*. USA: OPAS, 1999.

29 KIPPER, D. O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas para nossa realidade. *Bioética*, v. 7, p. 59-68, 1999.

30 PIVA, J. P.; CARVALHO, P. R. A. Considerações éticas nos cuidados médicos do paciente terminal. *Bioética*, v. 1, p. 129-88, 1993.

31 HORTA, M. P. Eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer. *Bioética*, v. 7, p. 27-34, 1999.

uma pessoa morrer em extremo sofrimento, havendo meios para aliviá-lo, pois um dos pilares da medicina é o alívio da dor. A equipe cuidadora do paciente, neste caso, deve sempre se pautar para que os seus atos sejam bons, com intenções corretas e com equilíbrio entre os efeitos positivos e negativos³².

Outro aspecto ético que merece reflexão é a diferença entre não aplicar terapia e retirar terapia em paciente terminal. Não há diferença entre as duas ações desde que se chegue à conclusão que a terapia tornou-se irracional e desproporcionada. É uma atitude que só pode ser tomada quando há um consenso da equipe que assiste ao paciente de que este se encontra em fase de morte inevitável e deve haver aceitação e consentimento do próprio paciente ou de sua família. Deve-se enfatizar, mais uma vez, que, com a suspensão do suporte de vida, há de se continuar com cuidados de higiene, conforto e controle da dor e do sofrimento³³.

O paciente em estado terminal precisa ser visto pela medicina moderna como um ser integral e digno. A partir deste aspecto, surgiram os cuidados paliativos (*hospice*), onde a morte é reconhecida como processo inevitável, integrante da vida, em que o paciente não é abandonado por estar fora de terapêutica curativa, permitindo que o paciente e sua família tenham conforto físico, emocional, espiritual e social por parte de equipe multidisciplinar, sendo respeitadas suas decisões, inclusive com a possibilidade de recusar prolongamento da agonia e escolher o lugar onde queira morrer^{34,35}.

Assim, a medicina deve retomar sua vocação humanitária, reconhecendo no moribundo o seu protagonismo neste processo, pautando as ações na autonomia individual e familiar e no respeito à vida.

2 ORTOTANÁSIA, UMA VISÃO MÉDICA

Na prática médica, temos observado que a não-aplicação da ortotanásia ocorre por medo do médico frente a um processo judicial.

Como já citamos anteriormente, o médico tem uma formação deficitária em assuntos que versam sobre a morte e a terminalidade da vida e, em muitos casos, não se fala sobre cuidados paliativos durante o curso; assim, não consegue abordar este assunto com o paciente e seus familiares.

Além disso, tem desaparecido a figura do médico que acompanha o paciente durante toda a sua enfermidade. Ele é tratado por diversos especialistas que acabam por orientar o paciente a procurar um pronto-socorro em caso de piora do quadro clínico. Ao chegar às mãos do médico emergencista, em agonia, por falta de informações mais detalhadas, o paciente é submetido à reanimação cardiopulmonar, ventilação mecânica

32 DRANE, J. *El cuidado del enfermo terminal*. USA: OPAS, 1999.

33 PIVA, J. P.; CARVALHO, P. R. A. Considerações éticas nos cuidados médicos do paciente terminal. *Bioética*, v. 1, p. 129-88, 1993.

34 DRANE, J. *El cuidado del enfermo terminal*. USA: OPAS, 1999.

35 DRANE, J.; PESSINI, L. *Bioética, medicina e tecnologia: desafios éticos na fronteira do conhecimento humano*. São Paulo: Loyola, 2005.

nica e introdução de drogas vasoativas, gerando uma situação distanásica. Ocorrendo o óbito, os familiares aguardam que lhes seja fornecido um atestado, mas, pelo contrário, o paciente é encaminhado ao serviço de verificação de óbito, submetido à necropsia, aumentando o sofrimento dos seus.

Se o paciente encontra-se internado, as ordens de não-reanimação são transmitidas de maneira verbal, sem registro em prontuário. Se a agonia do paciente ocorre durante um plantão, o plantonista opta por agir, a fim de que não seja acusado por omissão de socorro. Ação esta que é gerada pelo medo. E que, no seu pensar, foi feito o que tinha que ser, o problema, agora, é do próximo plantonista.

Outra opção, neste caso, seria o falso relato de reanimação, incorrendo o médico em ação criminosa para que não seja acusado de homicídio.

O medo também inibe o franco diálogo com o doente e seus familiares. Há o receio do médico ser incompreendido e acusado por estes por práticas eutanásicas.

Isto ocorre também na retirada de medidas extraordinárias instituídas. É um processo problemático mesmo nos casos de morte encefálica documentada. Uma vez iniciada, é difícil a retirada, remetendo à idéia de estar sendo cometida uma eutanásia.

O mesmo pode se dizer sobre a terapia para alívio da dor. Um dos medos recorrentes é do paciente se viciar, e outro, de o paciente morrer em decorrência da medicação. Sobre a morte decorrente do alívio da dor, já debatemos no capítulo anterior. Sobre o vício, vemos que não há sentido nesta preocupação, pois se trata de paciente terminal em sofrimento e, neste momento, tudo tem que ser feito para que esteja o mais confortável possível.

3 A ORTOTANÁSIA E A JUSTIÇA

Para que melhor se possa entender nosso posicionamento sobre a ortotanásia, faz-se necessário o estudo de alguns conceitos jurídicos que embasam a possibilidade da pessoa, quando acometida por moléstia grave e incurável, escolher como e onde morrer, sem que o Estado intervenha nisso, determinando algo que apenas é de interesse exclusivo da pessoa.

3.1 Princípios constitucionais básicos aplicados ao estudo

Primeiramente, faz-se necessário que analisemos alguns princípios que devem ser observados e seguidos quando da interpretação da possibilidade jurídica do assunto em pauta.

Tais princípios, erigidos na nossa Carta Magna, não podem ser esquecidos e devem ser sempre considerados quando discutimos se a nossa legislação permite, ou não, a ortotanásia.

De plano, no nosso entender, já podemos afirmar, ainda que fruto de discussão posterior, que não há, no nosso ordenamento positivo, norma proibitiva à prática da ortotanásia.

É sabido que a nossa legislação encontra-se muito atrás do desenvolvimento científico e técnico. A discussão sobre a prática da ortotanásia é assunto muito atual no nosso País, embora antigo se historicamente considerarmos que sequer foi contemplado por nossos legisladores, em que pesem diversos projetos de lei ainda não votados neste sentido.

Desta forma, para que possamos efetuar um juízo de valor sobre sua possibilidade, é necessário que efetuemos uma análise dos princípios norteadores do nosso ordenamento jurídico, desposados de qualquer conceito que possamos ter sobre o assunto.

3.1.1 Princípio da legalidade

O art. 5º da nossa Constituição Federal, em seu inciso II, dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Este dispositivo, de grande importância, nos garante que somente a lei é que pode nos obrigar a qualquer atitude ou conduta. Visa, esse dispositivo, impedir abusos do Estado no sentido de, sem amparo legal, nos obrigar a fazer ou deixar de fazer algo que não nos é impingido pela lei.

Como nos ensina Alexandre de Moraes “tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral”³⁶.

3.1.2 Princípio da dignidade humana

Um dos princípios mais basilares e, ao mesmo tempo, bastante controvertido, o princípio da dignidade humana, previsto em diversas legislações, inclusive a pátria, mas que ainda é atingido por conceitos subjetivos que acabam por impor-lhes a interpretação subjetiva e não objetiva, como deveria ser.

O art. 1º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso III, dispõe que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos, “a dignidade da pessoa humana” e complementa, em seu art. 5º, inciso III, que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Entendemos que este princípio em muito se aplica ao assunto em tela. Mais do que um princípio, a Constituição Federal expressa que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da nossa pátria, ou seja, é algo que nem se admite discussão porque faz parte do alicerce do nosso ordenamento jurídico.

Em diversas legislações, disciplina-se esse princípio, podendo citar, como exemplo, as constituições italiana, alemã, portuguesa e espanhola, entre outras.

Mas, o que seria dignidade da pessoa humana? Qual o conceito exato deste termo? Tais perguntas encontram diversas respostas, se a fundarmos num conceito

36 MORAES, A. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 36.

subjetivo, mas, como a lei não pode ser subjetiva, nem sua interpretação, acreditamos que devemos nos socorrer, aqui, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948 que, em seu preâmbulo proclama “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]” e complementa, no art. 1º que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Concluímos, então, sem efetuar qualquer análise subjetiva, que a Constituição Federal, ao proclamar o respeito à dignidade humana, consagrou que a dignidade deve ser aferida por cada pessoa, em razão de sua própria consciência, permitindo que essa pessoa possa fazer o que entenda digno e limitando, apenas, o que for considerado indigno como conceito social.

Desta forma, quando o legislador constituinte proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante, o fez de forma a proteger não o interesse social, mas o interesse individual.

A previsão legal da tortura ocorreu apenas em 1997 com a Lei nº 9.455 e, hoje, não mais se discute qual prática pode ser considerada como tortura, exceto a que constringe alguém, com emprego de violência ou grave ameaça, de forma a causar-lhe sofrimento físico ou mental.

O foco de nossa discussão é justamente a impossibilidade de tratamento desumano ou degradante.

O que seria um tratamento desumano ou degradante?

Se essa pergunta for efetuada a diversas pessoas, teremos conceitos diversos que divergem no que concerne ao costume, à religião, à idade e a outros fatores individuais.

Deixamos aqui apenas uma questão, para que o leitor possa meditar sobre ela: não seria desumano ou degradante prolongar a vida de uma pessoa, em vão, impingindo-lhe dor e sofrimento desnecessários, em troca de apenas alguns dias a mais de vida?

3.1.3 Princípio da inviolabilidade à intimidade, vida privada, honra e imagem

Ainda no art. 5º de nossa Carta Magna, em seu inciso X, o legislador constituinte erigiu à categoria de garantia individual, a intimidade, vida privada, honra e imagem do ser humano. Dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Diversas interpretações, para diversos ramos do Direito, podem ser efetuadas a partir deste princípio, mas, para nosso interesse, nos atemos ao âmbito familiar, ou seja, o direito que cada pessoa tem no seu âmbito familiar, que deve ser respeitado e que não pode sofrer influência externa.

Aqui não se fala apenas na imagem de pessoas públicas, mas também na vida privada de qualquer ser humano, que não pode ser invadida por um ordenamento jurídico, contrariando a vontade de seu titular.

O Estado, no que concerne à delicada relação familiar, deve utilizar-se de intervenção mínima, para que não acabe por ditar regras de convivência que serão ignoradas.

Todo ser humano tem direito a sua intimidade, ou seja, de fazer aquilo que entende como correto e que não infrinja nenhuma lei, sem que, para isso, tenha de sofrer intervenção estatal.

3.2 Dispositivos do Código Civil brasileiro aplicáveis

A nossa legislação civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, também nos apresenta dispositivos que nos remetem, por sua interpretação, à possibilidade jurídica da prática da ortotanásia. Embora preveja que a pessoa não possa dispor de seu próprio corpo, exceto por exigência médica, quando isso importar em diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes (art. 13), também disciplina que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica (art. 15).

A análise conjunta destes dispositivos nos leva à conclusão de que a pessoa não pode dispor de seu próprio corpo, embora não exista sanção para tal conduta, mas não é obrigada a sujeitar-se a qualquer tratamento médico, mesmo porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei.

Um doente em fase terminal, portanto, pode dispor do tratamento e deixar que a morte chegue a seu tempo, se esta for sua vontade ou, se incapaz, de sua família.

Entendemos que as leis civis, no mesmo diapasão das normas constitucionais, acabam por proteger a prática da ortotanásia, uma vez que autoriza a pessoa, expressamente, a recusar um tratamento legal.

A ortotanásia nada mais é do que a recusa a tratamentos médicos resultantes da obstinação terapêutica para permitir que a pessoa possa ter uma morte mais digna, com seus entes queridos, o que nos parece ser amparado pela própria lei civil.

3.3 Dispositivos e interpretações do Código Penal aplicáveis

Talvez, um dos maiores receios, sobretudo dos médicos, como já vimos, é a possibilidade de serem acusados, quando da prática da ortotanásia, de homicídio, doloso ou culposos.

Em que pese a existência abstrata desta possibilidade, entendemos que não seria o caso de, efetivamente, algum médico vir a ser condenado por essa prática.

A eutanásia é homicídio. O que não podemos entender como crime, ou seja, um fato típico e antijurídico, é a ortotanásia, quando a morte não decorre da ação do médico,

mas de ação natural, agindo o médico tão-somente no afã de diminuir a dor e o sofrimento do doente terminal, para que possa ter uma morte serena, no seu tempo certo.

Lembramos que, para o Direito Penal, somos donos do nosso próprio corpo e com ele podemos fazer o que bem entendermos, desde que não resulte prejuízo para outras pessoas.

Uma pessoa que tenta o suicídio, mas não consegue seu objetivo, não é punida, por atipicidade da conduta, ou seja, sua conduta não é prevista como fato criminoso na nossa legislação.

Nem poderia ser. A vida é de cada pessoa e, se esta resolve pôr um fim a ela e não consegue, não tem o Estado direito de punir uma pessoa que fez sua escolha. No mesmo sentido, se alguém resolve agredir seu corpo ou mesmo mutilá-lo (excluindo a hipótese de assim agir para conseguir uma indenização previdenciária, que configuraria crime por estar atingindo terceiro) a pessoa não será punida pois pode agir autonomamente.

Nesta seara, temos diversas práticas atuais que demonstram uma forma de vilipendiar o corpo, que por questões estética, religiosa ou cultural, não configuram crime: furar orelha para colocar brincos; fazer tatuagem; colocar *piercing*; aumentar os seios com silicone; efetuar cirurgia plástica; colocar argolas para aumentar o pescoço.

A própria sociedade já demonstrou que isto é possível, não configurando lesão corporal quem efetua, por exemplo, um furo na orelha de sua filha recém-nascida.

Da mesma forma, entendemos não constituir crime quem permite ao paciente terminal que a morte chegue a seu tempo certo, sem dor e serenamente.

Se esta não é a função do médico, ou seja, de cuidar do paciente, entendendo-se aí a prática de condutas para salvar sua vida, quando possível e, se impossível, de minorar seu sofrimento, não conseguimos entender qual a função de um médico.

O Direito Penal nos traz alguns argumentos que levam a interpretar a lisura e a licitude da atitude médica que respeita a vontade de um doente terminal e de sua família. Como bem afirma Maria Auxiliadora Minahim, “a proteção do Direito penal ao bem jurídico vida que se fazia de forma absoluta é relativizada, na sociedade contemporânea, com a emergência de novos valores, como o da liberdade de escolha e dignidade da pessoa humana”³⁷.

3.3.1 Relação de causalidade

O Código Penal, em seu art. 13, disciplina que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputado a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Somente pode ser alguém condenado por um crime cuja conduta, seja omissiva ou comissiva, tenha causado um resultado.

37 MINAHIM, M. A. *Direito penal e biotecnologia*. São Paulo: RT, 2005. p. 213.

Se a morte era certa, se o doente terminal morreu em virtude da doença e não da conduta do médico, não pode ser este condenado pela prática de homicídio.

Também entendemos que não se pode sequer cogitar da omissão de socorro, pois o médico, ao ser informado pelo doente ou sua família de sua opção, vai socorrer o paciente minorando sua dor, deixando apenas de prorrogar uma vida que, na prática, já não mais existe.

Na ortotanásia, a causa da morte é natural, motivada pela própria doença terminal ou por alguma complicação decorrente desta, e não por uma ação ou omissão do médico, o que aconteceria na eutanásia, motivo pelo qual não vislumbramos como se possa afirmar da existência da relação de causalidade.

Em que pese o fato de que a conduta do médico poderia prorrogar aqui a “vida” do paciente, mesmo que com inúmeros sofrimentos, custo e dor, não conseguimos vislumbrar como pode ser acusado por um fato que lhe era impossível evitar.

A morte, na ortotanásia, ocorre em decorrência do curso natural da vida humana. O único que, nesta hipótese, não pode ser culpado, pois apenas agiu de acordo com o pedido assistido do paciente e de sua família, é o médico.

3.3.2 Relevância da omissão

Certo é que, para o Direito Penal, existem crimes comissivos (cometidos mediante uma ação) e omissivos (cometidos mediante uma omissão). Entretanto, nem toda omissão é juridicamente relevante, senão aquela que evitaria o resultado.

É disposto no art. 13, § 2º, que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a. tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b. de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c. com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

A omissão, portanto, capaz de gerar uma responsabilização penal, no nosso entender, é aquela que provoca o resultado.

Se o resultado foi provocado por fator diverso, não há que se falar em omissão penalmente relevante, até porque, no caso da ortotanásia, e insistimos, tão-somente no caso da ortotanásia, o médico não tinha obrigação de evitar a morte. A sua obrigação de cuidar o fez quando, por vontade do doente ou sua família, tirou-lhe a dor. Não havia também assumido responsabilidade de impedir o resultado, pois sabe que não tem poder frente à morte e, jamais, é capaz de impedi-la, em casos terminais, quando o corpo já padeceu o suficiente e não existe mais condições naturais de sobrevida. Por último, não foi o médico quem provocou a doença na pessoa, portanto, não criou o risco da ocorrência do resultado.

Sem medo de parecermos enfadonhos, o que aqui se escreveu entendemos de plena aplicação com a ortotanásia, e só ela, conforme já explicado anteriormente.

3.3.3 Inexigibilidade de conduta diversa

Se superadas as alegações de inexistência de conduta que fosse capaz de gerar o resultado, como dito anteriormente, ainda há que se ter em mente a possibilidade do aplicador do Direito sempre utilizar a inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, uma causa supralegal de exclusão de culpabilidade.

A inexigibilidade de conduta diversa é aceita, sem muita discussão, como uma forma, embora não prevista em lei, de exclusão da culpabilidade, ou seja, a conduta, mesmo que considerada existente e capaz de gerar um resultado, o que se admite aqui apenas a título de argumentação, não é culpável, o que impede a aplicação de pena.

No Direito Penal Pátrio, para que alguém venha a ser condenado por um crime e possa receber uma pena, não basta que exista o crime, fato típico e antijurídico, mas faz-se necessário que esse fato seja culpável, ou seja, que a pessoa seja capaz, tenha consciência da ilicitude de seu ato e que lhe fosse exigido, no caso concreto, outra conduta.

Tal aceitação, embora não tipificada, já era defendida por Aníbal Bruno “a não-exigibilidade vale por um princípio geral de exclusão da culpabilidade, que vai além das hipóteses tipificadas no Código e pode funcionar também com esse caráter nos casos dolosos em que de fato não seja humanamente exigível comportamento conforme ao Direito. Esta aplicação encontra, sobretudo, oportunidade nos crimes por omissão em que a pressão da situação total do momento anula no agente a capacidade de agir em cumprimento ao dever que lhe incumbe, deixando-o inativo, a permitir que se consuma o resultado danoso”³⁸.

Seria humano exigir que o médico, mesmo contra a vontade do paciente e de sua família, prorrogue a dor e o sofrimento de um paciente, apenas para dar-lhe algumas horas ou dias de sobrevida?

Entendemos que não. O médico, no seu agir de cuidador, deve fazer o melhor para a saúde da pessoa, aí considerando a saúde física, psicológica e social. Aquele que obedece a um pedido, que na realidade é uma ordem, pois o corpo humano pertence ao paciente, e não o ressuscita, para que volte a dor incurável, não podia agir de outra forma.

O médico não é uma máquina desprovida de sentimentos. Não pode, assim, agir de forma não humana, apenas por medo, fazendo com que uma pessoa, desenganada, sem qualquer chance de vida, dure algumas horas a mais, com dor, longe de seus familiares, apenas por um capricho do Estado, ou mais do que isso, por uma hipocrisia deste, uma vez que, até matar-se ou tentar, o Estado permite ao cidadão.

Querer impingir ao médico a obrigação de provocar o sofrimento e a dor a uma pessoa foge, na nossa visão, de tudo que entendemos como obrigação médica.

Então, o médico que permite que a morte venha no seu tempo certo e sem dor está agindo da forma mais correta: cuidando do paciente e evitando um sofrimento inútil e extraordinário.

38 JESUS, D. E. *Direito penal* – Parte geral. São Paulo: Saraiva, v. 1., 2003. p. 484.

4 A ORTOTANÁSIA NO MUNDO

Algumas legislações já permitem, não apenas a ortotanásia, como até a eutanásia. Na Holanda, o Ministério Público local, mesmo não podendo revogar a lei existente, “assumiu uma postura ponderada sobre o assunto, respeitando profundamente a liberdade da atividade médica quando da definição de um caso de eutanásia (*vix artis*). Isto revelou que o Estado, detentor do *jus puniendi*, passou a adotar uma política mais tolerante em relação à eutanásia”³⁹.

Hoje, embora não tenha sido o Código Penal holandês revogado, há a autorização expressa da prática da eutanásia quando, em 10 de abril de 2001, o senado, por maioria, legalizou a sua prática, respeitando-se alguns limites, dentre eles: o parecer, não apenas do médico que assiste ao paciente, como um outro profissional; a informação da gravidade da doença e suas conseqüências ao paciente e à família que poderá, querendo, solicitar voluntariamente a prática da eutanásia; a doença deve ser incurável e o sofrimento do paciente insuportável.

No Uruguai, a eutanásia também se encontra legalizada e, na Espanha, a eutanásia ativa é considerada como causa de diminuição de pena.

A França, a Bélgica e o Canadá já autorizam a interrupção de tratamento extraordinário, sem qualquer limitação, em pacientes terminais⁴⁰.

Nos Estados Unidos e na Alemanha, diversas autorizações judiciais já existiram privilegiando a ortotanásia e a eutanásia, como lembramos os casos de *Karen Ann Quinlann*, nas décadas de 1970 e 1980, *Nancy Cruzan*, na década de 1990 e *Terri Schiavo*, de 1990 a 2005⁴¹.

5 A ORTOTANÁSIA NO BRASIL

Não existe, ainda, norma brasileira que expressamente preveja a ortotanásia. O que temos são entendimentos jurídicos, médicos e bioéticos sobre o assunto, bastante divergentes, alguns refutando e outros aceitando.

Nosso entendimento é de que a lei, ainda que de forma não expressa, protege a prática da ortotanásia, por tudo que já foi dito anteriormente.

O ser humano é dono de sua vida e de seu corpo. Tem ele o direito, agora, de escolher até quando quer que seus filhos nasçam, se querem conceber menino ou menina, entre outras escolhas, esquecendo que isso deveria ser natural. Pode se ferir, ferir seus filhos e até tentar se matar sem que isso configure crime.

Tem autonomia de decidir sobre todos os aspectos civis de sua vida, tem direito à dignidade, e à inviolabilidade de intimidade, vida privada, honra e imagem.

39 OLIVEIRA, William Terra de . Eutanásia na Holanda: um paradigma de desenvolvimento. In: *Caderno Jurídico – Bioética e Biodireito*. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, a. I, n. 2, 2001. p. 85.

40 VIEIRA, T. R. *Bioética e direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

41 MÖLLER, L. L. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 39.

Não pode ser submetido a tratamento desumano ou degradante, não podendo, assim, ser obrigado a submeter-se a um tratamento degradante, com a prorrogação inútil de sua vida.

Pode recusar tratamentos médicos, e a pessoa que está em fase terminal, mais do que risco de vida, tem a certeza da morte, portanto, jamais poderá ser obrigada a submeter-se a um tratamento que não deseja, até porque, ninguém é obrigado a fazer nada, senão em virtude da lei.

Se não existe lei que obrigue a pessoa a viver, não pode haver interpretação legal de que o médico é obrigado a prorrogar a vida de uma pessoa, quando sabe que esse procedimento é infrutífero.

Desta forma, entendemos que a lei, embora de forma indireta, protege o médico contra qualquer demanda civil, quando pratica a ortotanásia requerida pelo paciente terminal.

No âmbito penal, não vislumbramos de forma diferente.

O médico, quando deixa de ressuscitar alguém para mantê-lo vivo artificialmente, não está provocando a morte, pois esta já aconteceu. Portanto, sua conduta não pode ser considerada como a provocante do resultado morte, afastando a necessária relação de causalidade.

Existem projetos de reforma do Código Penal que, de uma vez por todas, se aprovados, colocarão um ponto final nesta discussão, ao menos ao que concerne do ponto de vista jurídico. O Projeto da Parte Especial do Código Penal brasileiro, Portaria nº 304, de 17 de julho de 1984, no § 3º do art. 121 prevê que “não constitui crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestada, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão”.

A 1ª Subcomissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal brasileiro de 1993 sugeria que fosse inserido um § 6º no art. 121 que disciplinaria que “não constitui crime a conduta de médico que omite ou interrompe terapia que mantém artificialmente a vida de pessoa, vítima de enfermidade grave e que, de acordo com o conhecimento médico atual, perdeu irremediavelmente a consciência ou nunca chegará a adquiri-la. A omissão ou interrupção da terapia devem ser precedidas de atestação, por dois outros médicos, da iminência e inevitabilidade da morte, do consentimento expresso do cônjuge, do companheiro em união estável, ou na falta, sucessivamente, do ascendente, do descendente ou do irmão e de autorização judicial. Presume-se, concedida a autorização, se feita imediata conclusão dos autos ao Juiz, com as condições exigidas, o pedido não for por ele despachado no prazo de três dias”.

Ainda em 1998, outro anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal também disciplinava o assunto considerando como causa de exclusão de ilicitude, a ortotanásia, ao fazer constar, no texto do art. 121 do Código Penal que “não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão”.

Neste mesmo diapasão, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.805/2006 que permitia aos médicos, “na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal”.

Não se tratava, como muitos disseram, da legalização da ortotanásia até porque não compete ao CFM legislar.

Entretanto, tal resolução tinha por escopo dar diretrizes de como deve o médico agir quando estiver diante de uma situação típica de ortotanásia e, ao mesmo tempo, tinha o efeito interno de não ser autorizada, por exemplo, a perda do registro médico ao profissional que agisse nos estreitos liames da resolução.

Não era, entendemos, uma autorização para a ortotanásia até porque, repetimos, não achamos que ela, por nossa legislação, possa ser considerada conduta punível. Assim, não estava o CFM legislando, mas apenas disciplinando a conduta médica.

A resolução visava disciplinar uma conduta que, sabemos e não podemos agir com hipocrisia, é corriqueira nos dias atuais.

A referida resolução obrigava ao médico, antes de suspender os tratamentos ou procedimentos desnecessários num doente terminal, que esclarecesse o paciente e seus familiares sobre as circunstâncias da doença e suas implicações, registrasse isso verdadeiramente no prontuário médico e que aplicasse ao paciente todos os procedimentos que lhe garantisse um conforto físico, psíquico, social e religioso. Autorizava a alta hospitalar, quando a internação não mais fosse surtir qualquer efeito, para que a pessoa pudesse ter, com seus familiares, uma morte digna e livre de dor e sofrimento. Referida resolução, datada de 9 de novembro de 2006, encontra-se suspensa por decisão da 14ª Vara Federal da Justiça Federal do Distrito Federal, de novembro de 2007.

Entendemos que estamos na contramão do Direito mundial e da prática dos direitos humanos, mas acreditamos que tal interpretação, com o tempo, será mudada, para que possamos ter o direito de escolher se queremos uma morte dolorida ou sem dor quando portadores de uma doença incurável em fase terminal, afinal, o médico não é obrigado, por nenhum ordenamento jurídico, a prorrogar a vida de um paciente cuja morte é certa, impingindo-lhe dor, exceto se isso foi expressamente solicitado pelo paciente.

CONCLUSÃO

A ortotanásia é a morte no seu tempo certo, ou seja, a morte como decorrência do fenômeno natural da vida.

Todo ser humano está dentro de um ciclo natural, no qual, após o nascimento, a única certeza é a morte. Algumas vezes estas mortes ocorrem sem qualquer aviso, quer seja num acidente ou de outra forma que leve à morte instantânea. Deste caso, não cabe a discussão da ortotanásia.

Em outras situações, entretanto, a morte é um fenômeno já esperado, pois a vida se esvai em decorrência de uma doença fatal e irreversível. Neste caso, discute-se a ortotanásia.

Atualmente, a morte acabou sendo algo automático, frio, muitas vezes com dor e sofrimento do doente, longe de sua família e de seus entes queridos. Deixou de ter o encanto de outrora, quando o moribundo podia explicar as suas vontades, desculpar-se de algo, perdoar alguém, ou seja, ficar tranqüilo no seio de sua família.

A principal motivação desta mudança é o medo, natural nos profissionais de saúde, de poderem vir a responder criminalmente por deixar que a morte chegue em seu tempo certo.

Entendemos que precisamos deixar de hipocrisia. Se a morte é certa, esta deve ser, sempre que possível, da melhor forma possível ao doente. De nada adianta darmos ao moribundo alguns instantes a mais de vida se estes instantes forem repletos de dor.

A prática da ortotanásia nada mais é do que deixar, em casos extremos, que o indivíduo desenganado tenha uma morte digna e tranqüila, ministrando-lhe medicação para que não tenha dor e que o término de sua vida possa ser o mais sereno possível.

A nossa legislação ainda é falha nesse assunto. Ela não autoriza e, entendemos, não proíbe que seja, obedecida toda a cautela possível e necessária, efetuada a ortotanásia, quando requerida pelo doente.

Não confundimos a ortotanásia com a eutanásia, ativa ou passiva. Não estamos falando num encurtamento da vida, mas que ela dure exatamente o que tem de durar, com a menor quantidade de dor e sofrimento possível.

A dignidade da pessoa humana, nestes casos, é que está em jogo. Submeter um doente terminal a um tratamento desumano, deixando-o com dores e sofrimento, apenas para prolongar sua “vida” por alguns momentos, não pode ser o objetivo da proteção legal à pessoa.

Apenas por comparação, lembramos que o indivíduo pode cometer o suicídio e, mesmo que não resulte morte, não será punido pois a lei entende ser ele detentor de sua vida. No mesmo sentido, entendemos que, se a pessoa não quer ser reanimada, quando isso em nada mudará seu destino, não pode ser o médico obrigado a efetuar tal prática apenas por medo.

A ciência avança com uma velocidade muito superior às mudanças legais. Não podemos, entretanto, por força disso, pararmos no tempo e fingirmos que o avanço científico não existe, apenas por comodidade ou hipocrisia.

Entendemos que a ortotanásia não é matar alguém, mas deixar de forçar o médico a atuar como se fosse Deus.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBANO, L. M. J. *Biodireito – os avanços da genética e seus efeitos ético-jurídicos*. São Paulo: Atheneu, 2004.

ALVES, R. B. *Caderno Jurídico – Bioética e Biodireito*. São Paulo: Escola Superior do Ministério

- Público de São Paulo/Imprensa Oficial, a. I, n. 2, 2001.
- CORREA, E. A. A.; GIACOIA, G.; CONRADO, M. (Coord.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana – diálogo entre a ciência e o direito*. Curitiba: Juruá, 2007.
- COSTA, P. S. W. A. (Coord.). *Direitos humanos em concreto*. Curitiba: Juruá, 2008.
- COSTA, S. I. F.; GARRAFA, V.; OSELKA, G. (Org.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.
- DINIZ, M. H. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DRANE, J. *El cuidado del enfermo terminal*. USA: OPAS, 1999.
- DRANE, J.; PESSINI, L. *Bioética, medicina e tecnologia: desafios éticos na fronteira do conhecimento humano*. São Paulo: Loyola, 2005.
- ESSLINGER, I. *De quem é a vida afinal?* São Paulo: Casa do Psicólogo e Loyola, 2004.
- FABRIZ, D. C. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- FRANÇA, G. V. Eutanásia: um enfoque ético-político. *Bioética*, v. 7, p. 71-82, 1999.
- GAFO, J. *Bioética teológica*. Madri: Comillas, 2003.
- _____. *Dez palavras-chave em bioética*. Gráfica de Coimbra, 1996.
- _____. *Eutanásia y ayuda al suicídio*. Descleé de Brouwer, 1999.
- GARRAFA, V.; KOTTOW, M.; SAADA, A. (Org.). *Bases conceituais da bioética – enfoque latino-americano*. São Paulo: Gaia, 2006.
- GOGLIANO, D. Pacientes terminais – morte encefálica. *Bioética*, v. 1, p. 145-56, 1993.
- HORTA, M. P. Eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer. *Bioética*, v. 7, p. 27-34, 1999.
- JACINTHO, J. M. M. *Dignidade humana – Princípio constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.
- JESUS, D. E. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003.
- KIPPER, D. O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas para nossa realidade. *Bioética*, v. 7, p. 59-68, 1999.
- KÓVACS, M. J. Aspectos éticos referentes a abreviação da vida: eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido. In: *A questão ética e a saúde humana*. São Paulo: Atheneu, 2006.
- MEIRELLES, J. M. L. (Coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2007.
- MINAHIM, M. A. *Direito penal e biotecnologia*. São Paulo: RT, 2005.
- MÖLLER, L. L. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2007.
- MORAES, A. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.
- MORITZ, R. D. Os profissionais de saúde diante da morte e do morrer. *Bioética*, v. 13, p. 51-63, 2005.
- MOTA, J. A. C. Quando um tratamento torna-se fútil? *Bioética*, v. 7, p. 35-38, 1999.
- OLIVEIRA, R. A. Terminalidade da vida em situação de morte encefálica e de doença incurável em fase terminal. *Bioética*, v. 13, p. 77-83, 2005.
- OLIVEIRA, S. B. *Da bioética ao direito – Manipulação genética e dignidade humana*. Curitiba: Juruá, 2006.
- OLIVEIRA, William Terra de. Eutanásia na Holanda: um paradigma de desenvolvimento. In: *Caderno Jurídico – Bioética e Biodireito*. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, a. I, n. 2, 2001.
- PESSINI, L. Distanásia: até quando investir sem agredir? *Bioética*, v. 4, p. 31-43, 1996.

- _____. Questões éticas-chave no debate hodierno sobre a distanásia. In: *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003.
- PIVA, J. P.; CARVALHO, P. R. A. Considerações éticas nos cuidados médicos do paciente terminal. *Bioética*, v. 1, p. 129-88, 1993.
- POST, S.G., ed., *Encyclopedia of Bioethics 3rd edition*. USA, 2004.
- REIS, J. J. O cotidiano da morte no Brasil oitocentista. In: *História da vida privada no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, v. 2, 1997.
- SÁ, M. F. F. *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SÁ, M. F. F.; NAVAES, B. T. O. (Coord.). *Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SIQUEIRA, J. E. Reflexões éticas sobre o cuidar na terminalidade da vida. *Bioética*, v. 13, p. 37-50, 2005.
- TORRES, W. C. A bioética e a psicologia da saúde: reflexões sobre questões de vida e morte. *Psicol. Reflex. Crit.*, v. 16, 2003.
- VENOSA, S. S. *Direito civil – Parte geral*. São Paulo: Atlas, 2007.
- VIEIRA, T. R. *Bioética – Temas atuais e seus aspectos jurídicos*. Brasília: Consulex, 2006.
- _____. *R. Bioética e direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

AS CINCO GERAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Samuel Antonio Merbach de Oliveira

Doutorando em Filosofia pela PUC/SP, Doutorando em Direito Internacional pela Universidade Autônoma de Assunção, Mestre em Filosofia pela PUC-Campinas, Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas, Mestre em Direito Internacional pela Universidade Autônoma de Assunção, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas, Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Padre Anchieta e Professor do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo examinar a fundamentação histórica e filosófica dos direitos humanos através de suas sucessivas gerações.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos; dignidade humana; direitos fundamentais.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A fundamentação histórica e filosófica dos direitos humanos; 2 A primeira geração de direitos humanos; 3 A segunda geração de direitos humanos; 4 A terceira geração de direitos humanos; 5 A quarta geração de direitos humanos; 6 A quinta geração de direitos humanos; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O estudo do conceito dos direitos humanos conduz, necessariamente, à análise de sua relação com o próprio homem, seu destinatário. Trata-se de introduzir a questão no plano da justificação dos direitos do homem, em razão dos valores que representam ao homem, a partir dos quais lhe possibilitam o desenvolvimento da personalidade, da convivência pacífica e da solidariedade social (Cichocki Neto, 1998, p. 64). Conforme salientavam Aristóteles e Santo Tomás de Aquino, o homem, ser racional, é social por natureza (Oliveira, 2000, p. 2).

Por viver em sociedade, a ação de um homem interfere na vida de outros homens, provocando a reação dos seus semelhantes. Assim, é fundamental a existência de normas jurídicas que disciplinem a convivência social humana. Sem o direito, sobreviria o caos e a sociedade extinguir-se-ia.

Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. “São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir. Este conceito não é absolutamente unânime nas diversas culturas. Contudo, no seu núcleo central, a idéia alcança uma real universalidade no mundo contemporâneo” (Herkenhoff, 1994, p. 30-31).

Nesse contexto, embora diversos ordenamentos jurídicos contenham previsões formais de garantia idênticos ou assemelhados, os direitos humanos podem ser inibi-

dos em dois aspectos no momento de sua conversão prática: um, pela não-inclusão de norma conferidora desse direito; e outro, embora os preceitue como garantias, que não proporcione instrumentos ou mecanismos capazes de torná-los efetivos (Cichocki Neto, 1988, p. 66-67).

1 A FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA E FILOSÓFICA DOS DIREITOS HUMANOS

As origens mais remotas da fundamentação filosófica dos direitos fundamentais da pessoa humana se encontram nos primórdios da civilização, conforme assinala o Código de Hamurabi (Babilônia, século XVIII a.C.), o pensamento de Amenófis IV (Egito, século XVI a.C.), a filosofia de Mêncio (China, século IV a.C.), a República, de Platão (Grécia, século IV a.C.), o Direito Romano e inúmeras culturas ancestrais (Herkenhoff, 1994, p. 51).

Desta forma, diferentes ordenamentos jurídicos da Antiguidade, como as leis hebraicas, estabeleciam princípios de proteção de valores humanos sob a óptica religiosa.

No feudalismo europeu, tivemos o desenvolvimento do jusnaturalismo cristão, tendo Santo Tomás de Aquino como um dos seus maiores expoentes. A lei humana e os poderes políticos estavam subordinados ao direito divino, segundo o qual a proteção do indivíduo seria exercida pela vontade de Deus, expressa nas ações do soberano em seu exercício absoluto de poder. Os valores, considerados fundamentais para os seres humanos, tinham como fonte de legitimidade a vontade divina em sociedades fechadas onde se confundiam o espaço particular de interesse do soberano, do clero e da aristocracia feudal e o espaço de interesse público de toda sociedade. Assim sendo, inexistia a noção da igualdade formal entre indivíduos, uma vez que cada grupo social tinha direitos diferentes. Os senhores feudais, membros da nobreza e do clero, tinham privilégios.

Com efeito, os direitos ou valores fundamentais variam de acordo com o momento histórico-cultural da sociedade. Logo, é impossível a existência de uma única fundamentação dos direitos humanos.

Dessa forma, o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais do homem no mundo alcançaram o seu estágio atual de uma forma lenta e gradual, passando por várias fases históricas. Nesse contexto, ressalta Bobbio (1992, p. 5):

“Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”

Estas etapas da evolução histórica desses direitos são chamadas de gerações, pois foram construídas em diferentes momentos históricos.

Essas gerações, numa primeira análise, representariam a conquista, pela humanidade, de três espécies de direitos fundamentais, amparada nos ideais divulgados especialmente na Revolução Francesa, os quais se resumiam no lema: “Liberdade, igualdade e fraternidade”. Coincidentemente, cada uma dessas expressões representaria uma geração de direitos a ser conquistada.

Por conseguinte, os direitos humanos se afirmaram, historicamente, em três gerações: 1ª Geração – Os Direitos Individuais: os direitos individuais, que pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente; 2ª Geração – Os Direitos Coletivos: os direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta; 3ª Geração – Os direitos dos povos ou os direitos de solidariedade: os direitos transindividuais, também chamados direitos coletivos e difusos e que, basicamente, compreendem os direitos relacionados ao meio ambiente e à questão da paz (Lafer, 1988).

2 A PRIMEIRA GERAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos de primeira geração representam os direitos civis e políticos. Contemplam os direitos individuais que se fundamentam no contratualismo de inspiração individualista, demonstrando claramente a demarcação entre Estado e não-Estado, o qual é composto pela sociedade religiosa e pela sociedade civil. São os direitos que emergem no século XVIII com as Declarações Norte-Americana e Francesa. Conforme Celso Lafer (1988, p. 126): “São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social”. Esses direitos representam a liberdade do homem contra o poder absoluto do Estado.

Acrescenta Celso Lafer (1988, p. 126-127):

“São direitos individuais: (I) quanto ao modo de exercício – é individualmente que se afirma, por exemplo, a liberdade de opinião; (II) quanto ao sujeito passivo do direito – pois o titular do direito individual pode afirmá-lo em relação a todos os demais indivíduos, já que estes direitos têm como limite o reconhecimento do direito do outro, [...] e, (III) quanto ao titular do direito, que é o homem individual na sua individualidade.”

Esta geração estabelece os postulados dos cidadãos diante do Poder Público, buscando controlar e limitar os desmandos do governante, de modo que este respeite as liberdades individuais da pessoa humana.

Os direitos relativos à primeira geração são, portanto, uma limitação do Poder Público, um não-fazer do Estado, uma prestação negativa em relação ao indivíduo.

De fato, conforme descreve Adriana Galvão de Moura em *Constituição e construção da cidadania* (2005, p. 22): “Tais direitos têm por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa”.

Por fim, os direitos antes tidos como imanentes ao homem e, justamente por isso, inalienáveis, tornam-se inaplicáveis (porque fora de um contexto político), ou alienáveis e contingentes (porque dependentes da comunidade). Daí a importância de estudarmos a segunda geração de direitos humanos.

3 A SEGUNDA GERAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos de segunda geração, também denominados de socioeconômicos, surgem no século XX como reivindicação dos excluídos a participarem do “bem-estar social” como, por exemplo, os direitos ao trabalho, à saúde e à educação; sendo o titular de tais direitos o indivíduo e o sujeito passivo, o Estado, pois na interação entre governados e governantes este assume a responsabilidade de atendê-los.

Celso Lafer (1988, p. 127-128) afirma que estes direitos:

“[...] podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo, impedindo, desta maneira, a invasão do todo em relação ao indivíduo, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho.”

O uso amplo da liberdade individual acabou por desequilibrar a sociedade ocidental, criando enormes injustiças sociais. Dessa maneira, tivemos o conflito entre o trabalho e o capital diante de um Estado indiferente e favorecedor da opressão dos trabalhadores pela burguesia.

Nesse contexto, Adriana Galvão Moura em *Constituição e construção da cidadania* (2005, p. 23) salienta que: “As normas constitucionais consagradoras desses direitos exigem do Estado uma atuação positiva, através de ações concretas desencadeadas para favorecer o indivíduo (também são conhecidos como direitos positivos ou direitos de prestação)”.

A segunda geração fundamenta-se no ideário da igualdade, não mais no contexto de deixar de fazer alguma coisa, e sim na exigência de que o Poder Público deve atuar em favor do cidadão.

4 A TERCEIRA GERAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

A terceira geração de direitos humanos refere-se ao direito à paz, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à comunicação, ao desenvolvimento, aos direitos dos consumidores e a vários outros direitos, sobretudo, aqueles relacionados a grupos de pessoas mais vulneráveis: a criança, o idoso, o deficiente físico etc.

No entendimento de Celso Lafer (1988, p. 131), os direitos humanos de terceira geração são aqueles direitos de titularidade coletiva: “O titular destes direitos deixa de ser a pessoa singular, passando a sujeitos diferentes do indivíduo, ou seja, os grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade”.

A terceira geração representa a evolução dos direitos fundamentais, no sentido de proteger os direitos oriundos de uma sociedade modernamente organizada, que se encontra envolvida em diversos tipos de relações, sobretudo, aqueles relativos à industrialização e densa urbanização. Nesta situação, outros direitos precisavam ser garantidos, além daqueles normalmente protegidos, uma vez que essas novas relações devem ser consideradas coletivamente.

Durante o século XX, após grandes conflitos mundiais, novas reivindicações sociais passaram a fazer parte do cenário internacional e das sociedades contemporâneas. As condições para a ampliação do conteúdo dos direitos humanos se apresentavam através de novas contradições e confrontos que exigiam respostas visando à garantia e à proteção da vida e das liberdades.

Com efeito, a terceira geração de direitos humanos compõe-se pelos ditos direitos de titularidade coletiva, ou direitos de solidariedade: meio ambiente, consumidor, direito à paz e ao desenvolvimento; e não teve a sua origem em nenhuma revolução, mas na ação dos países do terceiro mundo que, durante a Guerra Fria, na bipolaridade Leste/Oeste, conseguiram, por meio de ação diplomática, inserir esses novos direitos na agenda internacional.

Durante a Segunda Guerra Mundial, as ditaduras de Hitler, Mussolini e Hiroito foram responsáveis por inúmeras violações dos direitos humanos ocorridas nos campos de concentração nazistas, com o massacre de seis milhões de judeus e de outros grupos minoritários. Nesse período, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana.

Dessa maneira, a partir do pós-guerra desenvolvem-se os direitos dos povos, também chamados de “direitos de solidariedade”, obtendo-se uma classificação que os diferencia em “direitos de liberdade” (os direitos individuais da primeira geração), direitos de igualdade (os direitos sociais, econômicos e culturais da segunda geração), e direitos da solidariedade (novos direitos, ou direitos da terceira geração).

Assim, os direitos dos povos são ao mesmo tempo “direitos individuais” e “direitos coletivos”, e interessam a toda a humanidade.

Em 1945, com o término da Segunda Guerra Mundial, tivemos uma nova realidade mundial. Diante da valorização de um ideal democrático, o mundo se dividiu em dois blocos políticos (Ocidente-Estados Unidos x Comunismo-URSS), sob a grave ameaça da guerra fria verificada após a explosão das bombas atômicas em Hiroxima e Nagasáqui.

Pela primeira vez, o ser humano passou a viver não mais apenas sob a ameaça de guerras culturais, de nações, mas sob o perigo da destruição completa. É a solução final, sem vencedores. Todos vencidos.

Com efeito, em 10 de dezembro de 1948, foi aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e, um dia antes, a Convenção Internacional sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio. Ambas as declarações inauguram uma nova fase da história, que se encontra em pleno desenvolvimento.

Nesse contexto, Bobbio (1992, p. 34) descreve que: “A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro...”.

Portanto, o sentido da história somente pode ser derivado da realidade concreta: os direitos “nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do

poder do homem sobre o homem ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor” (Bobbio, 1992, p. 6).

Nesse contexto, Hannah Arendt (1989, p. 512), na obra *Origens do totalitarismo*, descreve acerca das experiências e das condições que possibilitaram o surgimento de uma forma de opressão política que, em sua essência, difere de todas as outras: o totalitarismo.

Para compreender do fenômeno totalitário, também presente nesta terceira geração de direitos humanos, que segundo Arendt, não podemos mais confiar inteiramente na forma tradicional de conceber o passado, posto que uma ruptura na tradição tornou impossível explicar o consequente em razão do antecedente. Essa ruptura, trazida a termo pela experiência inédita de campos de concentração e fábricas de morte (cf. *Origens do totalitarismo*, parte 2, capítulo 5), faz com que não possamos mais nos aproveitar do passado de forma completa.

O jurista Celso Lafer faz uma importante reflexão entre o pensamento de Arendt e o estudo do Direito, especialmente no que tange aos Direitos Humanos. Em *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com Hannah Arendt* (1988, p. 8), o autor parte do pressuposto de que a preocupação fundamental de todo o pensamento de Arendt é o homem que, na sociedade de massas, moderna e consumista, corre sério risco de perder sua condição, não sentindo o mundo como sua casa e estando prestes a tornar-se um ser descartável.

5 A QUARTA GERAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

A quarta geração de direitos humanos se refere à manipulação genética, à biotecnologia e à bioengenharia, abordando reflexões acerca da vida e da morte, pressupondo sempre um debate ético prévio. Através dessa geração, determinam-se os alicerces jurídicos dos avanços tecnológicos e seus limites constitucionais.

Devido ao grande desenvolvimento da biotecnologia, o direito foi surpreendido por questões até aquele momento não conhecidas, tais como: quais são os limites à intervenção do homem na manipulação da vida e do patrimônio genético do ser humano? Como o direito regula a utilização das novas tecnologias genéticas respeitando os valores bioéticos?

Diante dos avanços da revolução tecnológica e da nova ordem mundial, a quarta geração dos direitos humanos vem suscitando controvérsias em relação aos direitos e obrigações decorrentes da manipulação genética ou do controle de dados informatizados que, muitas vezes, podem ser acessados via Internet de qualquer lugar do mundo. Também denominados “Direitos Difusos”, colocam em evidência os direitos concernentes à evolução biogenética e tecnológica.

Conforme Bobbio (1992, p. 6), entende-se que a quarta geração de direitos humanos refere-se “aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.

Dessa maneira, com os avanços tecnológicos na área da bioética e da bioengenharia traz problemas éticos importantes, visto que os direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia e à bioengenharia, tratam de questões sobre a vida e a morte. Com isso, os Direitos Humanos objetivam a proteção não só do homem enquanto indivíduo, mas também, e, sobretudo, como membro de uma espécie.

Nesse contexto, temos a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, aprovada em 11 de novembro de 1997 e assinada por muitos países, em que cada um dos países signatários se comprometeu a divulgá-la e a buscar soluções objetivando a conciliação entre o avanço da tecnologia e o respeito aos direitos humanos.

Nesta declaração, foram estabelecidos limites éticos em relação à intervenção acerca do patrimônio genético do ser humano.

Dessa maneira, a declaração representa uma tentativa de criar uma ordem ético-jurídica intermediária entre os princípios da bioética e a ordem jurídica positiva, o que irá obrigar os países signatários, como o Brasil, a incorporar as suas disposições no seu ordenamento jurídico nacional (Constituição brasileira de 1988, art. 5º, § 2º).

Por fim, Paulo Bonavides citado por Adriana Galvão Moura em *Constituição e construção da cidadania* estabelece que: “Os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política”.

6 A QUINTA GERAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Um assunto que merece mais reflexão no Brasil por ser ainda não muito estudado é a quinta geração de direitos humanos que trata da questão da cibernética e da Internet.

Nesse contexto, Adriana Galvão Moura em *Constituição e construção da cidadania* (2005, p. 25) explica que:

“Os direitos humanos de quinta geração relacionam-se com a realidade virtual e caracterizam-se pela preocupação do sistema jurídico com a difusão e o desenvolvimento da cibernética na atualidade, envolvendo a internacionalização da jurisdição constitucional das fronteiras físicas através da ‘grande rede’.”

Robert B. Gelman, em 1997, redigiu uma proposta de Declaração dos Direitos Humanos no Ciberespaço com fundamento na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU.

Com efeito, Javier Bustamante em *Derechos humanos: La condición humana en la sociedad tecnológica* (1999, p. 170) descreve que:

“Este documento não tem somente um valor testemunhal, senão que quer ser um ponto de partida para um debate sobre a promoção dos direitos humanos no ciberespaço, e é mais ainda a expressão de um compromisso voluntário que podem tomar pessoas e organizações a respeito de suas próprias políticas e ações

na rede global de telecomunicações, com o objetivo de fazer do ciberespaço um lugar que promova o melhor pensamento e os ideais humanos, assim como um novo tipo de estrutura social que promova uma ética de solidariedade.”

Por fim, esta Declaração faz referência a novas versões ou modalidades de direitos tradicionais como a liberdade de expressão e de associação (por exemplo, em comunidades virtuais), acesso à informação através de instituições públicas e provedores de serviços, educação de novas tecnologias, dentre outros.

CONCLUSÃO

De fato, observamos que os direitos humanos, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos. Estas etapas da evolução histórica desses direitos são chamadas de gerações, pois foram construídas em diferentes momentos históricos.

Essas gerações, numa primeira análise, representariam a conquista pela humanidade de três espécies de direitos fundamentais, amparada nos ideais divulgados especialmente na Revolução Francesa, os quais se resumiam no lema: “Liberdade, igualdade e fraternidade”. Coincidentemente, cada uma dessas expressões representaria uma geração de direitos a ser conquistada.

Assim, Bobbio percebe que os direitos do homem são fins a serem perseguidos sempre, já que eles não foram ainda totalmente colocados em prática. Assim, o problema fundamental relacionado aos direitos do homem, na contemporaneidade, não é tanto o de justificá-los, mas sim o de protegê-los – não se trata mais de uma questão filosófica (como o fora na Idade Moderna) – mas de uma questão política.

O aspecto principal, em suma, é a realização concreta dos direitos humanos. Se a polêmica acerca dos seus fundamentos foi definitivamente solucionada em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o debate sobre a sua efetivação ainda não o foi.

É inegável que a humanidade progrediu moralmente, ao passar de uma “era dos deveres” para uma “era dos direitos”. Porém, não se pode encobrir que há uma diferença substancial entre “direito atual” (um direito reconhecido e protegido) e “direito potencial” (um direito que, para ser atual, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembléia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção).

Essa fundamentação crítica ou moral poderá ser construída a partir da constatação de que os direitos humanos remetem a exigências imprescindíveis para a vida da pessoa humana, que podem ser resumidas na idéia de dignidade humana.

Com efeito, além de serem históricos, os direitos humanos buscam, sobretudo, dignidade humana. Arendt, em *Origens do totalitarismo*, critica os direitos humanos pautados numa concepção abstrata de humanidade que os reduz aos direitos civis: direito à propriedade, à vida, ao trabalho etc.

Para Arendt, os direitos humanos devem ser tomados como direitos públicos baseados na idéia de “direito a ter direitos”, isto é, os homens devem ser respeitados não apenas como seres biológicos, mas como cidadãos, seres livres, capazes de agir e julgar. Nesse contexto, os direitos humanos além de serem fundamentos na história, devem buscar a dignidade humana para serem efetivos.

Por fim, o direito ao acesso às novas tecnologias, como a Internet e o ciberespaço, constituem o cerne dos direitos humanos contemporâneos, pois é por meio deles que serão asseguradas as múltiplas dimensões da vida humana, tais como o acesso às informações e comunidades virtuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDETT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BUSTAMANTE, Javier. Derechos humanos en el ciberespacio. In: ARNAIZ, Graciano González R. (Coord.). *Derechos humanos: La condición humana en la sociedad tecnológica*. Madrid: Tecnos, 1999.
- CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- HERKENHOFF, João Batista. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Editora Acadêmica, v. I, 1994.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- _____. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- MOURA, Adriana Galvão. A dignidade da pessoa humana como fundamento da cidadania. In: FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; TEOTÔNIO, Paulo José Freire (Org.). *Constituição e construção da cidadania*. Leme: JH Mizuno, 2005.
- OLIVEIRA, Almir de. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FONTES DO DIREITO

Patrícia Gentil

Mestre em Direito Constitucional, Professora da Faculdade de Campo Limpo Paulista (FACCAMP) nos Cursos de Graduação de Administração em Legislação Trabalhista e Tributária, Direito Público e Privado I e II, Introdução ao Estudo do Direito no Curso de Ciências Contábeis e no Curso de Direito em Direito Civil I e II – Parte Geral.

RESUMO: O presente trabalho visa estudar as fontes primárias e secundárias do Direito, uma vez que são os meios pelos quais as normas jurídicas se estabelecem ou nascem no ordenamento jurídico brasileiro. As fontes primárias são denominadas de fontes diretas, admitindo nestas a lei e o costume, enquanto que as fontes secundárias são a doutrina, a jurisprudência, a analogia, os princípios gerais de Direito e a equidade.

PALAVRAS-CHAVE: Fontes; Direito; lei; costume; jurisprudência.

SUMÁRIO: Introdução; I – Legislação; II – Classificação das leis; III – Costume; IV – Jurisprudência; V – Doutrina; VI – Analogia; VII – Princípios gerais do Direito; VIII – Equidade; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A expressão “fontes do Direito” significa de onde nasce, se origina ou provém algo. Portanto, as fontes do Direito são os meios pelos quais nascem ou se estabelecem as normas jurídicas.

O art. 4º da LICC (Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942) apresenta de maneira expressa que:

“Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.”¹

Isto quer dizer que, mesmo a lei sendo a fonte primordial, existe a possibilidade da análise de outras fontes.

Diante disso, cabe a classificação das fontes: diretas e indiretas.

As fontes diretas também são denominadas de fontes primárias ou imediatas, ou, ainda, de fontes formais do Direito, e são elas: o costume e a lei.

Quanto às fontes indiretas (podem ser conhecidas por secundárias ou mediatas), encontramos a analogia e os princípios gerais de Direito, assim mencionados na LICC (Lei de Introdução ao Código Civil) e, ainda, a jurisprudência, a doutrina e a equidade.

1 PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Código civil e constituição federal*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

I – LEGISLAÇÃO

A lei, ou a legislação, é a mais importante fonte do Direito e, segundo Sílvio de Salvo Venosa, é a “regra geral de Direito, abstrata e permanente, dotada de sanção, expressa pela vontade de autoridade competente, de cunho obrigatório e forma escrita”².

E, diante desse conceito, torna-se importante a análise dessas características.

A lei, como regra geral, refere-se a um determinado caso particular.

Por consequência, a abstração refere-se aos efeitos da lei que não podem, de regra, produzirem efeitos retrógrados/pretéritos/ultrapassados, e, sim, produzir efeitos presentes e futuros.

Diz-se permanência porque, enquanto a lei estiver vigente, mesmo que por período determinado, esta lei terá efeito permanente.

Nesse sentido, quando Venosa preceitua “dotada de sanção”, está afirmando que aqueles que descumprirem os deveres jurídicos terão consequências.

No que tange à expressão “autoridade competente”, destaca-se o aspecto formal, onde há distribuição e separação dos poderes, a atuação dos agentes estatais.

A obrigatoriedade da lei é outra característica importante, uma vez que, sem esta, a lei estaria quase sem validade perante a sociedade.

Por derradeiro, a forma escrita é uma formalidade que proporciona segurança e conhecimento à sociedade, por meio da publicação no Diário Oficial.

II – CLASSIFICAÇÃO DAS LEIS

Existem vários critérios classificatórios; entre eles, a imperatividade, dispondo-se em:

- a) Impositivas: também são denominadas de gogentes, prevalecendo princípios de ordem pública com força obrigatória, v.g., o salário mínimo não pode ser diminuído ou alterado, exceto por convenção coletiva ou acordo coletivo, sob pena de nulidade.
- b) Dispositivas: as leis são dispositivas quando podem ser alteradas, conforme manifestação das partes, por exemplo, no silêncio ou não na manifestação da vontade das partes na escolha do regime de bens, aplica-se obrigatoriamente o regime de comunhão parcial.

Quanto à sanção, a lei é classificada em:

- a) Perfeita: será perfeita a lei cuja desobediência implicar a nulidade do ato. Então, o testamento sem as cinco testemunhas gerava nulidade obrigatória (Código Civil de 1916); portanto, quem as desobedecesse teria um testamento nulo.

2 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 6. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2006. p. 11.

- b) Mais que perfeitas: são aquelas leis que, quando violadas, autorizam a presença de duas sanções, como o caso do casamento de pessoas já casadas (art. 1.521, VI, do Código Civil de 2002), proibido por lei, cabendo a estes a nulidade (art. 1.584, II) e a aplicação do crime de bigamia (art. 235 do Código Penal).
- c) Menos que perfeitas: são assim consideradas por Sílvio de Salvo Venosa as leis que “trazem uma sanção incompleta ou inadequada”³, ou seja, transplamam apenas uma sanção ao violador, sem que exista a nulidade do ato, tal é o caso do casamento da viúva com filhos do cônjuge falecido que não realizou o inventário e a respectiva partilha de bens para os herdeiros (art. 1.641, I, do Código Civil de 2002), tendo como sanção a perda do direito de usufruto legal, além de ter de casar obrigatoriamente sob o regime de separação de bens.
- d) Imperfeitas: são leis que determinam uma conduta, mas não impõem sanções. Exemplo da lei imperativa é a citada por Sílvio de Salvo Venosa: caso da legislação que estipula o prazo de 30 (trinta) dias, contando da abertura da sucessão, para o início do processo do inventário (art. 983 do Código Penal). No entanto, esse prazo, estipulado por lei estadual, implica multa ou perda do incentivo fiscal, mas, por outro lado, a Súmula nº 542 do STF desconsidera o referido exemplo, haja vista que não há lei federal ou sanção federal para o descumprimento de tal dispositivo.

Quanto à extensão territorial ou origem, podem ser:

- a) Leis federais: criadas no âmbito da União, tendo vigência em todo o país, v.g., o Código Tributário Brasileiro.
- b) Leis estaduais: promulgadas pelas Assembléias Legislativas e valem em todo território estadual, assim como a lei que trata do ICMS.
- c) Leis municipais: aprovadas pelas Câmaras Municipais, tendo predominância no município em que esta foi liberada, v.g., a legislação do IPTU.

Quanto à duração:

- a) Permanentes: leis que valem por tempo indeterminado.
- b) Temporárias: leis com vigência determinada, isto é, valem apenas por um período.

Quanto ao alcance:

- a) Gerais: são leis gerais aquelas elaboradas para a sociedade e que atingem várias situações.
- b) Especiais: tratam de critérios de interesse dos particulares, como a Lei do Inquilinato, que cuida especificamente da locação de imóveis.
- c) Singulares: são intituladas de lei por possuírem força de lei para determinada situação concreta, v.g., o decreto que nomeia um funcionário público (é o ato legislativo, no entanto, pode ser chamado de lei).

3 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 6. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2006. p. 15.

III – COSTUME

O uso reiterado de uma conduta leva ao costume, valendo por determinado período e que, tornando-se obrigatório de acordo com a necessidade jurídica, pode ser utilizado em alguma lacuna da lei.

Logo, costume é o uso reiterado de uma conduta ocorrida sempre ou quase sempre nas mesmas situações, e é aceito como se fosse lei, dependendo, é claro, da necessidade jurídica da sociedade.

O costume também é considerado fonte do Direito, com uso menor do que uma legislação, mas que pode, dependendo do caso, influenciar na elaboração de uma lei, como o caso da gratificação natalina, hoje conhecida por 13º (décimo terceiro salário) ou 1/3 (um terço) constitucional, que era o uso do pagamento reiterado nos finais de ano.

Diante disso, pode-se afirmar que o costume deve ser constante, ocorrendo de maneira repetitiva em parte da sociedade.

Ademais, o costume é caracterizado por dois elementos:

- a) Elemento objetivo ou substancial: é o costume reconhecido pelo uso constante no tempo.
- b) Elemento subjetivo ou relacional: é o costume tido como necessidade social.

Os costumes podem ainda ser vislumbrados de três outras formas:

- a) *Praeter legem*: é o costume utilizado na falta de legislação ou omissão desta. A esse respeito, prescreve André Franco Montoro: “A lei silencia quanto ao modo pelo qual o arrendatário deve tratar a propriedade arrendada; devemos então socorrer-nos dos costumes locais”⁴.
- b) *Secundum legem*: é a espécie de costume que a própria lei admite sua eficácia jurídica, uma vez que essa espécie é aceita como se fosse lei, pois tem eficácia obrigatória, além de aplicar o princípio ontológico do Direito que afirma que “tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido”.
- c) *Contra legem*: é o costume que contraria o dispositivo legal, podendo ocorrer em duas situações, segundo André Franco Montoro: “No desuso, quando o costume simplesmente suprime a lei, que fica letra morta, ou no costume ab-rogatório, que cria uma nova regra”⁵.

Nas opiniões de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, o costume *contra legem* pode ser exemplificado “na possibilidade de ação anulatória, por defloramento anterior da mulher (prevista no art. 178, § 1º, do CC/1916) já estavam em evidente desuso, mesmo antes da Constituição Federal de 1988 ou da sua revogação formal”⁶.

4 MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 351.

5 MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 351.

6 STOLZE, Pablo Gagliano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 8. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 17.

Demonstrar o costume *contra legem* é uma tarefa árdua.

IV – JURISPRUDÊNCIA

A palavra jurisprudência, no Direito antigo, significava a sabedoria dos prudentes ou, do latim, “jurisprudência” corresponde respectivamente a “jus” e “prudência”, que significam direito e sabedoria.

Pode-se afirmar que a expressão “jurisprudência” era usada, na língua portuguesa, com o significado de Ciência do Direito⁷.

Modernamente, a jurisprudência tem um significado mais restrito, podendo ser entendido como o conjunto de reiteradas decisões dos tribunais sobre determinada matéria *rerum perpetuo similiter judicatorum auctorita*.

Muito embora a jurisprudência tenha uma utilidade muito maior, uniformizando a jurisprudência nacional e adequando as novas mudanças e tendências sociais à realidade do momento, objetivando colocar em prática o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

A título de exemplo, servem as jurisprudências que concedem os direitos previdenciários do companheiro homossexual já falecido.

V – DOCTRINA

Doutrina, do latim *doctriva*, significa instruir e ensinar. Portanto, doutrina é todo estudo e reflexão do operador da área jurídica contidos em um livro.

Há controvérsias no que tange à introdução da doutrina como fonte do Direito. Não obstante, não há dúvidas de que a doutrina não só serve como fonte de consulta para os operadores da área jurídica, como também fonte de inspiração de novos conceitos, como, por exemplo, a modificação do conceito dos companheiros da união estável.

Orlando Gomes observa três sentidos da doutrina:

“(1º) Pelo ensino ministrado nas Faculdades de Direito; (2º) sobre o legislador; (3º) sobre o juiz. Pelo ensino, formam-se os magistrados e advogados, que se preparam para o exercício das profissões pelo conhecimento dos conceitos e teorias indispensáveis à compreensão dos sistemas de direito positivo. Inegável, por outro lado, a influência da obra dos juriconsultos sobre os legisladores, que, não raro, vão buscar no ensinamento dos doutores os elementos para legiferar. E, por fim, notável a sua projeção na jurisprudência, não só porque proporciona fundamentos aos julgados, como porque, através da crítica doutrinária, se modifica freqüentemente a orientação dos tribunais.”⁸

7 NETO, Antonio Luis Machado. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 213.

8 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 64.

Diante do exposto, nota-se a importância e a colaboração da doutrina, daí o motivo de podermos afirmar que esta é fonte subsidiária do Direito.

VI – ANALOGIA

A analogia é citada no art. 4º da LICC, muito embora seja usada como forma substitutiva para situações semelhantes às dos dispositivos legais.

Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa define a analogia como: “O processo de raciocínio lógico pelo qual o juiz estende um preceito legal a casos não diretamente compreendidos na descrição legal”⁹.

De acordo com o autor supracitado, a analogia se dá quando há omissão legal, podendo o juiz aplicar ao caso dispositivo semelhante.

Assim, torna-se relevante comentar duas formas de operar da analogia:

- a) Analogia legal “*legis*”: é aquela que, não existindo dispositivo legal ao caso concreto, aplica-se outro dispositivo semelhante, como é o caso do “seqüestro relâmpago”, cuja legislação penal não o tipificou.
- b) Analogia jurídica: é a analogia aplicada na ausência de lei, quando o intérprete tem de recorrer a uma análise profunda e complexa sob o caso em apreciação.

VII – PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

Dar um conceito para os princípios gerais do Direito, na opinião de Venosa, é uma tarefa árdua, uma vez que ele e vários autores entendem que esse conceito envolve teorias filosóficas, incompatíveis com o objetivo do Direito Civil¹⁰.

Diante disso, pode-se dizer que os princípios gerais do Direito objetivam a aplicação do Direito de maneira mais próxima do justo.

VIII – EQÜIDADE

A equidade, na concepção de Aristóteles, é a “justiça do caso concreto”¹¹.

No que tange à equidade, pode-se afirmar que é a situação em onde o juiz, mesmo de acordo com a lei, defronta-se com um caso sem solução para as partes, tendo de agir de maneira diferente da lei.

Exemplo do instituto da equidade é a tradição do uso do instituto da arbitragem, onde as partes autorizam os árbitros a agir por equidade, ou seja, agir com razoabilidade e bom senso.

9 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 6. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2006. p. 24.

10 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 6. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2006. p. 25.

11 ARISTÓTELES, 2002, p. 25.

Venosa entende que a função da equidade “é de exatamente aparar as arestas na aplicação da lei para que uma injustiça não seja cometida [...]. A equidade é um labor de abrandamento da norma jurídica no caso concreto”¹².

CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebeu-se a importância das fontes do Direito no nosso ordenamento jurídico, haja vista a imensa contribuição às normas jurídicas, sendo muitas das vezes usadas em resultados práticos que a norma jurídica não seria capaz de solucionar. Deve, assim, em várias situações, o operador da área jurídica usar a aplicação da lei, mas, ao mesmo tempo, suprir as eventuais lacunas ou deficiências previstas no nosso ordenamento jurídico, por meio da jurisprudência, dos costumes, da equidade, da analogia, dos princípios gerais do Direito, da doutrina, e, ainda, da própria lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Código civil e constituição federal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 8. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2006.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- NETO, Antonio Luis Machado. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 6. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2006.

12 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 6. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2006. p. 26.

DEMOCRACIA E CULTURA POLICIAL PAULISTA ENTRE 1946 E 1964

Thaís Battibugli

Bacharel em História – Universidade Estadual de Campinas (Unicamp),
Mestre em História Social – Universidade de São Paulo (USP),
Doutora em Ciência Política – (USP).

RESUMO: Este artigo analisa a cultura policial, tendo por objeto de estudo a polícia paulista entre 1946 e 1964. Examina a influência dos principais valores presentes na cultura policial do período, os desafios enfrentados pelas corporações após a restauração democrática de 1946 e a influência política na polícia.

PALAVRAS-CHAVE: Cultura policial; segurança pública; políticas públicas; democracia; arbitrariedade.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A estrutura da segurança pública paulista entre 1946 e 1964; 2 Cultura e autonomia policial; 3 Arbitrariedade policial; 4 Eficiência policial; 5 A política na polícia; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Este artigo analisa a cultura policial, tendo por objeto de estudo a polícia paulista entre 1946 e 1964. Examina a influência dos principais valores presentes na cultura policial do período, os desafios enfrentados pelas corporações após a restauração democrática de 1946 e a influência política na polícia. Este ano marca o término de longa fase de autoritarismo político de Getúlio Vargas. A ditadura de Vargas, iniciada em 1930, foi apenas interrompida pela Constituição de 1934, para ser novamente retomada em 1937, com o Estado Novo. Nesse contexto, o sistema policial foi utilizado como instrumento de repressão política, de inúmeras práticas arbitrárias contra os cidadãos.

Conhecer o passado das instituições policiais possibilita-nos dimensionar a longevidade e a complexidade dos problemas, dos dilemas hoje enfrentados pelo sistema de segurança pública de São Paulo.

O texto é resultado de nossa pesquisa de doutorado defendida na Ciência Política da USP, em 2007.

1 A ESTRUTURA DA SEGURANÇA PÚBLICA PAULISTA ENTRE 1946 E 1964

As instituições policiais paulistas eram subordinadas à Secretaria de Segurança Pública (SSP), mas tinham seu próprio sistema administrativo e autonomia para organizar o sistema de policiamento, desde que seguissem os regulamentos gerais do governo federal, estadual e da própria SSP.

Dentre as principais instituições, Polícia Civil (PC), Força Pública (FP) e Guarda Civil (GC), a Polícia Civil era a que possuía maiores atribuições. Era tarefa do delegado: organizar o policiamento de ruas, de reuniões públicas, de casas de espetáculo, de trânsito; fiscalizava o porte de armas, autuava em flagrante, instaurava inquéritos (Pestana, 1959, p. 371)¹.

O Regulamento Policial de 1928, norma estruturadora do sistema de segurança, que vigorou entre 1928 e 1968², considerava como *autoridades policiais*: o secretário da segurança pública, os delegados de carreira, os delegados substitutos (não pertenciam à carreira), os inspetores de quarteirão (trabalhavam apenas no interior) e os suplentes de delegado, o subdelegado, o suplente de subdelegado, desde que no exercício da função. Todos os integrantes da Força Pública, da Guarda Civil, da Polícia Feminina, da Polícia Marítima e Aérea, da Polícia Rodoviária, assim como os demais membros da Polícia Civil, como escrivães, peritos, investigadores, carcereiros, radiotelegrafistas, médicos legistas, eram considerados *agentes de execução* (Brito, 1966, p. 13-14).

Portanto, nas tarefas de policiamento, os agentes de execução se subordinavam às autoridades policiais, ou seja, os policiais da Força Pública e os guardas civis designados para o patrulhamento tinham de atender às ordens dessas autoridades. Tal subordinação era uma das causas das rivalidades e conflitos existentes entre a FP e a Polícia Civil, pois o policial da Força, em geral, aceitava se submeter apenas às ordens de seu superior hierárquico militar. Em contingente, a Força Pública era a maior corporação, cerca de duas vezes maior que a Guarda e quase três vezes maior que a Polícia Civil.

A Polícia Civil, principal instituição policial da época, iniciou o período democrático em processo de profissionalização, com a implantação de concursos regulares para ingresso na carreira de delegado, embora leigos ainda pudessem exercer funções de suplentes de delegados, subdelegados, suplentes de subdelegados e inspetores de quarteirão.

Os cidadãos nomeados para tais cargos não passavam por exame de seleção, nem eram oficialmente considerados autoridades policiais, mas, na prática, exerciam essa autoridade. Os agentes eram escolhidos, principalmente, por terem participação na política ou por terem respeitabilidade no bairro. As nomeações eram feitas pelo governador.

Os cargos leigos representavam o avesso da profissionalização da carreira policial, e permitiam a influência política na instituição, principalmente em períodos eleitorais (Pestana, 1959, p. 36; 368).

O primeiro concurso para provimento de cargos da classe inicial da carreira de delegado realizou-se em agosto de 1946, sob a administração do último interventor

1 Ver Portaria nº 57 da SSP, de 12 de agosto de 1947. Essa portaria deu competência para os delegados de circunscrição organizarem o policiamento fixo e de rondas junto ao destacamento da FP, a divisão da GC, estagiários, suplentes e subdelegados. Caberia ainda ao delegado a fiscalização do serviço de policiamento.

2 Em 27 de maio de 1968 foi promulgada uma nova Lei Orgânica da Polícia, nº 10.123, que modificou a lei básica de 1928 e abriu caminho para a reforma que unificou a Guarda Civil à Força Pública, para a criação da Polícia Militar em 1970.

federal no Estado, José Carlos de Macedo Soares³ (Pestana, 1959, p. 369). A carreira de delegado de polícia foi reestruturada em 1948 pela Lei nº 199, e as carreiras de escrivão, carcereiros, investigadores e radiotelegrafistas foram reorganizadas em 1949. Ademais, tornou a realização de cursos na Escola de Polícia requisito fundamental para a efetivação nessas funções⁴.

Já na Força Pública e na Guarda Civil, havia concurso de admissão, mesmo antes da redemocratização. O candidato era submetido a avaliação intelectual e física, além da verificação da existência de antecedentes criminais (Teixeira, 1963, p. 59-60).

A Polícia Civil cumpria inúmeras atribuições, que atualmente se desprenderam da competência policial. Era parte do trabalho das delegacias especializadas: licenciamento, vistoria de veículos; a *delegacia de ordem econômica* era responsável pelo controle de preços; o *serviço de proteção e previdência* atendia a mendigos, inválidos, retirantes, viciados, egressos de prisões; o *serviço especial de menores* realizava investigações sobre crianças e adolescentes infratores (Pestana, 1959, p. 154-155; 223-229; 273-278).

Além de auxiliar a administração civil, a polícia prestava inúmeros serviços à população. O delegado, por exemplo, em muitos municípios, era o único bacharel em Direito e, por isso, muitos o procuravam para aconselhamento e resolução de problemas (Pestana, 1959, p. 369).

As tarefas da polícia são muito mais amplas que o exercício do policiamento e a manutenção da ordem pública. Tal desafio é comum a policiais em todo o mundo (Reiner, 2004, p. 26).

Dentre as principais atribuições formais da polícia paulista estava o policiamento, a investigação e o inquérito. O policiamento é um aspecto particular do processo de controle social, exercido pelo patrulhamento do espaço público. É a tentativa de manter a segurança e a ordem social por meio da vigilância e da ameaça de sanção, seja formal (multa, apreensão, detenção) ou informal (aconselhamento, repreensão, intimidação, ameaça) (Reiner, 2004, p. 20-22; Bayley, 1994, p. 34).

As instituições policiais tinham poderes excessivamente centralizados e rígida estrutura hierárquica. Entretanto, policiais de escalões inferiores, que geralmente trabalhavam no patrulhamento – no caso da Força Pública e da Guarda Civil –, ou que trabalhavam em investigações – como na Polícia Civil –, contavam com grande poder discricionário, algo, aliás, comum às instituições policiais.

2 CULTURA E AUTONOMIA POLICIAL

A polícia é uma instituição especializada no controle social interno para, se preciso, dentro dos limites legais, utilizar de violência visando a preservação emer-

3 SSP (Secretaria da Segurança Pública). Relatório da Polícia de São Paulo do ano de 1947. São Paulo, 1948, p. 112.

4 LINGO, Joseph; AVIGNONE, Arthur. Estudo sobre a organização policial do Estado de São Paulo. Missão norte-americana e cooperação técnica (Ponto IV). 1958, p. 5.

gencial da ordem. Sua função é resolver, de modo rápido, situações desagradáveis e muitas vezes inesperadas. Previne crimes com rondas ostensivas, reprime a execução de delitos e conduz os infratores para o devido julgamento. Protege, assim, a vida e a propriedade. É um mecanismo oficial de gerenciamento de relações entre os indivíduos. Característica marcante do ser policial é saber encontrar prontamente a solução adequada tanto para a situação trivial, simples e previsível, quanto para a inusitada e complexa (Reiss; Bordua, 1967, p. 26-28; Reiner, 2004, p. 26/199; Pestana, 1954, p. 53-54; Keane, 1988, p. 179-180; Bittner, 1990, p. 11).

É comum à instituição policial ter seu próprio conjunto de valores, atitudes, símbolos, regras e práticas definidoras de seu padrão cultural específico e de um processo de relações de poder que definem o perfil da instituição e o *ser policial*. Tais valores e conduta formam a cultura policial (Fischer, 1996, p. 66; Reiner, 2004, p. 131-132).

A cultura de cada organização policial é constituída de nuances decorrentes de sua estrutura administrativa, de valores institucionais, de sua função no sistema de segurança e da relação com outras corporações policiais. É a diferença específica de cada instituição, a diferença entre ser policial civil e ser policial militar, por exemplo.

A cultura da polícia não é única nem homogênea. Cada corporação tem sua identidade e, no interior de cada organização existem, ainda, subculturas provenientes da presença de cargos e funções com poderes distintos, ordenados hierarquicamente. Mesmo no interior da corporação policial não há total homogeneidade de valores e comportamentos (Reiner, 2004, p. 132).

A instituição policial tem características de uma administração racional burocrática harmônica: com estrutura hierarquizada, formalidade nas relações entre os cargos, sistema de obrigações e privilégios definidos por normas específicas. Alguns traços de seu funcionamento são inerentes à atividade policial, como, por exemplo, o poder de polícia, a presença do perigo em potencial e a imposição de autoridade. Tais fatores produzem a personalidade do trabalho, não como um fenômeno psicológico individual, mas como uma cultura socialmente gerada (Bretas, 1999, p. 149; Reiner, 2004, p. 135-136).

A cultura policial funciona como um elo, um filtro da relação entre a política de segurança pública e a prática policial. Quando o Estado elabora uma nova diretriz para a polícia, esta avalia a ordem recebida pelos parâmetros de sua cultura. Dessa forma, a política interna de cada corporação pode se sobrepor aos regulamentos governamentais, adequando-os, limitando-os ou mesmo neutralizando seus efeitos, caso sejam vistos como lesivos à corporação, embora, formalmente, devesse sempre se subordinar ao executivo estadual (Fischer, 1985, p. 28).

É comum a qualquer organização policial ter uma margem de autonomia em relação às políticas de segurança do Estado, assim como policiais de patrulhamento e investigação têm certa autonomia em relação aos seus superiores (Reiner, 2004, p. 27; 245-247). Por outro lado, a instituição policial não se define apenas por sua cultura e prática relativamente autônomas: é influenciada em diferentes níveis pelo executivo estadual (governador e SSP), pelo legislativo (projetos de reforma e pressão política

de deputados), pelo judiciário (julgamento de casos de desvio de conduta etc.), pela imprensa e pela própria conjuntura social (Fischer, 1996, p. 71; Reiner, 2004, p. 15).

Portanto, a cultura policial somente poderá ser analisada em profundidade se ligada a um contexto histórico, pois é o tipo de reação a agentes externos, como uma nova legislação para a polícia ou uma crítica da imprensa, que revelam sua identidade. Além disso, os valores, os princípios que sustentam essa identidade sofrem transformações, ainda que lentas, decorrentes de influência social e política.

Para a análise da cultura institucional, é necessário considerar dois níveis de articulação: o primeiro, formado pela legislação, doutrina policial, regulamentos internos e políticas públicas; o segundo, formado por práticas, estratégias, astúcias, discursos presentes na instituição, não-veiculados como parte efetiva da mesma, mas vitais para a compreensão de seu funcionamento (Fischer, 1996, p. 75).

O segundo nível da cultura policial se forma da interação entre o conhecimento técnico do policial, as regras formais e a prática cotidiana. É o seu *segredo profissional*, é a diferença em relação a outras organizações burocráticas (Weber, 1966, p. 26).

Essa interação pode ser positiva, quando auxilia o policial a decidir sobre a melhor solução para um caso urgente, baseado no uso mínimo da força, aliada a estratégias conciliatórias que evitam a aplicação formal da lei. Por um lado, a cultura policial é altamente prática, o que não implica que as regras formais sejam irrelevantes, mas, por outro lado, não determinam completamente sua ação (Reiner, 2004, p. 26-27). Acredita-se que a prática cotidiana seja a grande mestra dos policiais.

A interação também pode ser negativa, quando marcada pelo uso exacerbado da força, por condutas ilegais e corruptas (Reiner, 2004, p. 142; Bretas, 1999, p. 160; Caldeira, 2000, p. 105-107). A imprensa paulista analisou, em 1961, a face negativa do segundo nível da cultura policial. A Polícia Civil era criticada por corrupção e impunidade, tendo dois modos de funcionamento, um oficial e outro *subterrâneo, que funciona subordinado a uma secreta hierarquia, e da qual pequeno grupo de iniciados têm ciência*.

A SSP era vista como inapta para controlar a polícia e conter as ilegalidades cometidas:

“Os secretários são homens do governador [...] que chegam e partem de acordo com as conveniências da política [e] [...] não tomam pé no cargo. Militam na superfície apoiados por delegados, muitos dos quais pertencentes ao grupo que realmente dirigem a polícia. Explicam-se assim, certos fatos estranhos: em meio a autoridades de exemplar conduta, subsistem impunemente indivíduos da pior espécie. Não estamos exagerando. Os exploradores de mulheres da Delegacia de Costumes são conhecidos e não são incomodados. Os arrecadadores de dinheiros dos banqueiros e cambistas do jogo do bicho não são arredados da Delegacia de Jogos. Os associados de certos ladrões, com seus dedos carregados de anéis de brilhantes, permanecem firmes na delegacia de furtos e roubos. Frequentemente desenvolvem-se movimentos de reação. Nessas ocasiões os jornais fazem escândalos e registram-se remoções

e sindicâncias. Contudo, longe de ser extirpada a praga, expande suas raízes. E tudo logo depois volta à situação anterior, até que a rotina seja quebrada por algum fato que novamente agite a opinião pública [...].”⁵

A matéria mostra os limites das denúncias da imprensa, da política de segurança da SSP e dos próprios mecanismos de auto-regulação das instituições policiais. No caso brasileiro, o lado negativo do segundo nível da cultura policial tende apenas a se fortalecer devido à impunidade e ao corporativismo presente nessas corporações.

O controle interno exercido sobre os policiais tende a ser mais rígido em questões de respeito à hierarquia, às decisões administrativas da corporação, à vestimenta do policial, principalmente em instituições de doutrina militar, como a Força Pública, do que sobre a conduta do policial em relação ao cidadão.

Os oficiais superiores são antes supervisores de *aparências* do que agentes fiscalizadores da eficiência e da legalidade do trabalho realizado. Um soldado da Força Pública, por exemplo, não tinha acesso ao processo de tomada de decisões da cúpula, às discussões sobre as estratégias de policiamento e suas possíveis mudanças devido à estrutura militarizada. O policial deveria apenas obedecer à decisão superior ou, pelo menos, acatá-la, ainda que formalmente. A estrutura de trabalho, tanto da parte administrativa como propriamente policial, é percebida como quase intocável e estática. Policiais de baixo escalão, políticos e sociedade devem antes se conformar a ela do que tentar criticá-la ou mesmo transformá-la.

A atuação do policial nas ruas nunca está sob inteiro comando dos superiores hierárquicos, sendo da própria natureza do trabalho de policiamento: tomar decisões rápidas e complexas em situações imprevisíveis, seja por falta de interesse dos próprios superiores em um controle mais efetivo ou ainda devido ao protecionismo existente entre policiais de mesma graduação em não divulgar desvios de seus pares (Bayley, 1994, p. 64-65; Reiner, 2004, p. 140-141; Bittner, 1990, p. 147).

Na Força Pública, oficiais chegaram mesmo a ignorar atos de indisciplina do baixo escalão como um modo de veladamente demonstrar sua concordância com as reivindicações salariais de seus soldados⁶.

A cultura policial é marcada pelo corporativismo profissional, por um sistema de autodefesa contra ameaças externas – imprensa, políticos, críticas da população – ou internas – supervisão de chefes, imposição de regras consideradas injustas. Um colega deveria proteger o outro, mesmo que este tivesse agido incorretamente. A solidariedade prestada seria uma forma de preservar a imagem da organização de críticas externas e uma forma de criar um sistema de ajuda mútua no qual se poderia confiar.

É comum, no entanto, a qualquer instituição, contar com instrumentos para garantir a perpetuação no tempo. Entre seus profissionais forma-se uma rede de solidariedade interna a ser mobilizada em caso de dificuldades, de perda de direitos ou de

5 AESP (Arquivo Público do Estado de São Paulo), DOPS, 50-D-18. Pasta 9. Relatório DOPS, 5 ago. 1961. *O Estado de São Paulo*, p. 3, 5 ago. 1961.

6 AESP, DOPS, 5-D-18, Pasta 8. Informação reservada do SS do DOPS, 11 mar. 1954.

possibilidade de punição (Wilson, 1995, p. 30-31). Desse modo, o problema não reside na existência do espírito de corpo no interior da organização policial, mas na ocultação de desvios de conduta perante a sociedade e o governo.

Fator que contribui para a instituição policial ter uma burocracia peculiar e autônoma é o uso do poder de polícia. Esta é a competência de impor aos direitos individuais restrições necessárias à manutenção da ordem. Essa atribuição, exclusiva do sistema policial, tem delimitação incerta, causada pela própria natureza do trabalho policial de lidar com casos imprevisíveis, sem tempo para maiores reflexões (Pestana, 1954, p. 49-50/69; Adorno, 1998, p. 14; Bittner, 1990, p. 122). A possibilidade de ocorrência de condutas ofensivas e injustas a alguém é, portanto, inerente à profissão, pois a conjugação entre o agir rápido e o uso de coerção física pode facilmente levar a arbitrariedades involuntárias (Bittner, 1990, p. 96-97).

Entretanto, o policial decide por meio de estereótipos sobre a situação ou a pessoa suspeita, perigosa. A atividade policial é dirigida mais para quem a pessoa é do que para a sua conduta em si. As arbitrariedades ocorrem, freqüentemente, em alvos preferenciais: desprivilegiados sociais, jovens e negros – vistos como mais inclinados a cometer infrações. Assim, para o cálculo de risco do policial, os enganos seriam menores na ação contra esses alvos. A atividade policial tem um cunho discriminatório que não pode ser ignorado. O problema não está na existência de conduta movida pela suspeita, mas no conteúdo de tais percepções preconceituosas, compartilhadas pela cultura policial e por vários setores da sociedade (Reiner, 2004, p. 139-140; Bittner, 1990, p. 96-99/129).

A fronteira exata entre a conduta legal e a arbitrária é nebulosa, mas pode-se perfeitamente distinguir entre uma ação truculenta e uma respeitosa. O problema do exercício do poder de polícia está relacionado também ao amplo arbítrio, aliado ao fato de que a população tem maior contato com os escalões mais baixos, menos qualificados de sua hierarquia. É raro que ações com uso de força sejam revistas e julgadas, e mesmo presenciadas, por policiais mais graduados, caso da Força Pública (Bittner, 1990, p. 122; Reiner, 2004, p. 27; Costa, 1985, p. 194-207).

O modo como a polícia trata o cidadão é, para este, um forte definidor do modo como o Estado o respeita ou o desrespeita, pois esse é o órgão estatal de maior visibilidade e mais acessível para a população (Bittner, 1990, p. 19). A polícia reflete, até certo ponto, em suas ações, as diretrizes governamentais, ainda que tenha relativa margem de autonomia para estruturar e realizar tarefas de policiamento. É, portanto, uma instituição-chave para se avaliar a efetividade dos valores democráticos de um país, de seu governo e sociedade.

A cultura policial paulista tinha como princípios estruturantes a autonomia operacional frente ao governo e à SSP, o espírito de corpo, uma estrutura hierarquizada com centralização das decisões administrativas e das estratégias de policiamento, o exercício do poder de polícia com grande margem de arbítrio ao policial de baixo escalão.

3 ARBITRARIEDADE POLICIAL

Entre 1946 e 1964, não havia na polícia paulista mecanismos legais de controle externo sobre a conduta policial. Havia apenas o controle externo, informal, exercido

pela imprensa, por parcela da sociedade e por políticos. Na Polícia Civil, até o ano de 1956, havia apenas um controle interno descentralizado exercido pelos delegados através da abertura de sindicâncias e processos administrativos sobre delegados de classe inferior, sobre investigadores, escrivães e demais membros da instituição. Em 1956, foi instituído o Serviço Disciplinar da Polícia (SDP) para a centralização do controle interno sobre os policiais civis, e, em certos casos, sobre membros da Guarda Civil. Caberia ao SPD, ainda, receber e apurar denúncias da população contra seus policiais. Na Guarda Civil, para os casos não observados pelo SDP, o controle interno era exercido por uma comissão designada pelo seu diretor (Pestana, 1959, p. 112-114).

Na Força Pública, o controle interno era realizado pelos superiores sobre os inferiores na escala hierárquica, cabendo aos oficiais responsáveis a convocação de um conselho de disciplina para redigir parecer sobre transgressão disciplinar simples não tipificada como crime militar. O conselho encaminharia seu parecer para uma comissão julgadora proferir sua decisão. Nos casos caracterizados como crime militar, ou seja, como transgressão disciplinar complexa e anômala, caberia julgamento da justiça militar da corporação⁷.

Na Força Pública, o regulamento disciplinar tratava detalhadamente sobre o respeito ao princípio de hierarquia, subordinação e disciplina militar, sobre a correção no uso da farda e da aparência do policial, mas possuía comparativamente poucas normas e meios eficazes de controle das ações de seus soldados nas tarefas diárias de policiamento envolvendo a relação com o cidadão⁸.

Apenas dois incisos do art. 13 tratavam sobre violência policial: o 54, sobre o uso de violência desnecessária no ato de efetuar prisão, caracterizada como transgressão disciplinar leve, e o 55, sobre maltratar preso sob a guarda do policial, caracterizada como transgressão média. Dessa forma, o controle sobre o comportamento do policial da FP tinha como foco primordial a disciplina militar. Cabe notar que, para a falta disciplinar leve, estava previsto como pena apenas a repreensão verbal ou escrita e a detenção, e, para a falta média, estava prevista repreensão, detenção e até 8 dias de prisão⁹. Abuso de autoridade contra suspeitos era apenas uma falta leve, o que demonstra a falta de compromisso institucional em preservar e respeitar os direitos dos cidadãos.

O cotidiano de abuso policial pode ser mais bem compreendido pelo fato de que os policiais em contato com a população pertencem ao mais baixo escalão, são tecnicamente menos preparados, menos escolarizados e têm grande margem de arbítrio. Aqueles que deveriam controlar seu desempenho, os oficiais mais graduados em hierarquia e escolaridade, na verdade não têm condições de avaliar os subordinados, por não realizarem atividades de policiamento (Bayley, 1994, p. 65; Bittner, 1990, p. 142).

Já na Guarda Civil, policiais mais graduados também realizavam policiamento, o que aumentava as possibilidades de controle sobre o policial, enquanto na Polícia

7 Cabe notar que mecanismos de controle externo da polícia paulista, como a instalação de ouvidorias, datam apenas da década de 90. Em outros países, o controle externo sobre a polícia também é recente.

8 Força Pública. Regulamento disciplinar. Quartel General Tipografia, São Paulo, 1963.

9 Força Pública. Regulamento disciplinar. Quartel General Tipografia, São Paulo, 1963.

Civil a população tinha contato direto tanto com investigadores como delegados, as principais autoridades policiais da instituição.

No Brasil, como não havia controle externo exercido sobre o comportamento policial, este era, na maior parte dos casos, julgado apenas por seus pares, havendo o perigo da parcialidade e da impunidade.

De um modo geral, a opinião pública, a imprensa e o executivo estadual queriam um sistema público de segurança não-arbitrário e adaptado aos novos contornos democráticos. Mesmo entre certos setores policiais havia uma consciência de que a relação cidadão-policial deveria ser pautada pela civilidade. A percepção social era a de uma polícia despreparada para conter o crescimento da criminalidade em grandes centros como a capital e para atuar na legalidade do Estado de direito.

O Deputado Estadual Caio Prado Júnior discursou, em agosto de 1947, sobre um caso de abuso de poder na polícia. Caio Prado criticou a Polícia Civil, especialmente a Delegacia de Ordem Política e Social (DOPS), acusada de prender arbitrariamente, espancar e matar operários, *segundo processos que a polícia, apesar do regime constitucional em que vivemos, ainda não esqueceu*. Por outro lado, o deputado elogiou a Força Pública e a Guarda Civil pelo bom comportamento face às agitações populares da época¹⁰.

O discurso de Caio Prado Júnior deixou claro que, apesar de alguns pontos positivos na ação policial, como a atuação pacífica nas manifestações, o legado autoritário deixado pelo regime varguista não seria facilmente superado.

Outro exemplo de arbitrariedade policial está em matéria de 1949, a qual criticou duramente *os métodos científicos de policiais boçais, sádicos para arrancar a confissão de um delinqüente, substituindo a argúcia pela borracha e a habilidade pela tortura*. Como tipos de torturas aplicadas na época, o jornal destaca as pontas de charuto aceso, as surras de chicote de arame, os choques elétricos e os espancamentos¹¹.

Essas críticas foram publicadas a propósito da visita de um juiz corregedor ao Departamento de Investigações (DI) para apurar denúncias de tortura a um detido. Para a surpresa do juiz e da imprensa, o preso simplesmente desaparecera. O Delegado Humberto Morais Novais declarou à imprensa que de fato espancara, ou melhor, mandara espancar o preso, e que assim continuaria a fazê-lo, pois *nos EUA é assim que se faz a polícia*. O jornal acreditava que o juiz iria abrir sindicância e talvez pudesse afastar o Delegado Morais do cargo¹².

Realmente, o Delegado Novais sabia como a polícia americana *fazia*, pois, em 1948, visitou os EUA para observar a organização policial, tendo visitado o FBI e a polícia de Nova York (NYPD)¹³. É evidente que o delegado brasileiro procurou

10 AHAL (Acervo Histórico da Assembléia Legislativa). Anais da Assembléia Legislativa, v. 1, 1947. Discurso de Caio Prado Júnior em 4 e 8 ago. 1947.

11 AESP, DOPS, 50-H-031, Pasta 2. *A Noite*, 12 abr. 1949.

12 AESP, DOPS, 50-H-031, Pasta 2. *A Noite*, 12 abr. 1949. *Diário da Noite*, 12 abr. 1949. *A Gazeta*, 12 abr. 1949.

13 MP (Museu de Polícia – Polícia Militar). *Militia*, a. II, n. 7, nov./dez. 1948.

legitimar seus atos ilegais pela prática do mesmo procedimento nos EUA, país que desde a II Guerra Mundial tornou-se modelo de sucesso e de bem-estar a ser seguido. Merece atenção o fato de o delegado ter declarado à imprensa que mandara espancar, confessando responsabilidade pela arbitrariedade e procurando apoio em argumentação juridicamente inconsistente. Moraes Novais, portanto, confiava na impunidade e no apoio de parte da opinião pública.

Em 1950, a violência policial preocupava o Vereador Jânio Quadros. Em requerimento ao secretário da SSP (Secretaria da Segurança Pública), o vereador cobrou a apuração de um caso de abuso policial por ocasião de uma manifestação popular: várias pessoas haviam sido detidas e não havia notícias de sua libertação. A polícia teria, ainda, colocado inúmeros detidos em vagão da Sorocabana, para soltá-los em estações distantes¹⁴.

O Deputado Estadual Menotti Del Picchia acusou policiais do DOPS, subordinados a um delegado, pela prática de violências no interior do estado, para promover a vitória do PSP (Partido Social Progressista), partido de Ademar de Barros, em 1952. A acusação revela que, na época, existiam policiais que serviam a interesses de grupos políticos.

Em 1955, o Deputado Estadual Bento Dias Gonzaga, em discurso na Assembléia Legislativa, afirmou que a população de São Paulo não possuía segurança, não devido aos delinquentes, mas às arbitrariedades da própria polícia¹⁵. Gonzaga explicitou a relação entre abuso de poder e insegurança, de um lado, e entre abuso de poder e corrupção, de outro, pois, se a própria instituição responsável pela manutenção da ordem for violenta e corrupta, contribuirá para o aumento da sensação de insegurança social.

O Deputado Farabulini Jr. denunciou, em 1958, que a Polícia Civil utilizava-se de métodos bárbaros para arrancar confissões, como o pau-de-arara e a máquina de choque. Farabulini Jr. criticou duramente a polícia:

“Esses ineptos da polícia de São Paulo [...] viajam para os EUA para aprender fazer policiamento, dão mostras de terem vivido ao tempo em que o ser humano valia menos do que um níquel [...], e os espezinha, [...] utilizando processos que não mais podemos admitir [...]”¹⁶

O Deputado Farabulini acreditava que, apesar da tentativa de modernização da polícia paulista ao enviar alguns de seus membros para treinamentos nos EUA, tais esforços eram insuficientes para mudar a conduta dos policiais.

A Força Pública e a Polícia Civil, as duas principais instituições policiais, foram muito criticadas por transgredir a legalidade democrática. Tais fatos revelam que a atuação da polícia ora se pautava por idéias e ações condizentes com um estado democrático de direito, ora por condutas características de períodos autoritários. A tradição democrática começava a se firmar e a autoritária não fora esquecida.

14 AESP, DOPS, 50-Z-30, Pasta 3. *Diário da Noite*, 11 mar. 1950.

15 AHAL. Diário da Assembléia, 135ª sessão extraordinária, 10 out. 1955. *Diário Oficial*, 11 out. 1955.

16 AESP, DOPS, 50-Z-30, Pasta 6. *Última Hora*, 23 abr. 1958.

No Brasil, a instituição policial foi, em muitos momentos, reflexo das limitações democráticas e instrumento da violência ilegítima do Estado contra a população (Caldeira, 2000, p. 107). O Estado brasileiro tolera abusos de seus agentes contra os não-privilegiados, os suspeitos em potencial (negros, jovens, pobres, militantes políticos). A violência policial deve ser analisada, portanto, mais sob o aspecto de uma cultura política autoritária discriminatória presente na sociedade brasileira e na própria polícia, do que por arbitrariedades involuntárias cometidas por este profissional.

Como as vítimas de arbitrariedades policiais pertencem ao setor mais vulnerável da sociedade, não há grande interesse da instituição policial e do judiciário em apurar desvios de conduta, em flagrante desrespeito aos direitos civis desses cidadãos. São tratados pela sociedade como *propriedade* da polícia e, pela polícia, como lixo (Reiner, 2004, p. 143). A margem de discricionariedade da polícia é legitimamente maior nas situações de confronto com grevistas, de abordagem de suspeitos, porque, aliás, esta é uma de suas funções: reprimir as classes suspeitas e perigosas (Pinheiro, 1981, p. 47-49)¹⁷. As pessoas pobres têm bons motivos para evitar a polícia no Brasil e também em outros países, como a Inglaterra e os EUA (Reiner, 2004, p. 29).

O monopólio estatal do uso da força pode ser utilizado tanto para proteger como para ameaçar e cometer ilegalidades. É um instrumento social perigoso caso não seja controlado pelo sistema judiciário e pela sociedade civil, porque a instituição policial carrega forte tendência a ser *non-accountable*, ou seja, não ser responsabilizada por suas arbitrariedades perante o Estado e a sociedade (Keane, 1988, p. 179-180).

Apesar do Estado brasileiro formalmente deter o monopólio da violência legítima, não havia, efetivamente, a supremacia de poder das decisões estatais sobre as forças responsáveis pela aplicação dessa força, na democracia entre 1946 e 1964. Havia apenas um controle parcial do estado regional sobre o sistema policial de sua área de competência. Era frágil e inconsistente, portanto, o monopólio da força (Adorno, 2002, p. 299).

A relação entre polícia e legalidade democrática é pautada por dissensões e conflitos, seja pelas suas peculiaridades institucionais, seja pelas particularidades da sociedade na qual está inserida.

4 EFICIÊNCIA POLICIAL

Em discurso na Assembléia Legislativa, o Deputado Estadual Ulisses Guimarães comentou, em julho de 1947, sobre a sensação de insegurança vivida pelos paulistanos, dizendo que a cidade estaria *despoliciada e à mercê dos ladrões*, fato que poderia ser comprovado pelos jornais, segundo o deputado¹⁸.

17 “Discricionariedade é a margem de liberdade conferida pela lei ao agente público para que cumpra seu dever, é o seu poder de decidir atos de sua competência, dentro dos limites legais, para realizar o bem comum.” (DINIZ, M. H. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1998)

18 AHAL. Anais da Assembléia Legislativa, v. 1, 1947, p. 38-39.

Em 1953, o Ibope realizou pesquisa de opinião entre os paulistanos sobre a eficiência da polícia. Os resultados apurados foram negativos. O Ibope comentou que o policiamento das cidades era um

“problema angustiante para as populações urbanas. Não é de hoje que se observam reclamações constantes contra a ineficiência policial nas grandes metrópoles.”¹⁹

O policiamento em São Paulo é eficiente ou ineficiente?			
	Homens	Mulheres	Total
Ineficiente	49%	45,2%	57,1%
Eficiente	35,8%	38,8%	37,1%
Sem opinião	15,2%	16%	15,6%

O modo como os policiais construíam a história da corporação, como analisavam o presente em que viviam, o cotidiano do trabalho e a atuação dos governantes auxilia a conhecer melhor a cultura policial e a mapear os problemas que enfrentavam.

Uma publicação da Força Pública comentou a história da instituição, em 1947. A avaliação positiva era feita apenas para o período anterior a 1924, pois, segundo o texto, desde então a corporação entrara em decadência, por ter se ligado muito à política. Durante o governo Vargas, quase teria sido extinta, mas, com o retorno da democracia, a FP fora devolvida ao policiamento, desagradando a Guarda Civil. O artigo comentava que nem sempre a FP realizava sua tarefa com o *necessário cuidado*, resultando em críticas da imprensa que, *se não são totalmente razoáveis, também não são totalmente destituídas de fundamento*. A instituição deveria agir sempre de maneira honesta e legal para que tivesse o apoio do povo nas suas reivindicações, assim como ampliação de suas atribuições, o aumento de efetivo e a melhoria de vencimentos. Para a retomada dos bons tempos da corporação, seria necessário agir dentro da legalidade, para a conquista de apoio da população e da imprensa às suas reivindicações junto ao governo estadual²⁰. Assim, em períodos democráticos, atuar dentro dos padrões do Estado de Direito é adquirir moeda política para negociar junto ao governo.

Um artigo de revista da FP comentou, em 1951, o despreparo do soldado para as tarefas de policiamento. O soldado, semi-alfabetizado, patrulhava com armamento inadequado e antiquado, não tinha instrução técnica de ataque e de defesa pessoal. O resultado era o *assombroso índice de criminalidade no interior*, onde o *primeiro sacrificado* seria sempre o policial, que tomaria um dos caminhos: *cadeia, cemitério ou hospital*.

Faltava treinamento adequado para soldados da Força Pública. O setor policial não necessitava apenas de mais armas e carros, como os discursos de governadores e secretários de segurança muitas vezes professavam, mas de instrução adequada e mecanismos eficazes de controle e punição de eventuais desvios de conduta para a adequação ao Estado de Direito.

19 AEL (Arquivo Edgard Leuenroth). Boletim das classes dirigentes. Coleção Ibope, 1953.

20 MP. *Militia*, a. I, n. 1, nov./dez. 1947.

O meio policial da época percebia sua instituição em deterioração, decadente em meio ao aumento da criminalidade. Para os policiais, nem sempre os políticos estariam dispostos a apoiá-los e a conceder-lhes os recursos necessários.

Em 1962, uma reportagem diagnosticou os problemas enfrentados pela segurança pública: falta de homens, a dispersão de comando entre as várias corporações, a inexistência de uma polícia preventiva e científica eficaz. A justiça criminal teria leis obsoletas e a organização judiciária não permitiria a dinamização dos trabalhos. O processo de recuperação do preso deixava a desejar. O jornal concluiu que se um assaltante não fosse preso, se os crimes ficassem insolúveis, a culpa não poderia ser atribuída somente à polícia, mas a todo o sistema preventivo-repressivo²¹. Procurava-se, assim, analisar a questão policial de um ângulo mais amplo, associada ao sistema de justiça e ao sistema penitenciário.

O processo de urbanização, de industrialização e de crescimento econômico por que passou a sociedade brasileira no pós-II Guerra Mundial foi acompanhado do aumento da pobreza nas grandes cidades e da sensação de insegurança. Nesse contexto, a polícia sentia-se despreparada para conter a criminalidade, alegando ter treinamento inadequado, além de número insuficiente de policiais e de recursos, causando insatisfação na sociedade, no governo e na imprensa quanto à sua eficácia e conduta.

A solução para muitas autoridades policiais e do executivo estadual estaria na maior alocação de recursos, na contratação de novos policiais e na reforma no sistema de segurança pública. Essas soluções são tradicionalmente levantadas, mas têm um alcance estreito, seja porque as reformas não são plenamente executadas, seja porque a polícia tem eficácia limitada para conter a ocorrência de crimes (Bayley, 1994, p. 31).

5 A POLÍTICA NA POLÍCIA

Entre 1946 e 1964, a política paulista foi polarizada por dois grupos rivais, o de Jânio Quadros e o de Ademar de Barros. Os períodos eleitorais eram os de competição mais acirrada. Tanto Ademar de Barros como Jânio Quadros queriam ter apoio político e conviver em harmonia com as instituições policiais. Em vários momentos, porém, houve conflitos entre polícia e governo, como em casos de não aceitação de diretrizes e críticas do governador em relação à segurança pública, reivindicações salariais de policiais não atendidas que resultaram em greves no setor e o uso do trabalho policial com finalidades políticas. Outro ponto de conflito entre a polícia e o governo era quanto ao controle e a punição de condutas ilegais dos policiais.

A Força Pública, por ser uma corporação militarizada, tinha na disciplina e na obediência hierárquica um importante componente de sua cultura. Entretanto, tais princípios eram deixados em segundo plano em momentos de reivindicação salarial, a principal fonte de reivindicação e protesto na FP no período de 1946 a 1964.

A situação de conflito entre governo e FP culminou, em janeiro de 1961, com o movimento grevista dos bombeiros da Força Pública, em São Paulo. O movimento

21 MP. *Militia*, a. XV, n. 94, mar./abr. 1962. Transcrição de artigo do jornal *O Estado de São Paulo*, 13 mar. 1962.

eclodiu após a Assembléia Legislativa ter rejeitado a proposta de equiparação de vencimentos entre funcionários da FP e servidores civis. A greve logo se espalhou na FP e teve a solidariedade da Guarda Civil²².

Segundo relatório do Departamento de Investigações, oficiais e soldados à paisana, juntamente com soldados fardados, criticaram o governo Carvalho Pinto em plena praça. O Capitão Sidney Gimenez Palácios teria declarado que Carvalho Pinto *tinha preparado a sua cova* e a FP iria *enterrá-lo*. A FP não tinha receio do Exército, porque contaria com o apoio dos estudantes e dos operários e teria recebido representantes de vários sindicatos, como o dos metalúrgicos e tecelões.

Um jornal analisou as causas do movimento grevista, mostrando-se favorável ao Governador Carvalho Pinto e contrário a Ademar de Barros. Segundo a matéria, os acontecimentos não ocorreram pela total subversão da ordem, da disciplina e do espírito hierárquico que se apossou da FP durante a administração Ademar de Barros. Carvalho Pinto teria aumentado em 111,6% os salários dos soldados da FP, de 1958 a 1961. O chefe do executivo teria sido levado a tomar drásticas medidas para impedir que a desordem nos quartéis se transformasse em instrumento político para que comunistas e outros grupos políticos derrubassem a ordem social e impedissem a posse do Presidente eleito Jânio Quadros²³.

Nota-se a clara opção política do jornal pelo governo Carvalho Pinto, aliado de Jânio Quadros, contra o rival Ademar de Barros. Certamente a greve contou com a participação de policiais ligados a partidos e movimentos de esquerda, que aproveitaram a ocasião para exprimir suas reivindicações.

Entre 1959 e 1963, a FP passou por graves momentos de insubordinação, revelando que parte de seus soldados e oficiais participava ativamente de movimentos políticos e não se intimidava facilmente com pressões do governo ou de seus superiores. Havia, ainda, grupos de soldados e oficiais na FP estreitamente ligados com o movimento sindical e estudantil e com partidos de esquerda.

O Departamento de Ordem Política e Social, além de investigar a conduta de personalidades políticas e de partidos, acompanhava de perto a participação de policiais na política, sua ligação com sindicatos e partidos, visando principalmente identificar uma possível *infiltração* comunista nas instituições policiais e coibir atos de insubordinação.

O DOPS identificou integrantes da FP e da Guarda Civil solidários com bandeiras de esquerda, como a defesa da *exploração do povo* e o apoio ao regime comunista cubano. Como exemplo, a Guarda Civil não teria agido com a eficiência necessária em relação ao pichamento do consulado dos EUA, em 24 de outubro de 1961. A GC demorou a aparecer e ainda aceitou as evasivas de estudantes que disseram ter autorização do DOPS para redigir um convite para um comício, embora as inscrições fossem *viva Cuba e abaixo o imperialismo*²⁴.

22 AESP, DOPS, 50-D-18, Pasta 9. Relatório do delegado especializado de ordem social João Ranali, 3 mai. 1961.

23 AESP, DOPS, 50-D-18, Pasta 9. *O Estado de São Paulo*, 18 jan. 1961.

24 AESP, DOPS, 50-D-18, Pasta 9. Informação reservada do DOPS, 26 out. 1961.

No início de 1963, houve protestos entre policiais contra a decisão da justiça eleitoral de anular a eleição de sargentos da FP e de comunistas. Na época, os sargentos eram inelegíveis. Em muitas assembléias sindicais, foram realizados protestos²⁵. Na FP, havia uma Comissão Regional Pró-Elegibilidade dos Suboficiais, Subtenentes e Sargentos²⁶. Esse movimento era claramente favorável a uma maior politização dos suboficiais da Força.

O PCB relacionava a posse dos sargentos à luta contra o aumento do custo de vida e pela melhoria salarial. O movimento pelo direito de concorrer às eleições crescia entre os sargentos e praças da FP, do Exército e de outras corporações militares.

Em reunião no Centro Social dos Sargentos, com cerca de mil sargentos, cabos e praças da FP, um soldado da FP fez discurso de

“advertência à classe dominante e aos reacionários, dizendo: não somos mais instrumentos dos poderosos para massacrar e perseguir os trabalhadores e o povo, quando estão em luta por seus legítimos direitos; passou o tempo em que éramos utilizados para espancar o povo. Estamos ao lado dos operários e camponeses, de quem somos filhos e irmãos.”²⁷

CONCLUSÃO

Entre 1946 e 1964, a Polícia Civil, apesar de possuir menor contingente, era a instituição que coordenava as tarefas de policiamento, fator gerador de rivalidades e conflitos principalmente com a Força Pública. A Polícia Civil e a Força Pública tinham autonomia de ação frente ao governo e à SSP. No interior de cada instituição, por sua vez, o serviço de policiamento era exercido sem grande controle pelos superiores hierárquicos. Qualquer tipo de fiscalização e punição externa, e mesmo interna, era sentida como negativa e passível de ser negada ou anulada por estratégias defensivas.

Tais fatores contribuíram para a existência de impunidade e de corrupção no interior do sistema policial, além de dificultar sua adaptação à legalidade democrática e às novas exigências sociais. A atuação da polícia ora se pautava por idéias e ações condizentes com um Estado Democrático de Direito, ora por condutas características de períodos autoritários. A tradição democrática começava a se firmar e a autoritária não fora esquecida.

Movimentos e partidos de esquerda influenciaram parcela da corporação a se comportar como qualquer outro grupo trabalhador da época que reivindicava aumentos salariais: através de protestos, greve e da politização de seus membros. Além disso, os governadores utilizavam a polícia como base eleitoral e de poder.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. Monopólio estatal da violência na sociedade brasileira contemporânea. In: MICELI, Sergio (Org.). *O que ler na ciência social brasileira – 1970-2002*. São Paulo: Sumaré, 2002.

25 AESP, DOPS, 50-D-18, Pasta 9. Relatório DOPS, 23 fev. 1963.

26 AESP, DOPS, 50-D-18, Pasta 9. Relatório DOPS, 05 jul. 1963.

27 AESP, DOPS, 50-D-18, Pasta 9. Relatório DOPS, 23 fev. 1963.

- _____. Consolidação democrática e políticas de segurança pública no Brasil: rupturas e continuidades. In: ZAVERUCHA, Jorge (Org.). *Democracia e instituições políticas brasileiras no final do século XX*. Recife: Bagaço, 1998.
- BAYLEY, David H. *Padrões de policiamento*. São Paulo: Edusp, 2001 (edição inglesa de 1985).
- _____. *Police for the future*. NYC, Oxford: Oxford University Press, 1994.
- BITTNER, Egon. *Aspects of police work*. USA: Northeastern University Press, 1990.
- BRETAS, Marcos Luiz; PONCIONI, Paula. A cultura policial e o policial civil carioca. In: PANDOFI, Dulce Chaves et al. *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.
- BRITO, Emygdio Álvaro de; MIRANDA, Darcy Arruda. *Organização e prática policial*. São Paulo: Max Limonad, 1966.
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: 34; Edusp, 2000.
- COSTA, Heitor. O controle da violência da polícia pelo sistema penal. *Justitia*, São Paulo, v. 131, p. 194-207, 1985.
- FISCHER, Rosa Maria. O círculo do poder – As práticas invisíveis de sujeição nas organizações complexas. In: FLEURY, Maria Tereza Leme; FISCHER, Rosa Maria. *Cultura e poder nas organizações*. São Paulo: Atlas, 1996.
- _____. *O direito da população à segurança*. Petrópolis: Vozes/Cedec, 1985.
- KEANE, J. (Ed.). *Civil society and the state*. New european perspectives. London, New York: Verso, 1988.
- McCOY, Candace. The cop's world: modern policing and the difficulty of legitimizing the use of force. *Human Rights Quarterly*, v. 8, n. 2, p. 270-293, mai. 1986.
- PESTANA, José César. *Manual de organização policial*. São Paulo: Serviço Gráfico da SSP, 1959.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. Violência e cultura. In: LAMOUNIER, Bolívar; WEFFORT, F.; BENEVIDES, M. (Org.). *Direito, cidadania e participação*. São Paulo: T.A. Queiroz, 1981.
- REINER, Robert. *A política da polícia*. São Paulo: Edusp, 2004.
- REISS, Albert J.; BORDUA, David J. Environment and organization: a perspective on the police. In: BORDUA, David J. (Ed.). *Police: six sociological essays*. NYC: John Wiley, 1967.
- TEIXEIRA, Mário. *Manual do guarda civil*. São Paulo: Gráfica da SSP, 1963.
- WEBER, M. Os fundamentos da organização burocrática: uma construção de um tipo ideal. In: *Sociologia da burocracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1966.
- WILSON, James Q. *Political organizations*. New Jersey: Princeton University Press, 1995.
- Fontes primárias:
- AEL (Arquivo Edgard Leuenroth). Boletim das classes dirigentes. Coleção Ibope, 1953.
- AESP (Arquivo Público do Estado de São Paulo). Acervo DOPS (Delegacia de Ordem Política e Social). Dossiê 50-D-18, Pastas 5, 8, 9; dossiê 50-Z-30, Pasta 3, 4, 6; dossiê 50-H-031, Pasta 2.
- AHAL (Acervo Histórico da Assembléia Legislativa). Anais da Assembléia Legislativa, v. 1, 1947.
- FORÇA PÚBLICA. Regulamento disciplinar. Quartel General Tipografia, São Paulo, 1963.
- MP (Museu de Polícia – Polícia Militar). *Militia*, 1947; 1948; 1962.
- SSP (Secretaria da Segurança Pública). Relatório da Polícia de São Paulo do ano de 1947. São Paulo, 1948.

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL, CONTRATUAL E PÓS-CONTRATUAL

Renata Helena Paganotto Moura

Mestre em Direito pela PUC/SP, Professora da Pós-Graduação em Processo Civil da PUC/SP, Professora de Direito Civil, Processo Civil e Prática Jurídica Extrajudicial da Faculdade Campo Limpo Paulista.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Responsabilidade e obrigação; 2 Responsabilidade civil: contratual e extracontratual; 3 Responsabilidade contratual; 4 Responsabilidade pré-contratual; 5 Responsabilidade pós-contratual; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Os contratos devem ser cumpridos sob pena de responsabilidade. Essa idéia é comum a todos. Diz-se que o contrato é lei entre as partes, *pacta sunt servanda*.

Sendo assim, a responsabilidade contratual sempre foi um assunto tratado pelo nosso legislador na matéria relativa ao inadimplemento das obrigações.

Ao descumprir uma obrigação estabelecida em um contrato, sabe-se que poderá incidir os efeitos do inadimplemento, mora, perdas e danos, juros, cláusula penal e arras. “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”, nos diz o art. 389 do CC.

Mas junto a esta idéia surgem duas novas, uma responsabilidade que surge ainda nas tratativas de negociação e outra que perdura após o término do contrato, e a essas se têm chamado de responsabilidade pré-contratual ou culpa *in contrahendo* e responsabilidade pós-contratual ou culpa *post pactum finitum*.

Sobre estas responsabilidades trataremos neste breve estudo.

1 RESPONSABILIDADE E OBRIGAÇÃO

Podemos iniciar estabelecendo a diferença entre responsabilidade e obrigação, tão comumente confundidas.

Obrigação é o vínculo jurídico estabelecido entre credor e devedor cujo objeto é uma prestação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa. É clássica a definição de Justiniano nas Institutas de que *obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura* (a obrigação é um vínculo jurídico que nos obriga a pagar alguma coisa, ou seja, a fazer ou deixar de fazer alguma coisa).

Também se conceitua obrigação como a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor, cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo.

Sendo assim, o conceito de obrigação sempre está relacionado a uma prestação devida pelo devedor ao credor, a fonte por excelência desta obrigação é o contrato, mas também os atos unilaterais, e, para alguns, também a lei.

A responsabilidade surge como um segundo momento dessa relação, quando não cumprida a obrigação.

Os dois termos se confundem, pois responsabilidade também nos dá a idéia de obrigação, muitas vezes nos dizemos responsáveis como sinônimo de obrigados (p. ex., isso é minha responsabilidade significando, também, isso é minha obrigação).

E em certo sentido realmente se assemelham, mas no sentido jurídico devemos estabelecer sua diferença e assim saber que obrigação refere-se à relação estabelecida entre credor e devedor para uma prestação que, se descumprida, surgirá a responsabilidade.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL: CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Quando distinguimos a responsabilidade contratual da extracontratual, estamos diferenciando o dever que foi violado: um dever oriundo do contrato (art. 389 do CC) ou um dever geral de não causar dano a outrem (art. 927 do CC).

Para Cavalieri, “esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato, ou, por outro lado, pode ter por causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei”.

Assim afirmamos que uma responsabilidade é contratual quando ela surge do descumprimento do contrato e afirmamos que uma responsabilidade é extracontratual ou aquiliana quando ela surge do cometimento de um ato ilícito.

Claro que apesar de aparentemente simples, saber se há ou não um contrato preexistente entre as partes para definir se a responsabilidade é contratual ou extracontratual, nem sempre se afigura tão fácil esta distinção.

Por exemplo, um acidente de trânsito que causa dano em um passageiro de um carro que tinha pegado carona com seu colega. É uma responsabilidade contratual ou extracontratual? Há um contrato de transporte entre as partes?

A mesma questão se coloca nos dois temas que iremos aqui discutir. Um dano provocado nas tratativas negociais é uma responsabilidade contratual ou extracontratual? E um dano causado por uma conduta indevida realizada posterior ao contrato, é uma responsabilidade contratual ou extracontratual?

Não são questões simples de se resolver, mas devem ser enfrentadas, comecemos com a responsabilidade contratual.

3 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

A responsabilidade contratual nasce do descumprimento de um contrato.

É então requisito inicial desta responsabilidade que haja um contrato entre as partes e que este seja válido.

O descumprimento do contrato pode dar-se de várias formas: pelo devedor ou pelo credor, pode ser absoluto ou relativo, pode ocorrer com ou sem culpa.

Os arts. 389 a 420 do Código Civil cuidam do inadimplemento das obrigações.

Há inadimplemento absoluto quando não há mais utilidade no cumprimento da obrigação para o credor, há inadimplemento relativo ou mora, quando ainda é útil o cumprimento da obrigação para o credor.

Os elementos da responsabilidade contratual são os mesmos da responsabilidade civil: culpa → dano → nexo causal.

É necessário que haja culpa para que surja o dever de indenizar, mas é necessário que haja prejuízo a ser indenizado e, por último, é necessário que haja nexos causal entre esses elementos, ou seja, que o dano seja oriundo do descumprimento do contrato.

Devemos, porém, lembrar que a culpa civil não se identifica com a penal, o seu sentido é mais abrangente e abrange, inclusive, o dolo.

Como para o direito civil, a responsabilidade está ligada com a reparação do prejuízo, esta é a sua preocupação, logo, importa o prejuízo e não a conduta do agente, pois se com dolo ou culpa o dano foi o mesmo, é este que deve ser indenizado. Para o direito penal, a responsabilidade está relacionada com a conduta, e esta que será sancionada, importa saber se a conduta foi culposa ou dolosa.

Assim, para o direito civil, deixar de cumprir um contrato já é agir culposamente, só não haverá culpa se o descumprimento ocorreu por um caso fortuito ou de força maior, ou ainda se o descumprimento foi do credor.

Os contratos podem já prever os efeitos do inadimplemento estabelecendo juros, cláusula penal e arras.

Neste caso, não haverá necessidade de provar o prejuízo, pois este já foi preestabelecido contratualmente.

Se as partes estabelecerem num contrato uma cláusula penal (multa) para o caso de descumprimento, quando este ocorrer a pena incidirá automaticamente, sem necessidade de provar o prejuízo, pois este, como dissemos, já foi preestabelecido pela cláusula. É por isso que diz o código no art. 416, *caput*: “Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo”.

Também se numa obrigação de pagamento foram estabelecidos pelas partes juros moratórios (pelo atraso), ou mesmo se não estabelecidos, diante deste os juros incidirão automaticamente, independente da prova do prejuízo. É o que estabelece o art. 407: “Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes”.

Por isso, quando estes efeitos já estiverem pré-fixados num contrato, o credor só deverá alegar seu descumprimento. O devedor, por sua vez, é que deverá provar que o descumprimento não se deu por culpa.

Caso não haja esta pré-fixação no contrato, quando ocorrer o descumprimento deverá o credor alegar o descumprimento e também o prejuízo, que para ser indenizado deverá ser provado. O devedor, por sua vez, neste caso, poderá provar que o descumprimento não se deu por sua culpa ou que não houve prejuízo.

4 RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

Que o contrato gera responsabilidade este é um pensamento comum, como dissemos no início deste artigo, todos que contratam sabem que este deve ser cumprido sob pena de responsabilidade, *pacta sunt servanda*.

Por mais que a força do contrato não seja a mesma do passado, havendo cada vez mais considerações a serem feitas acerca da sua validade e da sua exigibilidade diante de cláusulas abusivas, de fatos imprevistos etc., todos sabemos que devemos cumpri-los, afinal ele foi o pacto de nossa vontade.

Mas pensar em uma responsabilidade que surge quando ainda não contratamos, quando ainda estamos na fase das negociações preliminares, é um pensamento novo.

Não tão novo assim, pois a tese da *culpa in contrahendo* ou responsabilidade pré-contratual surgiu na Alemanha, em 1861, sob a pena de Rudolf Von Ihering.

A aceitação desta teoria repercutiu fortemente no mundo ocidental, sendo prevista na Alemanha, na Itália e em Portugal.

No Brasil, apesar de inicialmente rechaçada, como nos conta Rogério Doninni¹, após a obra de Antônio Chaves, de 1959, com este título “Responsabilidade pré-contratual”, passou esta a ganhar larga aceitação.

O CC de 2002, inovando em seu texto, dispõe expressamente no art. 422 que: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

A boa-fé, aqui objetiva, é o elemento central desta teoria. Pois diz-se que pela boa-fé nos surgem os chamados deveres de conduta, e que devem estar presentes também nesta fase pré-contratual. Assim, informar, ser leal, transparente na negociação são deveres exigidos de todos os que contratam.

Discute a doutrina se esta responsabilidade é contratual ou extracontratual. A primeira corrente é mais aceita, pois argumentam seus autores que, por ainda não haver contrato, a responsabilidade não surgiria de um vínculo entre as partes, mas do dever geral de não prejudicar outrem. A segunda corrente encontra menos adeptos, mas tem entre seus defensores Antônio Junqueira de Azevedo, para quem a responsabilidade civil pré-contratual, embora provenha de um ato ilícito, resulta da quebra de um dever específico de boa-fé, motivo pelo qual a responsabilidade seria contratual e não extracontratual².

1 DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual* – No novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53.

2 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 18, p. 23, 1996.

Esta tese nos parece ser a mais acertada. Devemos entender que mesmo na fase das negociações preliminares já existe um vínculo entre as partes, impondo a essas deveres de conduta.

Sílvio Venosa aborda o tema da responsabilidade pré-contratual sob dois elementos: da recusa em contratar e do rompimento das negociações preliminares.

Com relação ao primeiro, nos diz o autor que quem se recusa a contratar, pura e simplesmente, ou quem, injustificadamente, desiste de contratar, após iniciar eficientes tratativas, pode ser obrigado a indenizar.

A recusa injustificada na venda ou prestação de serviços pode inclusive representar um abuso de direito³. Se alguém se propôs a vender um bem, não pode simplesmente recusar a venda a alguém sem nenhum motivo justificado. Se isto nas relações civis já é certo, mais ainda nas relações de consumo, em que a oferta obriga o consumidor (art. 35 do CDC).

Com relação ao segundo elemento, rompimento das negociações preliminares, observa Venosa que há necessidade de que o estágio das preliminares da contratação já tenha imbuído o espírito dos postulantes da verdadeira existência do futuro contrato.

Não é o rompimento de qualquer negociação, mas daquela que já tinha provocado na parte a expectativa razoável do contrato.

Dário Vicente nos coloca uma questão para começarmos a refletir sobre a responsabilidade pré-contratual sob o prisma do rompimento das negociações preliminares: suponha que um empresário estabelecido em Porto Alegre convida um colega do Recife a viajar até àquela cidade, a fim de negociarem um contrato. O convidado apanha um avião, aluga um automóvel e instala-se a expensas suas num hotel. Quando chega ao escritório do anfitrião, este informa-o de que celebrou o contrato com um terceiro duas semanas antes. Pode o empresário pernambucano exigir do gaúcho o reembolso das despesas que fez tendo em vista a conclusão do referido contrato? E pode, além disso, reclamar uma indenização por ter perdido a oportunidade de celebrar o mesmo contrato com um terceiro⁴?

A resposta é positiva diante dos elementos da responsabilidade pré-contratual, pois não agiu com lealdade o empresário de Porto Alegre ao deixar de informar que também estava negociando com outra pessoa esse negócio, mesmo que já tenha fechado negócio com este.

Venosa também, no caso do rompimento das negociações preliminares, diferencia as relações civis e consumeristas. Na relação civil, não pode a parte exigir o implemento do contrato que não foi realizado, apenas a responsabilidade diante de seu desfazimento, mas na relação consumerista, dada a vinculação da oferta ao fornecedor, o consumidor pode exigir deste o implemento do contrato (art. 35, I, CDC).

3 “Art. 187. 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.”

4 VICENTE, Dário Moura. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 18, p. 3, 2004.

5 RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL

É possível após o término do contrato continuar havendo deveres entre as partes? É possível uma exigir da outra uma conduta, e, diante da não-observância desta conduta, responsabilizá-la?

São estas algumas das questões que se colocam ao discutir a responsabilidade pós-contratual, ou culpa *post pactum finitum*.

Como nos relata Rogério Doninni, a ideia de responsabilizar uma pessoa após a extinção de uma relação obrigacional, mesmo estando cumprida a prestação, não é recente. Todavia, no plano mundial, a doutrina e a jurisprudência acerca desse tema são extremamente escassas⁵.

A tese, assim como a da responsabilidade pré-contratual, surgiu na Alemanha em 1910, conforme também nos informa o autor, mas o marco de seu acolhimento deu-se em 1925, quando o *Reichsgericht* (RG) decidiu que, após o término de uma cessão de crédito, o cedente deveria continuar a não impor obstáculos ao cessionário. No ano seguinte, nova decisão aplicou essa teoria ao determinar, findo um contrato de edição, que o titular dos direitos de publicação (no caso os herdeiros de Flaubert) estava impedido de fazer concorrência ao editor, por meio da publicação de novas edições, enquanto não esgotadas as anteriores⁶.

Seu principal fundamento também está na boa-fé objetiva, que, como cláusula geral de nosso sistema, é interpretada no Direito contratual como uma exigência (dever) das partes se portarem, como lealdade, confiança, proteção. E esses deveres não são exigidos somente durante a execução do contrato, mas antes e também depois.

Imagine que um químico tenha sido contratado para prestar serviço em uma empresa de cosméticos e, após findo seu contrato, revela segredos desta empresa à concorrente. Esta conduta é permitida? Mesmo que o contrato não estabelecesse essa proibição, poderíamos afirmar que haveria uma responsabilidade deste químico?

E agora imagine uma empresa de roupas que contrata um estilista famoso para fazer sua coleção de inverno, e este, após o término de sua prestação de serviço, vende os mesmos modelos a outra empresa?

Nos dois casos, chama atenção a conduta antiética, mas isso tem proteção no Direito, principalmente no direito contratual?

Sim, pela doutrina da responsabilidade pós-contratual, nos dois casos surgem responsabilidades das partes que infringiram deveres de conduta.

Caso esta conduta já estivesse prescrita contratualmente ou por lei, chamaríamos então de pós-eficácia aparente⁷.

5 DONNINI, Rogério Ferraz. Op. cit., p. 85.

6 Idem, ibidem.

7 “É mister esclarecer, contudo, que se o dever de informação, proteção ou lealdade estiver previsto em lei, de maneira específica e que se enquadre ao caso concreto, ou ainda contratualmente, não será hipótese de responsabilidade pós-contratual, mas exato cumprimento de determinação legal que estende os efeitos do contrato, ou disposição contratual que estende uma certa produção de efeitos. A mera produção de efeitos para o momento posterior à celebração do contrato não configura a responsabilidade pós-contratual, ao menos segundo o enfoque aqui tratado.” (Idem, ibidem, p. 102)

O art. 422 do CC, que fundamenta legalmente a responsabilidade pré-contratual, também é utilizado como fundamento da responsabilidade pós-contratual, apesar de receber críticas por ter deixado de constar esta expressão – pós-contratual. E por isso que o Projeto nº 6.960/2002 propõe alterar sua redação para o seguinte texto:

“Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo o mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade.”

CONCLUSÃO

Concluimos este breve estudo observando que a responsabilidade contratual não decorre somente do cumprimento do contrato, mas de seus deveres acessórios baseados na boa-fé objetiva, que impõe aos contratantes pautar-se no momento de suas negociações preliminares com lealdade, proteção, informação para que o contrato corresponda exatamente àquilo que foi pretendido pelas partes e não frustre suas reais expectativas, assim também, para que o contrato forneça a segurança esperada pelas partes mesmo após o seu término.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 18, p. 23-31, 1996.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual – No novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, v. 2, 2007.
- VICENTE, Dário Moura. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 18, 2004.

INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL NA JURISDIÇÃO COMUM E TRABALHISTA: CAUSAS, COMPETÊNCIA, NATUREZA JURÍDICA E RECURSO CABÍVEL

Aparecida Dias de Oliveira Formigoni

Advogada, Especialista em Direito Trabalhista e Mestra em Direitos Fundamentais, Membro de Número da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Professora da Pós-Graduação do Centro Universitário da FEI – IECAT, Professora das Disciplinas Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Direito Previdenciário, Prática Trabalhista e Direito Civil I e II do Curso de Direito da Faculdade de Campo Limpo Paulista (FACCAMP), Professora da Disciplina Direito Civil I e II do Curso de Direito da Faculdade de Paulínia (FACP).

RESUMO: Como se pode perceber do ponto de vista da efetividade da prestação jurisdicional, é mister que a petição inicial seja analisada sob o aspecto de sua aptidão processual – logo de início –, seja para ser indeferida – se estiverem presentes vícios insanáveis –, seja para determinar “eventualmente” sua correção – quando presentes vícios sanáveis, pois a sua morosidade faz com que o autor cumule dois prejuízos: o do indeferimento e o do aguardo demorado deste. E, sob este aspecto, o acesso efetivo ao sistema processual não significa necessariamente acesso à justiça, à ordem jurídica justa, que somente um sistema eficiente proporciona.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Causas do indeferimento; 2 Do ato de indeferimento; 2.1 Competência; 2.2 Natureza jurídica; 3 Do recurso cabível; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Iniciamos este estudo com a afirmação de que efetividade e eficiência não são sinônimas. Segundo Cappelletti, existe diferença sutil, mas profunda, entre efetividade e eficiência: “A efetividade diz respeito às partes, seu acesso à maquinaria de proteção, enquanto que a eficiência se refere à forma pela qual essa mesma maquinaria trabalha”¹.

Assim sendo, a partir da visão de processo como instrumento voltado a um resultado externo, pretendemos revisitar alguns temas clássicos do direito processual. A volta ao interior do processo para relembrar conceitos mostra-se imprescindível. Neste sentido, temos as palavras de José Carlos Barbosa Moreira:

“O bom músico, exímio na interpretação dos mais avançados compositores dos nossos dias, não hesita em retornar, de vez em quando, ao repertório tradicional e tocar uma peça de Mozart ou Beethoven. Apenas provavelmente

1 CAPPELLETTI, Mauro apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*, p. 43.

sua execução já não será a mesma: ela há de ler a partitura com outros olhos. Assim também possamos nós, outros processualistas, revisitando lugares veneráveis divisar na paisagem cores até então despercebidas e escolher as tintas adequadas para revelar novas tonalidades.”²

Pretendemos, destarte, abordar e descrever em exposição sistemática e com simplicidade o procedimento adotado entre nós, no exercício da jurisdição civil e trabalhista – concernente à fase postulatória –, no que tange ao instituto do “indeferimento da petição inicial”, conforme o disciplinamento legal dado pela Lei nº 5.869 (Código de Processo Civil), de 11.01.1973, em vigor desde 1º.01.1974, com as modificações introduzidas pela legislação posterior; e pelo Decreto-Lei nº 5.452 (Consolidação das Leis do Trabalho), de 01.05.1943, em vigor desde 10.11.1943, também com as modificações introduzidas por legislação posterior. Assim, lembramos que, em casos especiais, a teor da norma jurídica, vê-se o órgão jurisdicional impedido de adentrar o mérito da demanda, cabendo o proferimento de sentença terminativa (denominação doutrinária, cuja conceituação será abordada de forma aprofundada mais adiante). Lembramos que, quando o indivíduo invoca a prestação da tutela jurisdicional do Estado, é certo que está pretendendo obter um provimento que lhe assegure um bem ou uma utilidade da vida. Isso corresponde a dizer que o autor visa, sempre, a um pronunciamento da jurisdição atinente ao mérito da demanda. Visto o assunto sob esse ângulo, surge logicamente a conclusão de que apenas os provimentos que examinassem o mérito da causa deveriam receber a denominação de sentença, pois esta representa a resposta jurisdicional às pretensões formuladas pelo demandante *res in iudicio deducta*.

No entanto, o atual Código de Processo Civil conceitua como sentença toda dicção jurisdicional dotada de aptidão para dar fim ao processo com ou sem resolução da lide (mérito). Todavia, não raro, surgem certos “fatos” que impedem o desenvolvimento do processo rumo à sentença de mérito, fazendo com que este se finde prematuramente.

A sentença que assim o extingue, a doutrina de outrora, estribada na legislação da época, chamava de terminativa, terminologia que o atual Estatuto Processual Civil abandonou. Fala-se, hoje, em sentença que examina o mérito (antiga definitiva) e sentença que não o examina (antiga terminativa). Variações terminológicas à parte (eis que a práxis forense acabou por adotá-las), o certo é que o processo se extingue por modo anormal sempre que a sentença não aprecia o mérito da causa. Essa terminação anômala, mesmo assim, produz alguns efeitos de caráter endoprocessual para os litigantes. Basta argumentar com o decurso do prazo para a interposição de recurso da sentença (fenômeno do qual trataremos mais adiante), que faz gerar a preclusão por força da qual as partes ficam impedidas de discutir novamente a demanda na mesma relação processual. A esse fenômeno a doutrina tem designado de “coisa julgada formal”, em contraposição à material.

Manoel Antônio Teixeira Filho faz críticas à terminologia *supra*, afirmando:

“A locução ‘coisa julgada formal’, embora consagrada, apresenta uma intransponível contradição entre os próprios termos pelos quais é enunciada.

2 MOREIRA, José Carlos Barboza apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*, p. 44.

Com efeito, se o processo foi extinto sem pronunciamento acerca do mérito, não se pode dizer, sem *faltar* contra a lógica, que houve coisa julgada (mesmo que ‘formal’ ou ‘processual’) simplesmente porque a *res*, entendida como a pretensão de natureza material, que constitui objeto de lide, não foi julgada!”³

Justificando a assertiva, o supra-referido autor esclarece que⁴:

“O que a sentença ‘terminativa’ traz, implícita, é uma declaração de que, em decorrência de determinados empecilhos, a *res* não pôde ser ‘*iudicada*’, vale dizer, que a prestação da tutela jurisdicional, em sua mais pura expressão, foi frustrada por esses obstáculos fatais.”

Ora, investigada sob a ótica de sua natureza ou de seus efeitos, a sentença “terminativa” pode ser considerada “declaratória negativa”, porque afirma a existência de óbices ao exame do mérito e a impossibilidade da tutela jurisdicional da “*res in iudicio deducta*” ser efetivamente realizada. E, nessa hipótese, não atua a regra do art. 460 do CPC, tampouco ocorre ferimento ao princípio da adstrição ao pedido, que proíbe o juiz de emitir sentença de natureza diversa da pedida, uma vez que o fato de o provimento ser de índole distinta da pleiteada pelo autor se deveu à particularidade de não se poder chegar ao exame do mérito.

A extinção do processo, sem apreciação das questões de fundo da demanda (ou lide), é algo que se dá, na generalidade dos casos, em detrimento dos interesses do autor, porquanto a ele, mais do que ao réu, convinha o prosseguimento do processo em direção ao seu ponto de culminância, qual seja: a sentença de mérito. Já a extinção do processo com a resolução do mérito pode ocorrer em benefício ou em desfavor de qualquer dos litigantes, tudo dependendo da formação do convencimento jurídico do juiz acerca dos fatos da causa e do direito aplicável.

1 CAUSAS DE INDEFERIMENTO

O indeferimento da petição inicial figura como uma das causas de extinção do processo sem resolução do mérito (CPC, arts. 267, I, e 295).

Assim sendo, temos que a petição inicial será indefinida quando:

a) for inepta (CPC, art. 295, I, e parágrafo único); b) a parte for manifestamente ilegítima (CPC, art. 295, II); c) o autor carecer de interesse processual (CPC, art. 295, III); d) o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição (CPC, art. 295, IV); e) o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal (CPC, art. 295, V); f) não atendidas as prescrições dos arts. 39, parágrafo único, primeira parte, e 284 da Lei Adjetiva Civil (CPC, art. 295, VI).

3 TEIXEIRA FILHO, M. A. *Petição inicial e resposta do réu*. São Paulo: LTr, 1996. p. 106-107.

4 *Idem*.

O Código de Processo Civil, no seu art. 282, bem como a Consolidação das Leis do Trabalho, no seu art. 840⁵, no que tange à Justiça do Trabalho, apontam quais são os requisitos que a petição inicial deve indicar para que possa ser considerada apta a dar início à formação do processo validamente e a possibilitar o seu desenvolvimento regular.

Outrossim, lembramos que o processo é o instrumento de direito material atuando como meio para a prestação da jurisdição e deve servir à ordem constitucional e legal, permitindo um acesso rápido e eficaz ao Judiciário, uma participação real das partes e do juiz, tendo-se, por conseguinte, decisões úteis, céleres e justas. Assim sendo, a atividade do juiz deve estar sempre voltada para a prestação jurisdicional justa e visar atingir, na medida do possível, isto é, sempre que a ordem jurídica permita, uma resolução de mérito, de modo a solucionar válida e definitivamente⁶ o litígio trazido a juízo. Destarte, cabe ao juiz facilitar e não dificultar, através de sua atuação, o trabalho das partes no cumprimento das exigências processuais, atribuindo, assim, uma concepção teleológica à atividade jurisdicional.

É diante desta perspectiva que Barbosa Moreira⁷ aponta três classes de razões para o indeferimento da petição inicial pelo juiz. Na primeira classe, ter-se-ia o indeferimento fundado em razão de ordem formal, incluindo-se, nesta, os casos de inépcia da petição inicial – excluído o motivo relacionado no parágrafo único, inciso III, do art. 295 (pedido juridicamente impossível) –, bem como os casos previstos nos incisos V e VI do art. 295 do CPC e, inclui, ainda, a falta de instrumento de mandato outorgado ao advogado do autor, quando exigível – art. 254 do CPC⁸. Na segunda classe, o indeferimento fundado na inadmissibilidade da ação por falta de requisito do seu regular exercício, e aqui o indeferimento abarcaria razões previstas nos incisos II e III do art. 295 do CPC, e pedido juridicamente impossível, hipótese em que a lei inclui entre as de inépcia da exordial (CPC, art. 295, parágrafo único, inciso III), bem como inclui nesta classe os motivos de ausência de condição específica do exercício de ação, como, por exemplo, o pagamento ou depósito das custas processuais, honorários advocatícios a que tiver sido condenado o autor em processo anterior de ação idêntica, extinto sem a resolução do mérito (CPC, art. 268, 2ª parte); e na terceira classe o indeferimento fundado em motivo de mérito, quando por exceção o permita a lei. Aqui se incluem os casos previstos no inciso IV do art. 295 do Código de Processo Civil.

Releva notar que, em qualquer das situações previstas na lei, como causa de indeferimento da petição inicial, se o juiz permitir o prosseguimento do processo ini-

5 Carlos Henrique Bezerra Leite, em sua obra *Curso de direito processual do trabalho*, p. 423, assevera que: “[...] o art. 840 da CLT diz que a petição inicial poderá ser escrita, que é mais usual, ou verbal. Se for verbal, deverá ser reduzida a termo, em duas vias datadas e assinadas pelo Diretor de secretaria ou escrivão. A petição inicial verbal deve observar, no que couber, os requisitos exigidos para a petição inicial escrita (CLT, art. 840, § 2º)”.

6 Em razão da coisa julgada material alcançável somente pela análise do mérito.

7 BARBOSA MOREIRA, J. C. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 16-23.

8 Convém observar que este caso, em tese, não se aplicaria à Justiça Laboral em face do *jus postulandi* das partes; entretanto, optando a parte por petição escrita com o acompanhamento do advogado, pensamos que o reclamante estaria abdicando do direito de postular sem advogado em prol da observância das formalidades legais.

ciado mediante uma petição inicial que deveria ter sido indeferida, estará ensejando prejuízo às partes, porquanto o feito assim principiado estará fadado à futura extinção, sem apreciação do mérito (CPC, art. 267, incisos IV, V e VI), ou mesmo com apreciação do mérito que poderia ser reconhecida quando da propositura da ação (CPC, arts. 269, IV, c/c art. 295, IV). Destarte, esta providência, se adotada no limiar da relação processual, por certo, evita desnecessário e inútil dispêndio de trabalho, tempo e dinheiro e atende aos princípios da economia e celeridade⁹ processual. Quando omitida, impõe às partes ônus injusto¹⁰.

Após as considerações preliminares, analisaremos cada uma das causas de indeferimento da petição inicial, iniciando-se pela causa descrita no inciso I do art. 295 do Código de Processo Civil, qual seja, quando a petição inicial for inepta. Antônio Cláudio da Costa Machado¹¹ assevera que: “Inepta é a petição inicial cujos defeitos tornam impossível o julgamento da causa pelo seu mérito, inviável a apreciação do pedido do autor ou da lide que envolve as partes”. A regularidade formal da petição inicial é um pressuposto processual objetivo positivo. Assim sendo, a sua ausência consiste em irregularidade grave¹², que tende a impedir o magistrado à apreciação do direito de que o autor se diz titular. José Frederico Marques salienta que, especialmente entre os comentaristas do Estatuto Processual de 1939, o entendimento não era uniforme sobre o que seja petição inicial inepta, sendo certo que alguns confinam o pedido inepto em estreita área e restrito conteúdo para conceituar a inépcia como incongruência lógica ou defeito formal. Outros, entretanto, repetem textos das Ordenações Filipinas, ao precisar com exatidão o verdadeiro sentido desses ensinamentos¹³. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery¹⁴ consideram:

“Quando a petição inicial não estiver apta a ser processada, ocorre a sua inépcia, ou seja, a sua inaptidão.”

Destarte, tem-se por inepta a petição inicial, nos termos do parágrafo único do art. 295 do Código, quando:

- I – faltar-lhe pedido ou a causa de pedir;
- II – da narração dos fatos não decorrer, de maneira lógica, a conclusão;
- III – o pedido for juridicamente impossível;

9 Expressamente consignado na Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXVIII, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004.

10 Neste sentido, REIS, J. A. dos. *Código do processo civil anotado*, Coimbra, 1932. p. 17: “É de todo vantajoso que o magistrado disponha da faculdade de julgar à nasçença pleitos absolutamente inviáveis. Evita-se aos litigantes a perda de tempo e de dinheiro e poupa-se ao tribunal (*sic*) um desperdício de atividade”.

11 MACHADO, A. C. da C. *A reforma do processo civil interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 297.

12 Idem: “[...] irregularidade formal gravíssima que impede, de forma absoluta, que o órgão jurisdicional se pronuncie sobre o direito de que o autor se diz titular”, p. 297.

13 MARQUES, J. F. *Instituições de direito processual civil*. Atualização: Ovidio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millenium, v. III, 2000. p. 91-92.

14 NERY JÚNIOR, N.; ANDRADE, R. M. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2001. p. 767.

IV – contiver pedidos incompatíveis entre si.

Conforme inciso I do parágrafo único do art. 295, é inepta a petição inicial quando lhe faltar pedido ou causa de pedir¹⁵. A causa de pedir e o conseqüente pedido constituem requisitos indispensáveis à validade da petição inicial.

A petição inicial apta, por sua vez, é pressuposto fundamental para o regular desenvolvimento do processo. A causa de pedir é formada pelos fatos essenciais da causa, mais os fundamentos jurídicos do pedido.

O pedido é a razão de ser da demanda e constitui o objeto da pretensão material formulada pelo autor. Petição inicial sem pedido não é petição.

Não basta, porém, que ela contenha pedidos; é necessário que eles sejam decorrência lógica da causa de pedir e que se faça a especificação desses pedidos, justamente para permitir verificar, mais tarde, se a entrega da prestação jurisdicional foi efetuada nos limites em que a demanda foi proposta (CPC, art. 128).

Convém lembrar que o pedido e a causa de pedir são, também, elementos identificadores da ação.

Aliás, recordemo-nos de que os elementos da ação são três: um subjetivo – partes (alguns doutrinadores¹⁶ utilizam – apropriadamente – a terminologia de sujeitos), e dois objetivos – causa de pedir (ou causa *petendi*) e pedido (ou *petitum*).

Otrossim, no inciso II já mencionado, é inepta a petição inicial quando da narração dos fatos não decorre logicamente a conclusão. Ora, o autor (e também o réu) deve narrar os fatos da causa (relevantes) de modo preciso, claro e conciso.

Fatos para este efeito são não somente os acontecimentos da vida, mas aqueles que se acham abstratamente previstos em lei (fatos jurídicos), cuja subsunção à regra de direito pertinente é tarefa que incumbe ao juiz.

O pedido, como conclusão silogística, deve decorrer, logicamente, dos fatos alegados.

A premissa maior são os fundamentos jurídicos; a menor, os fundamentos de fatos; e a conclusão, o pedido.

Destarte, à guisa de exemplo – na Justiça Laboral –, temos que, se o autor afirma que pediu demissão do emprego, não fará sentido (será ilógico) o seu pedido relativo ao aviso prévio, se vier a formulá-lo.

Assim sendo, a desconformidade, manifesta entre os fatos e os pedidos que deles decorrem, configura a inépcia da petição inicial, porque coloca em evidência a falta de senso lógico entre ambos.

15 Veja-se o seguinte julgado: “Se a petição inicial de requerimento de falência contém pedido incompatível com os fatos e fundamentos jurídicos, é de se indeferir liminarmente tal petição, com fundamento no art. 267, I, c/c o art. 295, I e parágrafo único, II, do CPC (RT, 58:198)”. In: MACHADO, A. C. da C. *Código de processo civil anotado jurisprudencialmente*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 333.

16 GREGO FILHO, V. Op. cit., p. 89. No mesmo sentido: MARTINS, S. P. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 189; COSTA, Coqueijo. *Direito processual do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 95.

Prescreve, ainda, a lei processual civil, que é inepta a petição inicial quando o pedido for juridicamente impossível (inciso III, anteriormente mencionado).

Para que a pretensão de direito material posta em juízo possa merecer a tutela jurisdicional do Estado, é necessário que ela se funde no ordenamento jurídico, ou, quando menos, esteja em harmonia com este.

Havendo, no referido ordenamento, um veto quanto a determinada postulação, esta será considerada juridicamente impossível.

Convém lembrar que a possibilidade jurídica do pedido é uma das condições da ação, sendo certa a existência de controvérsia doutrinária acerca da sua classificação, existindo entendimento de que esta não deveria ser considerada, isoladamente, como uma das condições da ação, eis que a possibilidade jurídica do pedido estaria absorvida pelo “interesse de agir” (ou interesse processual), que é outra condição da ação (Liebman). Não obstante a controvérsia, entendemos como “pedido juridicamente impossível” aquele em relação ao qual haja, na ordem jurídica, uma expressa vedação. *A contrario sensu*, se inexistir, no sistema jurídico, previsão quanto ao direito invocado, o caso será simplesmente de rejeição do pedido (CPC, art. 459), não de declaração de sua impossibilidade jurídica. O exemplo típico era o pedido de divórcio; contudo, no entender de Cândido Rangel Dinamarco¹⁷, sob o aspecto da negatividade, o pedido será, pelo menos em tese, juridicamente possível quando não haja vedação legal expressa. Dessa forma, não ocorrerá o indeferimento da inicial, ainda que no mérito seja o pedido julgado improcedente. Merece destaque a ponderação feita pelo Professor Manoel Antônio Teixeira Filho¹⁸ acerca da matéria:

“Devemos observar, mais uma vez, que a declaração quanto à impossibilidade jurídica do pedido acarreta a extinção do processo com exame do mérito, a despeito de o art. 267, inciso VI, do CPC, asseverar que o mérito, nesta hipótese, não será examinado. Ora, se há no ordenamento jurídico, um veto à determinada postulação, é de palmar inferência que a sentença, ao fazer prevalecer essa proibição, estará ingressando no mérito da causa, sem possibilidade de o autor renovar a demanda.

O próprio Liebman, a quem se deve a construção da doutrina das condições da ação, incorporadas pelo CPC vigente em nosso país, reformulou a sua opinião para reconhecer que nas situações de impossibilidade jurídica do pedido o processo se findará mediante prospecção do *meritum causae*.”

Destacamos o posicionamento do ilustre processualista, pois a sua fundamentação é lógica, mas, não obstante, se afasta do direcionamento legal preconizado na legislação processual civil, uma vez que o indeferimento da inicial por inépcia, nos termos da legislação vigente, ainda que pela impossibilidade jurídica do pedido, é causa de extinção sem resolução do mérito (CPC, art. 267, I, c/c art. 295, I, parágrafo único, III).

17 Obra cit. *Fundamentos do processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1987. p. 79.

18 TEIXEIRA FILHO, M. A. *Petição inicial e resposta do réu*. São Paulo: LTr, 1996. p. 150.

Reputa-se, ainda, inepta a petição inicial, também, quando contiver pedidos incompatíveis entre si (inciso IV).

O autor pode formular, na mesma petição inicial, mais de um pedido, ainda que entre eles não haja conexão.

O art. 292 do Código de Processo Civil faculta-lhe esta cumulação objetiva, que tem o mérito de evitar a proliferação de demandas mediante a concentração de todas as pretensões materiais em uma só causa. Um dos requisitos essenciais para essa cumulação é, justamente, a compatibilidade dos pedidos entre si. Os demais requisitos são a competência do juízo e a adequação do procedimento. Vamos citar um exemplo trabalhista: não pode o autor alegar, a um só tempo, que era estável no emprego e que não o era, cumulando pedidos de reintegração e de pagamento de aviso prévio etc.

O que lhe será lícito fazer, em situações como esta, é formular pedidos em ordem sucessiva, de tal modo que, se o juiz rejeitar o primeiro, poderá apreciar o segundo.

Estes são os casos elencados na Lei Processual Civil de inépcia da petição inicial, a qual é causa de indeferimento da exordial, sem apreciação do mérito (CPC, art. 295, I).

Mister se faz acrescentar que, antes do indeferimento, cumpre ao juízo determinar ao autor a emenda da petição inicial, cumprindo por óbvio salientar que, em situações como a de pedido juridicamente impossível, não cabe a aplicação do art. 284 do Código de Processo Civil, pois aí nada haverá para emendar ou complementar.

Se, porém, a inicial não contiver pedido ou causa de pedir, se da narração dos fatos não decorrer de maneira lógica a conclusão, ou, ainda, contiver pedidos incompatíveis entre si, incumbirá ao juiz prover-se daquele objetivo político de salvar o processo. Outrossim, convém relembrar que o deferimento da inicial com a determinação de citação do réu não impede que, posteriormente, a pedido do demandado (art. 301, inciso III), na contestação ou de ofício, o juiz reaprecie a questão e venha a indeferi-la.

As disposições acerca do indeferimento pela inépcia da petição inicial são perfeitamente compatíveis com o processo trabalhista. Cumpre apenas observar que, perante a Justiça do Trabalho, o autor poderá sanar a inépcia – com a emenda da petição inicial – na própria audiência ou requerer 10 dias para fazê-lo (art. 284 do CPC).

Outrossim, em especial na Justiça do Trabalho, na qual, no mais das vezes, ocorre a cumulação de pedidos, o indeferimento poderá ser parcial¹⁹, ou seja, hipótese em que alguns dos pedidos podem ser alcançados pelo indeferimento, porém outros podem remanescer e obter o exame e decisão de mérito.

Assim sendo, haverá julgamento de mérito de alguns pedidos, decisão que faz coisa julgada material, e extinções sem resolução do mérito de outros que poderão ser renovados.

Constitui, também, causa para o indeferimento da petição inicial o caso previsto no inciso II do art. 295 do Estatuto Processual Civil, ou seja, quando a parte for manifestamente ilegítima.

19 Neste sentido, BARBOSA MOREIRA, J. C. *Novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 24-25.

Ilegitimidade de parte. Poderá ser motivo de indeferimento da petição inicial tanto a ilegitimidade para a causa (*ad causam*), quanto para o processo (*ad processum*), embora esta última seja de maior ocorrência, até porque pode ser verificada sem maiores dificuldades, ou seja, de plano.

A investigação da legitimidade para a causa é, muitas vezes, complexa, exigindo, em certos casos, um indisfarçável lançar de olhos na própria *causa petendi* e no próprio pedido formulado.

Persistamos, contudo, neste ponto: a ilegitimidade para a causa, apesar das dificuldades de ordem prática, no tocante a identificá-la num primeiro exame, também pode ensejar o indeferimento da petição inicial, desde que manifesta. A legitimidade de partes é também uma condição da ação.

Mas convém salientar que não estamos tratando da ilegitimidade *ad processum*, que é um pressuposto processual, mas da ilegitimidade *ad causam* (condição da ação), que é a pertinência subjetiva da ação, ou seja, a parte tanto no pólo ativo como passivo é o sujeito da relação jurídico-material posta em juízo. Às vezes, a legitimidade somente pode ser aferida depois do exame das provas. Neste caso, pode o juiz deixar a decisão sobre este aspecto para mais tarde e, como se trata de matéria de ordem pública, não incide sobre ela preclusão, cabendo, assim, o indeferimento apenas quando a ilegitimidade for manifesta.

Outra causa de indeferimento da petição inicial ou, como afirmam José Frederico Marques²⁰ e José Carlos Barbosa Moreira²¹, “despacho liminar de conteúdo negativo”, é quando o autor carecer de interesse processual (CPC, art. 295, III).

Em termos gerais, podemos dizer que o interesse de agir em juízo se encontra vinculado à necessidade que tem a parte de obter um provimento jurisdicional capaz de assegurar-lhe um bem ou uma utilidade de vida, ou a utilidade que, com vistas a esse objetivo, representa o pronunciamento da jurisdição.

Salienta-se que esta é uma das condições da ação – interesse de agir. Consiste esta condição no binômio necessidade mais adequação²².

Assim, deve haver necessidade e utilidade de recorrer-se ao Poder Judiciário, mediante a utilização do meio adequado.

À guisa de exemplo, podemos citar: recorrer o autor ao Judiciário para reconhecimento da paternidade do filho. Atualmente, esse reconhecimento pode dar-se extrajudicialmente perante o cartório de registro civil, restando flagrante a falta de interesse. Com relação ao interesse de agir, pode ocorrer o fenômeno aludido em relação à legitimidade (item *supra*), qual seja, remeter-se à sua apreciação para quando do exame do mérito.

20 Op. cit. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1975. p. 84.

21 Op. cit. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 23-24.

22 GRECO FILHO, V. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 81.

Estabelece o inciso IV do art. 295 do Código de Processo Civil que a petição inicial será desde logo indeferida quando o juiz verificar a decadência ou a prescrição.

Temos ainda que o art. 267, inciso I, do mesmo Código dispõe que o indeferimento da petição inicial produzirá a extinção do processo sem resolução do mérito. Estas normas estão, no entanto, em manifesta antinomia com as disposições do art. 269, IV, do próprio Código de Processo Civil, conforme o qual haverá extinção do processo com exame do mérito sempre que o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição.

Esse conflito se resolve, como é elementar, em favor da última norma legal mencionada, porque a prescrição e a decadência, quando declaradas, acarretam, efetivamente, o fim do processo mediante prospecção do mérito, ainda que de maneira indireta ou oblíqua. Isto porque tais fenômenos ferem o direito do autor. Em se tratando de decadência, o juiz sempre pode conhecê-la de ofício, mas, em se tratando de prescrição, devemos lembrar que nem sempre esta pode, como hoje, ser conhecida de ofício pelo juiz; ao contrário, isto era vedado pelo ordenamento jurídico pátrio; entretanto, o novo Código Civil inovou, pois, em seu art. 194, permitiu ao juiz conhecer de ofício da prescrição para beneficiar o incapaz. Ocorre que esse artigo foi revogado pela Lei nº11.280, de 15 de fevereiro de 2006 (DOU de 17.02.2006 – em vigor 90 dias após a publicação), sendo certo que a mesma lei alterou a redação do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, para permitir, agora, ao juiz, a pronúncia, de ofício, da prescrição; portanto, esta não mais depende de alegação expressa da parte a quem aproveita.

Procedimento inadequado. No sistema do processo civil, a petição inicial também será indeferida quando o tipo de procedimento escolhido pelo autor não corresponder à natureza da causa ou ao valor da ação, caso em que só não será indeferida se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal (CPC, art. 295, V). Trata-se de erro de forma, que acarreta a nulidade somente dos atos que não possam ser aproveitados. Mas, ressalta-se, o aproveitamento somente será possível se não acarretar prejuízo para a defesa (art. 250 do CPC). Convém ressaltar que a adaptação do procedimento não poderá importar em alteração ou adaptação do pedido porque, nesse caso, haveria violação ao princípio da iniciativa de parte, o que é vedado ao juiz.

Outros casos. No elenco das causas autorizadoras do indeferimento da petição inicial, constantes do art. 295 do CPC, está a prevista no inciso VI, que alude aos arts. 39 e 284, ambos do CPC. O dispositivo, citado no art. 39, trata do dever do advogado, quando postular em causa própria, de declarar, na petição inicial, o endereço em que receberá intimação, e o art. 284, parágrafo único, do Código de Processo Civil, trata do descumprimento, por parte do autor, em cumprir a determinação do juiz, atinente à emenda da petição inicial se lhe faltar algum dos requisitos dos arts. 282 e 283, ambos da lei instrumental civil. É óbvio que, em situações como a de ilegitimidade ativa ou passiva, ou de pedido juridicamente impossível, não cabe a aplicação do art. 284 do Código de Processo Civil, pois aí nada haverá para emendar ou complementar. Se, porém, a petição inicial não contiver pedido ou causa de pedir, ou da narração dos fatos não decorrer de maneira lógica a conclusão, incumbirá ao juiz prover-se daquele objetivo político de salvar o processo. Convém relembrar que o deferimento da inicial, com a determinação de citação do réu, não impede que, posteriormente, a pedido do demandado (CPC, art. 301, inciso III), na contestação, o juiz reaprecie a questão e venha a indeferi-la.

2 DO ATO DE INDEFERIMENTO: COMPETÊNCIA E NATUREZA JURÍDICA

2.1 Competência

Embora, bastante mitigado, vige, ainda, na Justiça comum, o princípio da identidade física do juiz, nos termos do art. 132 do Código de Processo Civil, sendo certo que tal princípio não vigora no âmbito da Justiça do Trabalho. Mas, relativamente à competência²³ para o indeferimento da petição inicial diante da Justiça comum e diante da Justiça Laboral – com a eliminação da representação classista por meio da Emenda Constitucional nº 24 –, não é matéria que suscite dúvidas ou maiores estudos, pois a competência é do juiz da causa.

2.2 Natureza jurídica

O indeferimento da petição inicial produz a extinção do processo sem resolução do mérito (CPC, art. 267, I), salvo nos casos de prescrição e decadência (CPC, art. 295, IV, c/c art. 269, IV), como vimos. Assim, a decisão que recusa a inicial, como já mencionamos, tem natureza jurídica de sentença – integra a classe das sentenças terminativas (denominação antiga, mas consagrada pela praxe forense), uma vez que não aprecia o mérito e, em se tratando de prescrição e decadência de sentença, e aqui definitiva, eis que a extinção se faz com resolução do mérito a teor do art. 269, inciso IV, do CPC.

Assim sendo, possui, o ato do juiz que indefere a petição inicial, natureza jurídica de sentença, por meio da qual o processo recém-instaurado é extinto sem resolução do mérito ou com resolução do mérito nos casos de prescrição e decadência, nos termos do art. 162, § 1º, do Código de Processo Civil. Tais disposições se aplicam perfeitamente no âmbito da Justiça do Trabalho.

3 DO RECURSO CABÍVEL

Haja vista que a natureza jurídica do ato que indefere a inicial é de sentença de extinção do processo sem resolução do mérito, desta sentença, cabe o recurso de apelação, sendo que, neste caso, cabe o juízo de retratação, ou seja, o juiz pode reformar a própria decisão, no caso de recurso, no prazo de 48 horas, a teor do art. 296 do CPC, com a nova redação dada pela Lei nº 8.952/1994. Convém observar que o juízo de retratação é característico do agravo, mas é considerado erro grosseiro a utilização

23 O Professor Milton Paulo de Carvalho nos dá a definição de competência em sua obra *Manual da competência civil* (São Paulo: Saraiva, 1995. p. 1): “Chama-se competência o resultado da divisão do trabalho jurisdicional. Todos os juízes regularmente investidos têm jurisdição, e, como se sabe, a jurisdição é una; mas, como é impossível que todo juiz julgue em todos os lugares todas as matérias jurídicas ao mesmo tempo, divide-se a atividade jurisdicional entre todos os órgãos, resultando daí uma fração de jurisdição para cada um. Por isso se repete a clássica definição de João Mendes Junior: ‘a competência é a medida da jurisdição’”.

deste, salvo exceções legais, uma vez que a lei prevê expressamente que: “[...] o autor poderá apelar”. O art. 296 do Código de Processo Civil tem aplicação subsidiária na Justiça do Trabalho, ante o permissivo do art. 769 da lei trabalhista, sendo certo que o recurso cabível será o recurso ordinário, cabendo também ao órgão *a quo* a faculdade de retratar-se. Apenas para finalizar, salientamos que merece destaque a alteração do art. 296 da Lei Instrumental, pois não havia sentido o procedimento adotado anteriormente pelo Código, através do qual havia necessidade de citação do réu, em havendo recurso do indeferimento da exordial.

Entretanto, cumpre observar que, se existir dispositivo legal especial com previsão de recurso diverso para o caso de indeferimento, não estaremos, com a interposição deste, diante de erro grosseiro, muito ao contrário, pois as disposições da lei especial prevalecem à regra geral do Código de Processo Civil. Assim sendo, ainda que de forma sucinta, mister se faz traçar considerações acerca do confronto das disposições do art. 296 do Código de Processo Civil com as disposições acerca do mesmo tema na Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e Adolescente), Lei nº 9.099/1995 (Juizados especiais) e Lei nº 9.868/1999 (ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade) nos seguintes termos:

Dispõe a Lei nº 8.069/1990, no seu art. 198, que:

“Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude fica adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e suas alterações posteriores, com as seguintes adaptações:

[...]

VII – antes de determinar a remessa dos autos à superior instância, no caso de apelação, ou do instrumento, no caso de agravo, a autoridade judiciária proferirá despacho fundamentado, mantendo ou reformando a decisão, no prazo de cinco dias;

VIII – mantida a decisão apelada ou agravada, o escrivão remeterá os autos ou o instrumento à superior instância dentro de vinte e quatro horas, independentemente de novo pedido do recorrente; se a reformar, a remessa dos autos dependerá de pedido expresso da parte interessada ou do Ministério Público, no prazo de cinco dias, contados da intimação.”

Conforme se pode verificar das disposições legais, o prazo para a retração do juízo em caso de apelação será de 5 (cinco) dias; portanto, aplicam-se neste caso as disposições da lei especial.

Quanto às disposições da Lei dos Juizados Especiais – Lei nº 9.099/1995 –, o art. 51 estabelece os casos de extinção do processo sem julgamento do mérito:

“Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei:

I – quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo;

II – quando inadmissível o procedimento instituído por esta lei ou seu prosseguimento, após a conciliação;

III – quando for reconhecida a incompetência territorial;

IV – quando sobrevier qualquer dos impedimentos previstos no art. 8º desta lei;

V – quando, falecido o autor, a habilitação depender de sentença ou não se der no prazo de trinta dias;

VI – quando, falecido o réu, o autor não promover a citação dos sucessores no prazo de trinta dias da ciência do fato.

§ 1º A extinção do processo independará, em qualquer hipótese, de prévia intimação pessoal das partes.

§ 2º No caso do inciso I, deste artigo, quando comprovar que a ausência decorre de força maior, a parte poderá ser isentada, pelo Juiz, do pagamento das custas.”

Com relação às prescrições da Lei nº 9.868/1999, a qual dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, temos, respectivamente, nos arts. 3º e 14, os requisitos da petição inicial, bem como nos arts. 4º e 15 e respectivos parágrafos únicos os casos de indeferimento liminar e recurso cabível, vejamos:

“Art. 3º A petição inicial indicará:

I – o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

II – o pedido, com suas especificações;

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º A petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente impropriedade serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.”

“Art. 14. A petição inicial indicará:

I – o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido;

II – o pedido, com suas especificações;

III – a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade.

Art. 15. A petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.”

Aqui a lei é expressa ao prever que caberá agravo da decisão que indeferir a petição inicial, assim sendo, passível de ser considerado erro grosseiro a apresentação de apelação, pelo princípio de que a lei especial derroga a norma geral.

Por outro lado, haja vista a alteração do art. 253, do Código de Processo Civil, pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001, podemos concluir que, havendo o indeferimento da petição inicial e ajuizamento de nova demanda, este deverá dar-se por dependência ao processo extinto nos termos do art. 253, inciso I:

“Art. 253. Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza:

I – quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada;

II – quando, tendo havido desistência, o pedido for reiterado, mesmo que em litisconsórcio com outros autores.”

CONCLUSÃO

Como se pôde perceber – através das questões trazidas à consideração, surgidas em decorrência do tema proposto –, embora muitas sejam as peculiaridades da Justiça do Trabalho frente à Justiça comum, dentro do tema estudado, não existem grandes diferenças. O procedimento, bem como a legislação aplicável à matéria, encontram ponto de apoio no permissivo da aplicação subsidiária da legislação processual civil, àquela Especializada. Realmente, carece a Justiça do Trabalho de normas processuais próprias. O processo se inicia através do exercício do direito de ação, o qual, por sua vez, se materializa através da petição inicial. É através da petição inicial que o autor leva ao juízo a sua pretensão, pedindo, então, ao Estado-Juiz que reconheça o seu direito. Em decorrência do princípio da iniciativa da parte, a exordial se reveste de importância extraordinária, vez que delimita a prestação jurisdicional, pois, a defesa do réu irá efetivar-se em função do que está ali consignado, bem como a própria jurisdição só poderá atuar nos limites do que foi pedido. É importante ressaltar, quanto ao movimento universal de acesso à justiça, que a expressão “acesso à justiça” tem uma conotação peculiar e mais abrangente. Não se limita o acesso ao ingresso, no Judiciário, das pretensões de potenciais lesados em seus direitos. Significa a efetiva prestação jurisdicional, com a entrega real da justa composição do conflito levado ao Judiciário. Assim, para muitos estudiosos da ciência do Direito, o ingresso do autor no Poder Judiciário significa uma busca de efetiva justiça. Por outro lado, se o que se busca perante o Poder Judiciário é justiça, o seu acesso deve ser facilitado de modo a atender todo e qualquer ser humano, não privilegiando classes ou indivíduos determinados. E, ainda neste sentido, é relevante notar a importância do instrumento levado perante o Poder Judiciário, para a concreta e efetiva prestação jurisdicional e realização da justiça – a petição inicial.

Mas, por vezes, os efeitos não são os desejados pela parte, em decorrência da existência de defeitos formais desse instrumento cuja importância é incontestável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, J. C. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____. Sobre a participação do juiz no processo civil. Participação e processo. In: GRINOVER, Ada P. (Org.). São Paulo: RT, 1988.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEDAQUE, José R. dos S. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CARVALHO, Milton P. de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Antonio Fabris, 1992.

_____. *Manual da competência civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.

COSTA, Coqueijo. *Direito processual do trabalho*. Atualização de Washington Luiz da Trindade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DINAMARCO, Cândido R. *Fundamentos do processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *A reforma do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2 e 3, 1997.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MACHADO, Antônio C. da C. *A reforma do processo civil interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *A reforma do processo civil interpretada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Código de processo civil: anotado jurisprudencialmente*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARQUES, José F. *Instituições de direito processual civil*. Atualização: Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, v. III, 2000.

_____. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1975.

_____. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1981.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Código de processo civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, Iêdo B. *Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocardos latinos*. Rio de Janeiro: APM, 1987.

REIS, José A. dos. *Código de processo civil anotado*. Coimbra: Coimbra, 1932.

TEIXEIRA FILHO, Manoel A. *Petição inicial e resposta do réu*. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996.

_____. *As alterações no CPC e suas repercussões no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995.

JUS OBLIGATIONUM (DIREITO DAS OBRIGAÇÕES)

Fuad José Daud

Mestre em Direito pela PUC/SP; Professor de Direito Civil, Direito Comercial e Teoria Geral do Processo da Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP, Professor de Direito Civil e Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de Santo Amaro – Unisa, Pesquisador do CNPq, Advogado em São Paulo.

RESUMO: O *Jus Obligationum* (Direito das Obrigações), no Direito romano, disciplina as relações, vinculando-as, de modo que haverá um sujeito ativo – o credor, e um sujeito passivo – o devedor. Os elementos das obrigações são: o *creditor*; o *debitor*; o *vinculum juris* e o *debitum*, seja a obrigação de *dare, facere, praestare*. Classificam-se as obrigações em: *ex contractu, quae ex contractu, ex delicto, quae ex delicto*. Quanto aos efeitos, o inadimplemento da obrigação dá ao credor a possibilidade de exigir do devedor a correspondente obrigação. Extinguem-se as obrigações pelos meios que dependem ou não dependem da vontade das partes.

PALAVRAS-CHAVE: *Jus obligationum*; direito das obrigações; credor; devedor.

SUMÁRIO: 1 Conceito; 2 Elementos; 3 Classificação; 4 Efeitos; 5 Extinção; Referências bibliográficas.

1 CONCEITO

Para o estudo do *jus obligationum*, é importante conhecer a palavra *obligatio* (obrigação) de origem latino-romana. Essa palavra, originalmente, significa *laço, liame, nexo*, proveniente do elemento *ligatio* – ligação, do verbo *ligare* (ligar, unir, atar)¹.

O termo *obligatio*, em seu sentido jurídico, expressa uma relação, um compromisso assumido por sujeitos, em que um dos sujeitos dessa relação – o devedor – deve satisfazer o outro – credor – conforme os ditames desse compromisso assumido. A responsabilidade do sujeito pelo débito não satisfeito era manifestada pela liberalidade do outro – credor – em acorrentá-lo e vendê-lo como escravo, como forma de pagamento da dívida².

O direito das obrigações disciplina as relações entre pessoas, vinculando-as, de modo que haverá apenas um sujeito ativo – o credor – e um sujeito passivo – o devedor. A garantia do sujeito ativo é o patrimônio do sujeito passivo, sem que se configure um ou outro bem em particular, por isso se diz que existe uma garantia geral do patrimônio do devedor, sem ter sido escolhido um ou outro bem em particular para a satisfação do crédito³.

1 CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 235.

2 FILARDI LUIZ, Antônio. *Curso de direito romano*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 144.

3 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, v. II, 2008. p. 7.

2 ELEMENTOS

Nas obrigações, aparecem os seguintes elementos: o *creditor* (sujeito ativo = credor), e o *debitor* (sujeito passivo = devedor); o *vinculum juris* (sanção jurídica = vínculo jurídico) que compele o devedor saldar sua dívida; e o *debitum* (débito = o que é devido), seja a obrigação de *dare* (dar), *facere* (fazer), *praestare* (prestar). A primeira obrigação refere-se ao dever do devedor transmitir ao credor um direito sobre a coisa; a segunda refere-se à realização de um ato, ou mesmo de omitir-se de um ato (não-fazer); e o terceiro elemento diz respeito à posição do *obligatus* (obrigado) em prestar qualquer obrigação ao credor⁴.

Nas relações obrigacionais, o sujeito ativo, o credor, e o sujeito passivo, o devedor, cada qual figura em sua posição exclusiva, por ser uma relação simples. Nesse aspecto, o credor é aquele que pode exigir ser satisfeito, caso não o seja, enquanto o devedor é aquele que apenas deve satisfazer o credor, cumprindo sua prestação.

Diferente é a posição dos sujeitos na relação contratual. Aqui, existe uma relação complexa que se origina com a celebração do contrato, por envolver um conjunto de direitos e deveres para cada uma das partes. Por exemplo, em um contrato de compra e venda, para uma obrigação, o comprador será o devedor, e para outra, será o credor. O comprador será o devedor quando terá o dever de efetuar o pagamento, e será o credor quando terá o direito de exigir a coisa nas condições negociadas⁵.

Dos elementos básicos presentes em qualquer relação obrigacional, o objeto da obrigação, que é o ato do devedor em benefício do credor, o fornecimento da prestação (*praestare*), pode ser determinada coisa (dar coisa certa = *res certa*) ou coisa incerta, ou genérica (*res incerta*). Por exemplo, se o objeto da obrigação for o prédio situado em frente do barbeiro, consideramos coisa certa; se, por outro lado, for um saco de trigo, sem determinar o tipo, temos coisa incerta, genérica⁶.

Levando em conta o seu objeto, as prestações são positivas ou negativas. As positivas consistem em ato do devedor, como as obrigações de dar (*dare*) e de fazer (*facere*). Estas podem ocorrer, por exemplo, quando um escritor tem a obrigação de escrever uma peça teatral em um determinado prazo. As obrigações negativas consistem em abstenção, como as obrigações de não-fazer (*non facere*), por exemplo, a obrigação de não construir um muro, por acordo entre os vizinhos.

3 CLASSIFICAÇÃO

Em relação às fontes ou origens, as obrigações podem ser derivadas de um contrato (*ex contractu*), de um quase-contrato (*quase ex contractu*), de um delito (*ex delicto*), de um quase-delito (*quase ex delicto*). Esta é a classificação de Justiniano, nas *Institutas* (Liv. 3º, Tít. 13, § 2º).

4 FILARDI LUIZ, Antônio. Ob. cit., p. 144.

5 DAUD, p. 33.

6 MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 109.

O contrato é fonte de obrigação em que uma ou ambas as partes se comprometem a realizar uma prestação, por exemplo, no contrato de compra e venda, no qual o vendedor se obriga a entregar a coisa e o comprador o preço⁷.

O delito, de acordo com a concepção hodierna, é a violação de uma norma jurídica estabelecida, tendo em vista o interesse da coletividade. Além da punição, ou da pena de restrição da liberdade do culpado, ou mesmo do pagamento de multa ao Estado, entre outras penas secundárias, nas relações entre os particulares, há a obrigação do agente de ressarcir os danos causados à vítima. No Direito romano, a consequência do delito era, tão-somente, a punição do infrator, deixando para o ofendido o direito à represália ou vingança⁸.

Outras situações apresentavam-se com a aproximação de um contrato, mas não caracterizavam-se como tal. É o quase-contrato, em que não havia uma convenção prévia, porém, era um ato de efeitos jurídicos importantes. É a hipótese, por exemplo, da gestão de negócios⁹. Ocorre a gestão de negócios quando alguém assume a defesa de um interesse alheio, sem que possua procuração para a prática de tal ato. Por exemplo, o companheiro de viagem de uma pessoa que morre no estrangeiro toma todas as providências para traslado do falecido aos seus familiares no país de origem. Apesar de não ter havido qualquer convenção entre as partes, estabeleceu-se uma relação jurídica entre o gestor e os familiares do morto, assemelhando-se a um contrato de mandato, caracterizando-se um quase-contrato¹⁰.

Ao lado do tipo delitual das obrigações, segundo Cretella Júnior¹¹, os quase-delitos se agrupam em quatro classes: “processo mal julgado pelo juiz; objeto atirado e que atinge um transeunte; objeto suspenso sobre a via pública; prejuízos causados à coisa alheia por prepostos”. Em relação à primeira classe, o renomado jurista expõe o procedimento do magistrado que atua com parcialidade ou deixa de comparecer no dia fixado para prolatar a sentença. A segunda classe ocorre quando uma pessoa é atingida por objeto atirado de um prédio causando danos à vítima. O objeto atirado pode causar dano a uma coisa de propriedade alheia. O objeto suspenso sobre a via pública é a terceira classe dos quase-delitos. O fato de existir tal objeto, nessas condições, constitui uma constante ameaça aos transeuntes, causando temor às pessoas. E, finalmente, a quarta classe refere-se aos prejuízos causados à coisa alheia por prepostos. Estes são os empregados que têm a responsabilidade de executar as tarefas conferidas pelo empregador, de modo a não trazer prejuízos a terceiros. Por exemplo, o empregado de uma hospedaria que causa dano a objetos que lhes são confiados.

No Direito romano, os prejudicados tinham o direito de ação contra os agentes do dano, para o devido ressarcimento.

7 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2002. p. 9.

8 MARKY, Thomas. *Ob. cit.*, p. 133.

9 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2003. p. 37.

10 RODRIGUES, Sílvio. *Ob. cit.*, p. 9.

11 CRETELLA JÚNIOR, José. *Ob. cit.*, p. 321.

O quase-delito baseia-se na imprudência, negligência ou imperícia do agente, ou seja, no ilícito culposos, involuntário, e não no dolo (delito). Neste, haveria a intenção de causar o dano, seria o ato ilícito voluntário¹².

4 EFEITOS

Com a existência de um *vinculum juris* (vínculo jurídico) entre o credor e o devedor, o inadimplemento da obrigação dá ao credor a possibilidade de exigir do devedor a correspondente obrigação¹³. Esta é a obrigação civil, que permite ao credor exigir judicialmente o cumprimento da obrigação ou condenar o devedor à pena pecuniária. No Direito romano, o credor tem dois objetivos: obter do magistrado um juramento, ou seja, o acolhimento da pretensão, fornecendo-lhe um título hábil, e, em segundo lugar, a condenação de natureza pecuniária do devedor¹⁴.

A obrigação natural (*obligatio naturalis*), no Direito romano, era fundada na equidade, o chamado *vinculum aequitas*, por não ser protegida por uma *actio* (ação judicial). Assim, o devedor não pode ser constrangido ao pagamento, mas, se pagar, será válido, sem, contudo, posteriormente, ter direito à devolução, caso se arrependa¹⁵. Na Roma antiga, o contrato do escravo não tinha amparo processual, pois o escravo era considerado uma coisa (*res*) e era impedido de contrair obrigações. Se o contratante pagasse ao escravo um valor determinado, não poderia pedir a devolução.

5 EXTINÇÃO

O cumprimento (*solutio*) da obrigação é o fim almejado da relação jurídica obrigacional. Há os meios de extinção da obrigação que dependem da vontade das partes, e há outros que não dependem da vontade das partes. Aqueles que dependem da vontade das partes são o pagamento (*solutio*), a compensação (*compensatio*), a novação (*novatio*). A obrigação pode, também, ser extinta por acordo das partes¹⁶.

O pagamento é o modo mais comum de extinção da obrigação, de acordo com o avençado entre os sujeitos ou partes. A compensação verifica-se quando dois ou mais sujeitos são, ao mesmo tempo, credores e devedores entre si. As suas dívidas são extintas, compensando-se. A novação dar-se-á pela substituição de uma obrigação por uma nova, colocada em seu lugar, com o mesmo conteúdo da anterior. Pela novação, extingue-se uma dívida e faz-se nascer outra no lugar da antiga. A extinção da obrigação por acordo das partes opera-se por rescisão convencional.

Os meios de extinção das obrigações que independem da vontade das partes são a morte natural, a *capitis deminutio*, a perda da coisa devida, a confusão (*confusio*) e a prescrição liberatória¹⁷.

12 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, v. II, 2004. p. 31.

13 FILARDI LUIZ, Antônio. Ob. cit., p. 147.

14 CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit., p. 328.

15 VENOSA, Sílvio de Salvo. Ob. cit., p. 27.

16 MARKY, Thomas. Ob. cit., p. 148.

17 CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit., p. 347-348.

A morte natural faz extinguir certos créditos, contrariando o princípio segundo o qual os créditos e os débitos transmitem-se aos herdeiros. É o caso, por exemplo, do mandato, contrato feito *intuitus personae*, em que as dívidas se extinguem pela morte do mandatário. A *capitis deminutio* faz extinguir as dívidas provenientes de contratos, com a diminuição da capacidade jurídica do devedor, com exceção dos débitos derivados das obrigações *ex delicto*. A perda da coisa devida ocorre na hipótese de perecimento da coisa certa por caso fortuito ou força maior. A confusão opera-se com a reunião, em uma mesma pessoa, das qualidades de credor e devedor, por exemplo, quando o devedor se torna herdeiro do credor. A prescrição liberatória, por sua vez, é o meio de extinção pelo decurso de prazo, como as ações honorárias que extinguem-se no prazo de um ano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- FILARDI LUIZ, Antônio. *Curso de direito romano*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, v. II, 2004.
- MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2003.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2002.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, v. II, 2008.

LIBERDADE BIOLÓGICA: DIREITO X MORAL

José Leopoldo Basilio

Bacharel em Direito pela Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP.

RESUMO: Tem este artigo o escopo de analisar alguns pontos pertinentes à área de biotecnologia, bem como traçar parâmetros sobre bioética, biodireito, clonagem humana, inseminação artificial, trazendo em seu corpo princípios éticos, morais e constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Bioética; biodireito; liberdade biológica; clonagem humana; engenharia genética; biossegurança.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Engenharia genética, direito e personalidade humana; 2 Bioética e biodireito; 2.1 Bioética; 2.2 Limites éticos da intervenção sobre o ser humano; 2.3 Biodireito; 2.3.1 Questões fundamentais ao biodireito; 3 Engenharia genética: até onde já chegamos?; 3.1 A escolha do sexo; 3.2 Da seleção artificial à alteração genética; 4 Exclusão social da engenharia genética; 5 Surge uma nova humanidade; 6 Clonagem humana; 7 Células-tronco: esperança de recuperação; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Este artigo trará em seu corpo um tema bastante relevante para os tempos modernos e que tem assumido grande relevância nos últimos anos: liberdade biológica e Direito. Num momento em que notórios são os avanços envolvendo pesquisas científicas com embriões e, também, no auge do tema clonagem humana, inicia uma série de questionamentos sociojurídicos acerca destes assuntos. Ocorre que, se de um lado já se pode “criar” um ser humano em laboratório, do outro, inúmeras questões ainda não respondidas nos levam a medos e inquietações, e, por este motivo, várias delas devem ser submetidas a tratamento jurídico, para, ao menos, oferecer segurança social face às conseqüências que podem causar.

O estado de filiação se vê abalado, já é possível falar em escolha de sexo, o nascimento de um feto anômalo já pode ser descoberto através das modernas técnicas da biotecnologia.

Esses pontos nos levam à necessidade de controlarmos e refletirmos a respeito da chegada da engenharia genética, para que assim minimize os riscos das gerações futuras. O surgimento e o avanço da biotecnologia foi tão rápido que acabou deixando o Direito despreparado para lidar com estas questões, fazendo com que ele, o Direito, tenha neste momento uma aceleração jurídica rápida para preencher as lacunas existentes acerca destes assuntos.

Devemos, então, a partir de agora, iniciar a nossa discussão, buscando entender este binômio Direito e ciência, sem filiar-se necessariamente a uma linha positivista ou religiosa, optando-se por instigar uma aprofundada e consciente reflexão a partir dos prismas éticos e jurídicos adotados.

Adouls Huxley, em seu livro *Admirável mundo novo*, traz que “a vida caminha para as utopias”. E talvez um século novo comece, um século em que os intelectuais e a classe pensante sonharão a respeito dos meios de evitar as utopias e de tornar uma sociedade não-utópica “perfeita” e “mais livre”.

1 ENGENHARIA GENÉTICA, DIREITO E PERSONALIDADE HUMANA

Diariamente, somos bombardeados pela mídia com “notícias fabulosas” e “avanços extraordinários” ocorridos no campo da engenharia genética – de tal modo somos assolados com este tipo de informações que não raramente esquecemos de dimensioná-los de maneira adequada no nosso cotidiano. Afinal, em que escala estes avanços nos atingem? Exatamente o que a engenharia genética pode fazer por nós? Quando? E como? Inicialmente coloco um breve enunciado sobre o entendimento do termo engenharia genética.

Engenharia genética e modificação genética são termos para o processo de manipulação dos genes num organismo, geralmente fora do processo normal reprodutivo. Envolvem freqüentemente o isolamento, a manipulação e a introdução do ADN (ácido desoxirribonucléico) num chamado “corpo de prova”, geralmente para exprimir um gene. O objetivo é introduzir novas características num ser vivo para aumentar a sua utilidade, tal como aumentando a área de uma espécie de cultivo, introduzindo uma nova característica, ou produzindo uma nova proteína ou enzima. A engenharia genética oferece, a partir do estudo e manuseio biomolecular (também chamado de processo biológico e molecular), a obtenção de materiais orgânicos sintéticos. Os processos de indução da modificação genética permitiram que a estrutura de seqüências de bases completas de DNA fossem decifradas, portanto, facilitando a clonagem de genes¹.

Diante deste conceito, podemos agora extrair que a engenharia genética nada mais é do que um termo usado para descrever algumas técnicas modernas em biologia molecular que vêm revolucionado o antigo processo da biotecnologia. De uma maneira geral, envolve a manipulação dos genes e a conseqüente criação de inúmeras combinações entre genes de organismos diferentes.

2 BIOÉTICA E BIODIREITO

2.1 Bioética

A relação entre bioética e biodireito é estritamente parecida. Façamos algumas ponderações acerca de alguns pontos importantes antes de iniciarmos o tema em questão.

Para compreendermos bioética, devemos dividir o termo, sendo *bio* = *vida* e *ética* = *ações humanas*. É importante observar que temos, a partir de agora, algo que nos permeia como sendo o estudo das ações humanas praticadas pelo seres humanos.

1 Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Engenharia_gen%C3%A9tica>. Acesso em: 28 dez. 2006.

Um dos objetivos da ética é a busca de justificativas para as regras propostas pela moral e pelo Direito. Diferenciam-se os institutos, pois a ética não estabelece regras, deixando por conta do Direito.

Acompanhando o raciocínio de Heloisa Helena Barboza, “[...] os acelerados avanços biomédicos presenciados neste século reacenderam os debates especialmente no tocante aos limites admissíveis de interferência no corpo humano vivo ou mesmo morto, já que a necessidade de imposição de limites pode ser considerada como decorrência natural da intromissão em uma unidade não de toda conhecida e explicada”².

Os limites éticos precisam ser discutidos e ponderados, mesmo que ao final chegue a uma conclusão da impossibilidade de imposição a qualquer restrição no campo das pesquisas biotecnológicas.

A bioética nasceu e desenvolveu-se a partir dos grandes avanços da biologia molecular e da biotecnologia aplicada à medicina que ocorreram nos últimos anos. Era necessário um novo pensamento sobre o modo de agir dos médicos, dos pesquisadores, dos usuários de técnicas reprodutivas etc.

Nessa linha, a bioética pode ser compreendida como o “ramo do conhecimento ético que se preocupa com a discussão, descoberta e aplicação dos valores morais de respeito e consideração da pessoa humana no campo das ciências da vida”³.

Sem dúvida, a bioética tem se fortalecido bastante com o progresso da medicina, da biologia molecular e da genética, fazendo com que os estudos ultrapassem, nos dias atuais, áreas que antes eram somente restritas à saúde, avançando para questões da humanidade.

A bioética nos familiariza com o genoma humano, a contracepção, a esterilização, a inseminação e a fecundação *in vitro*, a doação de sêmen ou de óvulo, a barriga de aluguel, a escolha e predeterminação do sexo, a reprodução assistida, a clonagem humana etc.

Certamente a bioética não se esgota nestes temas, deixando perguntas sem respostas. O que buscamos, na verdade, é uma junção do Direito e da ética, construindo normas positivadas com o objetivo de articular o progresso da ciência com limites decorrentes do direito fundamental.

2.2 Limites éticos da intervenção sobre os seres humanos

Até onde vão os limites éticos aplicados a estas “construções” laboratoriais feitas nos dias atuais?

O homem, como sabemos, é plenamente desenvolvido para criar e modificar o que assim achar conveniente. Cria leis, impõe regras, é apto para estabelecer hierarquias e resolver

2 BARBOZA, Heloisa Helena. Direito ao corpo e doação de gametas. In: RIOS, André Rangel et al. *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999.

3 LIMANETO, Francisco Vieira. *Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética: em busca de um paradigma bioético para o direito civil*. São Paulo: LED, 1997.

conflitos; toma decisões e as assume. São estes homens que estruturam, se podemos dizer assim, a idéia do bem e do mal, muitas vezes castigando os maus e premiando os bons.

É deste ponto que nasce os limites da intervenção sobre o ser humano. A concepção de um novo ser passa basicamente pela vontade de seus pais. Aí falar no princípio da autonomia – realização pessoal.

Quando falamos acerca da autonomia da vontade, parece-nos vislumbrar um tipo de “maternidade imposta”, valorando-se o desejo da mãe de abortar uma gestação ou até mesmo de intervir no desenvolvimento de um embrião de acordo com suas acepções. Seria um tipo de pró-vida e pró-escolha.

Grandes discussões afloram àqueles que estudam o início da vida. Não se pode precisar o instante, sendo um processo progressivo, que não surge ou extingue-se de uma só vez. Muitos buscam seus estudos nas ciências, pois nela está a resposta; outros já preferem aplicar conceitos religiosos dizendo ser o início da vida a fecundação, quando ocorre a penetração da alma.

Nestes aspectos, notamos que há uma grande necessidade de impor limites nos estudos científicos quando lidados com vida humana. Imaginemos as mulheres que emprestam suas barrigas para gerar um embrião somente para pesquisa e, depois, caso não obtenham o sucesso, num ato simples, descarte-o. Há de se falar em vida neste caso e, conseqüentemente, em aborto, sendo crime.

As pessoas vivem um sentimento de insegurança em face das ameaças que são identificadas como provenientes da própria ciência e de ações vinculadas ao manejo das novas tecnologias.

A evolução científica apresenta, hoje, um ritmo extremamente acelerado. Está ocorrendo uma transformação constante e crescente de novos conhecimentos e novas tecnologias por parte do homem, principalmente no campo da biotecnologia.

A experimentação com seres humanos está ocorrendo, muitas vezes, sem a devida preocupação com os aspectos éticos.

Atualmente, os cientistas já possuem um poder elevado sobre estas pesquisas e intervenções, oferecendo às pessoas a oportunidade da concepção de um feto sem mesmo ter havido uma relação sexual. A clonagem humana já pode ser feita.

Devemos ter cautela, pois tudo o que leva a uma nova criação também pode levar à destruição da humanidade.

Todas essas considerações apontam para a oportunidade e a necessidade de discutir questões voltadas às pesquisas feitas com seres humanos, de modo a permitir os avanços da ciência e da tecnologia em benefício da humanidade.

É evidente colocar, também, que o que buscamos não é a contenção ao desenvolvimento tecnológico. O que se exige realmente é que toda experimentação ou aplicação de novos conhecimentos científicos ocorra com a mais absoluta precisão e respeito à pessoa humana, pois, seria contraditório agredir a dignidade de uma pessoa sob o pretexto de buscar novos benefícios para a humanidade.

2.3 Biodireito

Para muitos, o biodireito seria o Direito da quarta geração, cuja finalidade é a abordagem acerca dos efeitos para com as experimentações biológicas.

Norberto Bobbio também faz referência ao chamado Direito da quarta geração, apontando que são “referentes efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”⁴.

Tudo o que é tecnologicamente possível é, também, eticamente e juridicamente? Certamente, não.

Onde residirá, enfim – e esta é a questão mais crucial, quiçá –, o ponto de freio, o fronteiro, o sinal de cuidado e alerta, a proteção e a tutela contra os desmandos, a punição pelos excessos que possam advir deste tão impressionante desenvolvimento nas áreas científicas ou tecnológicas? O homem não pode viver sem regras, pois o vazio jurídico torna tudo possível.

O poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, e não há outras formas de controlá-lo senão fazendo nascer mecanismos de limitações, buscando barrar, se podemos dizer assim, a maneira simplista das diversas situações com as quais são colocadas à frente das pesquisas. Cabe, portanto, ao Direito, produzir normas que acompanhem as transformações sociais em curso. Daí nasce o biodireito, congregando “as relações estabelecidas entre os valores morais e a pesquisa de tecnologia biológica, que se formalizam juridicamente”⁵.

O aparecimento do biodireito representa a extensão da bioética ao campo jurídico.

É necessário, e de grande importância tanto para a atuação da bioética e do biodireito, a observância de princípios, pois, “a própria origem de cada um dos princípios da bioética mostra em sua formulação restrita, que atendem as demandas da ordem normativa, moral e jurídica de uma sociedade pluralista e democrática as condições mínimas para a construção de qualquer sistema normativo supondo a coexistência de princípios”⁶.

Podemos dizer que, nos dias atuais, a bioética e o biodireito trabalham juntos. Foram tirados dos grandes laboratórios, dos centros de pesquisas e levados ao espaço comunitário, interessando não apenas à civilização científica, mas também a todos que formam uma comunidade, seja atual ou futura. A experimentação humana vem sendo efetivada sob o pálio do benefício social.

O biodireito não pode somente focar a uma determinada comunidade. Também não pode aceitar o acolhimento de convenções políticas, religiosas. O que se deve buscar,

4 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

5 BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. *Ethica Cadernos Acadêmicos*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 01, p. 21-22, 1998.

6 BARBOZA, Heloisa Helena. Op. cit.

através da normatização jurídica, é atender todos os valores éticos, morais e anseios de diversas comunidades. O papel do Direito aqui não é de cercear o desenvolvimento científico, muito pelo contrário, é de traçar exigências mínimas que assegurem, através dos princípios éticos, a compatibilização entre os avanços biomédicos que importam na lesão de um quadro de valores, que devem ser assegurados e respeitados.

É necessário rever conceitos, trabalhar princípios, buscar instrumentos para alcançar uma sociedade justa e solidária no futuro das relações sociais.

2.3.1 Questões fundamentais ao biodireito

A partir dos avanços tecnológicos surgidos nos últimos anos, nasce a preocupação de atuarmos em outros setores, de buscarmos soluções nas mais variadas pesquisas, dentre elas, a criação de atributos dotados de uma certa coercitividade e obrigatoriedade, gerando, assim, normas jurídicas na construção do biodireito.

No campo biotecnológico, busca-se, inicialmente, o reconhecimento de princípios de ordem moral abstrata para, depois, normatizar questões relativas a biotecnologia.

Podemos notar que hoje há um verdadeiro desequilíbrio entre os valores petiços e as normas jurídicas, isto posto, porque não conseguimos colocar em igualdade estas posições. É necessário ponderar as questões éticas e jurídicas.

É neste momento que surge o biodireito, com a finalidade não só de criar normas, mas também de equilibrar as questões morais e éticas, que necessitam ser aplicadas à sociedade numa época em que é necessário, também, reavaliar normas pertinentes aos avanços biotecnológicos.

“Há atualmente o reconhecimento de que a bioética extrapola os limites das ciências da biologia e da medicina, apresentando duas vertentes que devem ser conjugadas e não consideradas isoladamente.”⁷

Através destes questionamentos, elabora-se a Declaração Universal do Genoma Humano, no ano de 1997, representando a positivação no plano internacional do biodireito, cuidando-se da busca da criação de uma ordem jurídica intermediária entre a bioética e o biodireito. “Atualmente a civilização se depara com uma nova espécie de direito da liberdade racional [...]”⁸.

No Direito interno de cada país, tendo como base o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a construção do biodireito deve levar em conta tais características da pós-modernidade do Direito, procurando sempre completar o vazio normativo que pode ser visto em vários países.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, notamos que vários princípios podem ser aplicados à biotecnologia, e dessa maneira completar o ciclo que

7 GAMA, Guilherme Nogueira da. *A nova filiação*. O biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 108.

8 BARRETO, Vicente de Paulo. Op. cit., p. 43.

faltava para a criação de normas à ampla temática da biotecnologia. Uma das principais regras constitucionais é a proteção plena e única à pessoa humana, tendo como pressuposto o direito privado para tutelar estas questões.

Hoje, no direito pós-moderno, já é possível criar normas jamais cogitadas antes, para os mais diversos setores das ciências. É primordial para a construção de regras a observância dos vários princípios importantes na solução de problemas que, a partir de então, as posições relacionadas ao biodireito e à biotecnologia demandarão resoluções consensuais por parte de várias comunidades, legitimando e justificando a existência das regras jurídicas.

3 ENGENHARIA GENÉTICA: ATÉ ONDE JÁ CHEGAMOS?

Como bem observado nos capítulos anteriores, a engenharia genética muito tem contribuído nas questões das ciências médicas.

Muito embora ainda exista um tabu para certos aspectos, argumentos fortes são levantados sobre a questão da liberdade biológica, sendo ela moral, ética e até religiosamente aceita pela sociedade.

Hoje, com a evolução das pesquisas em biotecnologia e da tecnociência, já se pode escolher o sexo dos bebês e até selecionar embriões sem distúrbios graves. Muito se tem perguntando sobre essas referências, pois, num futuro próximo, será viável até mesmo alterar as características genéticas deste embrião. Para o bem ou para o mal, não sabemos; contudo, a humanidade já está se tornando capaz de decidir como serão os novos habitantes do planeta. Vejamos nos próximos tópicos uma abordagem mais sucinta sobre o assunto.

3.1 A escolha do sexo

Daqui para frente, através das modernas técnicas de evolução, a vontade de ter um menino ou uma menina já não será mais um desejo e sim uma ordem. Mas como? Através de um exemplo explicarei como esse fato já está passível na sociedade. A clínica americana Genetics e IVF Institute já trabalhou com a possibilidade de separar espermatozoides com cromossomos X, que geram as garotas, dos que trazem o Y, donde surgem os garotos. Foi realizada uma pesquisa com quatorze casais que gostariam de ter bebês do sexo feminino, e, através desta separação, a clínica fez o trabalho, obtendo êxito com treze casais. Com isso, o instituto americano já pensa em, no futuro, colocar tal prática acessível à sociedade, burlando, assim, a vontade de nosso criador divino.

Moralmente falando, será que essa prática realmente é boa para a sociedade? Não sabemos. Porém, o que vemos é que as novidades chegam tão depressa que nem temos tempo suficiente de abstraí-las. A escolha do sexo é apenas uma das inúmeras transformações que a medicina nos coloca para refletirmos e pensarmos no futuro da humanidade.

Os pais festejam um futuro em que a humanidade comum está se perdendo, enquanto elites aperfeiçoadas adquirem atributos de uma espécie diferenciada. Poderão decidir se querem que seus filhos nasçam mais resistentes a infecções, mais bonitos, mais inteligentes, enfim, uma série de novos modelos humanos estão surgindo, e nós teremos que enfrentá-los.

3.2 Da seleção artificial à alteração genética

Não é apenas o sexo do bebê que pode ser definido. O desejo de evitar o nascimento de crianças com males incuráveis leva à criação de técnicas de escolha.

Através de estudos, descobriram que é possível verificar os cromossomos dentro das células do embrião e, com isso, observar se há presente algum defeito causador de doença grave, como, por exemplo, a Síndrome de Down, que provoca retardamento mental.

Técnicas são utilizadas para essas definições, que muitas vezes acabam por levantar questões éticas muito pertinentes, como é o caso do casal que escolhe filhos do sexo feminino e depois se descobre que nascerá um menino e portador de doença. O que fazer, então, com esse embrião? Descartá-lo? Será essa a melhor solução? As respostas para estes tipos de perguntas são bem abrangentes, pois, para um casal que desembolsou alta quantia em dinheiro para satisfazer seus gostos, e se encontra defronte a um “problema” irreversível, torna-se aborrecedor enfrentá-lo.

Muitos cientistas confirmam que é necessário “cortar o mal pela raiz” e fazer descarte destes embriões, o que justifica o tema desta seção. No momento da descoberta do mal, interrompe-se tal ciclo vital.

4 EXCLUSÃO SOCIAL DA ENGENHARIA GENÉTICA

Após longos estudos sobre o assunto engenharia genética, caberá agora uma breve explanação sobre um dos pontos que mais aflige esta área, isto é, à exclusão social causada pela evolução tecnocientífica no campo genético.

Façamos algumas considerações acerca do que vem a ser o termo exclusão social e, posteriormente, iniciaremos as colocações referentes à visão da biotecnologia para com o tema.

A exclusão social é um tema da atualidade, utilizados nas mais variadas áreas do conhecimento, mas com sentido nem sempre muito preciso ou definido.

Pode designar desigualdade social, miséria, injustiça, exploração social e econômica, entre outras. De modo mais abrangente, temos a exclusão social como um processo sócio-histórico, caracterizado pelo recalçamento de grupos sociais ou pessoas, em todas as fases da vida social.

Exclusão é “estar fora”, à margem, sem possibilidade de participação, seja na vida social como um todo, seja em alguns de seus aspectos; porém, muitos ainda não entendem que estes excluídos são as pessoas que sustentam a ordem econômica e social do País.

O fenômeno “exclusão social” acaba com isso, criando uma sociedade baseada em relações de exploração entre aqueles que ocupam posições superiores diante daqueles que ocupam posições inferiores.

Quanto ao tema em desenvolvimento, vejamos como ele é encarado diante da nossa realidade para com a evolução científica e biotecnológica.

Partindo do pressuposto de que exclusão social é estar fora de uma sociedade, utilizaremos a mesma linha de raciocínio.

Muito se tem falado de evolução genética, criação de seres humanos em laboratórios, escolha de sexo, sobre o futuro da humanidade frente a estas questões, enfim, diariamente somos bombardeados com estas notícias, mas, embora de grande valia para a sociedade, será que toda essa evolução é acessível também às pessoas de baixo poder aquisitivo? Ou, somente como citado anteriormente, ficará reservado àquelas pessoas que ocupam uma posição social superior? Rapidamente surge-nos uma resposta no sentido positivo para com estas questões.

Hoje, para realizar uma pesquisa científica, gasta-se muito e, muitas vezes, acaba por não obter o êxito esperado. Inúmeras pessoas são envolvidas nos projetos, laboratórios renomados têm seus nomes colocados no mercado, busca-se clientela para servirem de análise (considera-se que grande parte das pesquisas são feitas em animais); enfim, é um processo demorado, caro, o que faz com que procurem por pessoas com alto poder aquisitivo para poder satisfazer e obter sucesso nos seus desejos.

Grande parcela da sociedade ainda é desprovida destas possibilidades de poder escolher o sexo da criança, de saber se o filho nascerá com doença para poder já iniciar um tratamento. Muitos gostariam, sim, de participar destas pesquisas, mas, o poder aquisitivo influencia muito nessa hora. Pessoas pobres ficam à mercê do sistema precário de saúde existente hoje em nosso País.

O que percebemos hoje é que somente a classe alta acaba por conhecer e acompanhar as evoluções que enfrentamos nos tempos modernos, e as demais pessoas, por serem de baixa renda, não possuem cultura, são “ignorantes”, quase sempre residem em sub núcleos de moradias. A realidade é triste.

Devemos apoiar as pesquisas sempre, mas não podemos fechar os olhos para os menos favorecidos. A dignidade, a saúde e o respeito devem estar dentro do ser humano. Não podemos trabalhar visando *status*, *glamour* na profissão, ou somente em ficarmos ricos. Façamos, então, uma luta social para que, num futuro próximo, todos possamos fazer parte desta nova humanidade que está surgindo. Vamos abrir os olhos e enxergar o que realmente precisa ser visto. Vamos colaborar e ajudar os mais necessitados. Vamos levar até eles a realização de um sonho e, até mesmo, sempre que possível, a satisfação de uma vida melhor.

5 SURGE UMA NOVA HUMANIDADE

“Os avanços científicos relacionados a biologia e a medicina produzem mudanças não apenas na natureza que, ao ser desvendada passa a ser reformulada, mas também na própria pessoa humana.”⁹

O ponto é que, diante da tamanha evolução e da nova humanidade, diferentes relações sociais surgiram. Com o controle e a dominação das ciências sobre as forças

9 BARRETO, Vicente de Paulo. Op. cit., p. 20.

da natureza, especialmente quando relacionado à vida, surge a necessidade de avaliar os impactos desse admirável e instigante mundo novo, que parece não ter limites.

Carvalho nos coloca que “a passagem para uma nova civilização, com valores, interesses e tecnologia específicas, envolta no fenômeno do crescimento da população mundial, impõe ao Direito um ritmo de avanço mais acelerado do que tradicionalmente se observa, sob pena de inoperância”¹⁰.

O que observamos nos dias atuais, realmente, é o surgimento de uma nova sociedade, uma humanidade dotada de poderes para modificar todo o sentido do que é vida.

Tal conceito se faz presente em toda humanidade e não somente em nossa sociedade, pois refere-se à vida humana.

A posição conservadora considera que a aplicação de novos conhecimentos científicos deve se dar de maneira bastante cautelosa, não havendo, no contexto da biotecnologia, parâmetros a seguir, devendo preservar sempre a pessoa humana.

Os seres humanos vêm sendo cada vez mais testados, tudo isso, como já citamos, pelo fascínio do homem por um poder maior em atravessar todos os limites existentes na ciência.

6 CLONAGEM HUMANA

Este tema é, no mínimo, instigante. Apesar de ser um processo que ocorre na própria natureza e de ser utilizado há muitos anos nos trabalhos de melhoramento vegetal e animal, ainda assusta. A apreensão da sociedade é porque existe uma grande desinformação sobre os reais riscos e benefícios, não só das técnicas de clonagem humana, mas também de outras biotécnicas.

É indispensável lembrar, antes de tudo, que a intervenção humana na reprodução já é uma realidade. A idéia de clonagem não é recente.

As questões que aqui coloco de forma alguma são contrárias à evolução da ciência. Ocorre que de um lado as novas tecnologias ligadas à manipulação do DNA prometem o alcance a um melhor modo de viver, e de outro lado existem questões não respondidas, que nos remetem a medos e inquietações, o que necessariamente torna-se válida uma avaliação do ponto de vista jurídico para estas questões.

Precisa ficar claro para a comunidade científica que o que é cientificamente possível poderá não ser socialmente justo, ou economicamente rentável. Outros aspectos importantes são os de caráter ético, os quais sofrem fortes influências, dentre outras, de posições religiosas, o que, de certo modo, dificulta um debate mais pragmático a respeito dos riscos e benefícios concretos da biotecnologia.

Há décadas já ouvimos falar sobre clonagem humana, desde os experimentos de Mendel com plantas até a criação da ovelha Dolly. Com o surgimento da engenharia

10 CARVALHO, Francisco Neto de. *Direito, biologia e sociedade*, p. 201.

genética e a interferência do homem nas estruturas e processos naturais de vida dos seres vivos, agora já é possível colocarmos em discussão as clonagens de seres humanos.

Voltando um pouco no desenvolvimento da clonagem humana, quanto ao seu início, foi precisamente na década de 60 que iniciaram as pesquisas no ramo da agronomia para clonagem de vegetais. Mais tarde, já comemorando sucesso obtido nas primeiras pesquisas, os cientistas começaram a desenvolver pesquisas em animais, mais precisamente em sapos, e, posteriormente, após alguns anos, fomos atingidos com o sucesso da criação da ovelha Dolly, cópia perfeita de uma ovelha adulta.

Com grande sucesso, cientistas de todo o mundo iniciaram uma busca constante em poder criar novas vidas em laboratórios; criar seres idênticos, ou, melhor dizendo, clones, para eles seriam de grande importância, tanto para *status* na carreira quanto em vantagem financeira.

Muitos acreditam – e ainda defendem – a clonagem terapêutica como forma de cura de doenças. Não podemos descartar a idéia de que ainda é possível tal técnica, porém, muito questionada em seu ponto de vista ético pelo manuseio de embriões.

A clonagem hoje é uma realidade e pode ser feita por dois métodos. O primeiro consiste em provocar a cisão das células de um embrião, que terá como resultado dois seres compartilhando a mesma herança genética, porém, diferente de qualquer outro. Já no segundo método, trata-se das formas utilizadas pelos cientistas, ou seja, através da reprodução assexuada, produz-se um indivíduo pela substituição do núcleo de uma célula diplóide retirado de um outro ser, mas exatamente igual ao que lhe deu origem (irmão gêmeo).

Há que sublinhar, uma vez mais, a diferença que existe entre a concepção da vida como dom de amor e a visão do ser humano considerado como um produto industrial.

Destarte, diante da turbulência que hoje a evolução biotecnológica vem sofrendo, questões éticas surgem, de uma maneira crucial, para abarcar o assunto clonagem humana; isto posto, porque, enquanto seres capazes de manifestar sua vontade, se fazem ouvir quando chamados, estes seres ainda não têm meios de expressar comportamentos e, por isso, serão tratados como inanimados, o que os tornam prejudiciais à vida humana.

7 CÉLULAS-TRONCO: ESPERANÇA DE RECUPERAÇÃO

O que se discute hoje, além de questões morais e jurídicas, são temas relacionados ao início da vida humana, o que, por sua vez, no meio científico, ainda não há consenso.

Falar de células-tronco é falar de esperança, de novas descobertas e caminhos para a cura de doenças. Os embriões utilizados neste tipo de pesquisa são originados do processo de fecundação *in vitro*, quando legalmente praticados, e que não foram implantados no útero materno. Por que haveria, então, ou qual o fundamento em optar por descartá-los ao contribuir para a ciência e para o sofrimento de inúmeras pessoas?

Creemos que as questões políticas são mais importantes do que tratar sobre o destino de uma vida humana. É mais vantajoso preocupar-se com quem pratica corrupção em um País como o Brasil do que buscar novas formas de cura das doenças degenerativas.

Grande é a importância destas pesquisas. Enquanto a cúpula do Supremo Tribunal Federal (STF) discute, sem solução, o problema do início da vida humana, milhares de pessoas, em fila, aguardam um transplante ou simplesmente morrem de desgosto por saber que um País com grande expectativa de crescer neste campo de pesquisa deixa a saúde à mercê do que vemos hoje.

O que defendo é que, quando a pesquisa científica diz respeito à vida humana, os limites devem ser definidos de maneira muito clara, para evitar que se manipule a vida de um ser humano desprotegido em favor de outro ser humano mais favorecido.

Como exemplo inovador do uso de células-tronco, cito o Instituto de Visão da Unifesp, que inaugurou, em 2004, o primeiro laboratório do País voltado à pesquisa do uso destas células no tratamento de doenças e danos causados aos olhos, como queimaduras, acidentes ou cicatrizes resultantes de várias cirurgias.

Notamos que as células-tronco podem ser utilizadas para cura de várias doenças em diversas partes do nosso corpo humano. Em sentido primário, o que se vê, também, é a criação de células e tecidos que possam ser utilizadas em terapia.

Sem dúvida, avanços na compreensão das células-tronco têm capacitado o desenvolvimento de novas terapias para várias doenças, e os avanços nesse fascinante mundo das células-tronco embrionárias continuam tornando-se mais e mais sofisticados e promissores.

Continuemos nessa luta, em busca de novas descobertas, pois ainda devemos compreender a verdadeira esperança de recuperação.

CONCLUSÃO

O presente artigo procurou abordar alguns temas importantes envolvendo ciência e Direito.

O avanço tecnológico é, sem sombra de dúvida, uma verdade atual e caminha para descobertas até recentemente inimagináveis e de conseqüências futuras muitas vezes desconhecidas, principalmente no que tange as pesquisas ligadas à vida humana.

Buscando dados informativos que levassem a entender esse novo ramo de pesquisa e, neste prisma, com a necessidade de encontrar um “ponto de equilíbrio” entre o Direito, a ética e o conhecimento científico, concretizamos grandes descobertas científicas, apresentando como parâmetro a dignidade da pessoa humana aliada à proteção dos direitos humanos para o futuro da humanidade.

Foi realizada uma abordagem acerca da liberdade de pesquisa, colocando questões antes mesmo não suscitadas pelo homem, buscando identificar um limite para as intervenções realizadas pelos cientistas em seres humanos e até mesmo com embriões, no que tange o descarte.

Diante de tudo que observamos e notamos nos dias atuais, finalizo este artigo enfatizando a necessidade de criarem meios alternativos de pesquisas que não lesem o direito alheio e nem o direito à vida. Pesquisas que culminam com o reconhecimento e a comprovação das causas de determinadas doenças, novas vacinas devem, e tenho certeza, passar pelo crivo do Judiciário, pelo regramento das normas jurídicas, porque só tais enunciados são capazes de igualar pobres e ricos. O avanço tecnológico será, sim, importante para o futuro da humanidade; isso compreende, perfeitamente agora, que não podemos aceitar de braços cruzados que, diante do conhecimento, o homem possa modificar uma sociedade, fazendo da ciência um simples “brinquedo” para sua promoção e *status* social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Direito ao corpo e doação de gametas. In: RIOS, André Rangel et al. *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. *Ethica Cadernos Acadêmicos*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 01, p. 21-22, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CARVALHO, José Carlos Maldonado. *Responsabilidade civil médica*. 2. ed. São Paulo: Destaque, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FRANÇA, Martha San Juan. *Células-tronco: esses milagres merecem fé*. São Paulo: Terceiro Nome/Mostarda, 2006.
- FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.
- FERREIRA, Sérgio Ibiapira. *Iniciação a bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina – CFM, 1998.
- GAMA, Guilherme Nogueira da. *A nova filiação. O biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LIMA NETO, Francisco Vieira. *Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética: em busca de um paradigma bioético para o direito civil*. São Paulo: LED, 1997.

PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Rodrigo Garcia Martinez

Juiz de Direito do Estado de São Paulo, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Unimes (Santos/SP), Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela PUC/SP.

“O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria de ser juiz.” (Mauro Cappelletti)

RESUMO: O Magistrado pode determinar a produção de provas de ofício, sem substituir-se às partes. Visa-se à otimização do conjunto probatório para a correta aplicação da norma ao fato concreto, segundo a valoração do Magistrado. Há certos limites e determinadas hipóteses apontados pela doutrina e pelas decisões judiciais quanto ao referido poder.

PALAVRAS-CHAVE: Poderes instrutórios do juiz; produção de provas; poderes e deveres.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução do papel do magistrado na produção das provas; 2 Fundamentos; 2.1 Fundamento lógico; 2.2 Fundamento legal; 2.3 Fundamento político-social; 3 Extensão dos poderes instrutórios do juiz; 4 Deveres correspondentes; 5 Crítica às hipóteses admitidas pela doutrina da atividade probatória de ofício pelo juiz; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A atividade probatória sem dúvida é a parte mais decisiva em um processo. Uma falha, omissiva ou comissiva, pode acarretar a perda da pretensão. Quantos advogados ou defensores do mais alto gabarito tiveram uma causa julgada improcedente por ausência ou deficiência da prova. Como ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr.¹, a decisão não emerge automaticamente da subsunção do caso à norma. Há ainda o requisito da prova.

Jeremy Bentham² uma vez afirmou:

“[...] a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar provas.”

Prova, no seu sentido etimológico, que advém de *probus*, significa, no sentido objetivo, constatação demonstrada de fato ocorrido; e, no sentido subjetivo, aprovar ou fazer prova³.

1 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, p. 319.

2 SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, p. 294, citando BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. arg., v. 1, p. 10.

3 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, p. 319.

Dentro deste tema interessante, destaca-se o poder instrutório do juiz. Seria admissível ele determinar a produção de provas de ofício? Para responder a esta pergunta, passo a tecer breves comentários.

1 EVOLUÇÃO DO PAPEL DO MAGISTRADO NA PRODUÇÃO DAS PROVAS

O ajuizamento de uma ação provoca o Poder Estatal, por meio de sua função jurisdicional, a emitir uma resposta para solucionar um conflito, visando à pacificação social. Um conflito de interesses instaura uma lide ou impede uma satisfação. De qualquer forma, um desfecho é esperado. Não havendo conciliação entre as partes, uma decisão será emitida pelo juiz, aplicando-se o Direito aos fatos provados e debatidos no processo. É o devido processo legal.

Neste contexto, a atividade probatória desenvolvida pelas partes é o fator decisivo para quem quer se sagrar vitorioso no processo. É popular a frase: alegar e não provar é o mesmo que não alegar. É um corpo sem alma. Justamente por isso a fase probatória do processo é capital para quem invoca um direito ao Poder Judiciário, esperando por uma tutela. Não demonstrado o direito, não haverá decisão procedente.

A atividade probatória, assim como o processo, também é dividida em fases: especificação, deferimento e produção. Tradicionalmente, cabe à parte esta iniciativa. Se ela invoca um direito, deve prová-lo. A atividade do Magistrado limitar-se-ia à regularidade desta fase, impedindo a produção de provas ilícitas, ou ilegítimas, isto é, as que infringem as regras de produção da prova, ou atentatórias à forma de inserção no processo (normas processuais). Nega-se ao juiz, então, a iniciativa probatória, sob pena de prejudicar sua imparcialidade. Em última análise, prepondera o princípio dispositivo na fase probatória, cabendo a cada parte o ônus de produzir suas provas, sob pena de improcedência.

João Batista Lopes⁴ expõe notas essenciais sobre o princípio dispositivo em relação ao nosso tema:

- a) o início da atividade jurisdicional depende de provocação da parte;
- b) a determinação do objeto do processo compete somente aos litigantes;
- c) as decisões judiciais devem ater-se às pretensões das partes (*ne eat iudex ultra [ou extra] petita partium*);
- d) a possibilidade de finalização da atividade jurisdicional por vontade das partes.”

Tal entendimento adveio da visão privativa do processo, desde o século XVIII. Nesta época, o processo era classificado como uma espécie de negócio jurídico entre as partes, que procuravam o Estado-juiz para solucionar seus conflitos. Estes eram

4 João Batista Lopes citando Joan Pico I Junoy (*El Derecho a la prueba em el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1986, p. 212-213): *A prova do direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 72.

eminentemente formados por interesse individuais⁵, principalmente do campo das obrigações e dos direitos reais, ou seja, gravitavam em torno da burguesia, único centro de poder da época. Conseqüentemente, não devendo o juiz interferir no conteúdo dos negócios entabulados pelas partes, limitando-se a aplicar a lei ao caso concreto, aplicava-se plenamente o princípio dispositivo.

Segundo este princípio, somente as partes podem dispor de seus direitos, cabendo-lhes a propositura da demanda e o impulso processual. Assim, no que se refere à prova, desde aquela época, e para alguns ainda nos dias de hoje, a iniciativa probatória reservava-se defesa ao juiz. Todavia, o Desembargador do Tribunal Bandeirante José Roberto dos Santos Bedaque⁶, em sua obra *Poderes instrutórios do juiz*, magistralmente explica o verdadeiro sentido deste princípio, qual seja, o material, não o processual. Nesse sentido:

“Conclui-se assim que a denominação ‘princípio dispositivo’ deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível. As demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexos com a relação material; não decorrem, portanto, do chamado ‘princípio dispositivo’. Somente a adoção de um significado diverso para a expressão, tornaria possível sua utilização para representar tais restrições.”

A outra banda, a história da humanidade progrediu em uma direção mais altruísta, surgindo novos direitos que extravasavam o campo próprio do direito privado. O positivismo cedia terreno para o existencialismo, o romantismo, o construtivismo e outras correntes filosóficas que, em vez de deterem-se ao empirismo concentrado da primeira corrente (extremamente objetivo, desconsiderando importantes questões afetas à Justiça social), passaram a valorizar a dignidade humana, principalmente após o holocausto, a qual passava a ser considerada um princípio-fim em todas as ciências.

A ciência jurídica não podia ser diferente. A geração dos direitos individuais foi seguida pela dos direitos sociais, e, posteriormente, pelos difusos⁷. Nesse contexto, o processo não podia mais ser visto como uma relação meramente privada, apenas assistida pelo Magistrado, como mero aplicador da lei, e disciplinada pelas normas jurídicas.

O processo tornou-se um instituto público, com normas essencialmente cogentes, ainda que se permitam certas disposições pelas partes. É a visão publicista do processo. Conseqüentemente, o papel do juiz não é mais aquele do século XVIII, como um mero expectador do processo. Ele é um homem do seu tempo e deve zelar não apenas pela solução do conflito, mas pela justiça desta.

5 Ressalto que, naquela época, não havia ainda o reconhecimento da ação como instituto diverso do direito material veiculado na demanda, segundo a teoria imanentista da ação (a todo direito corresponde uma ação). Logo, a ação e o processo eram considerados interesses também individuais, decorrentes do direito individual veiculado.

6 *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, 1994, p. 68/71.

7 Ressalto que uma geração não excluiu a outra; elas passaram a coexistir. Hoje já se fala na quarta geração, abrangendo o direito de personalidade, o genoma etc.

João Batista Lopes⁸ destaca muito bem a lição de Mauro Cappelletti, revendo o sentido do princípio dispositivo, defendendo a denominação da “direção matéria do processo”:

“a) o princípio dispositivo, em sua moderna configuração, significa apenas que a iniciativa das alegações e dos pedidos incumbe às partes, não ao juiz; b) a iniciativa das provas não é privativa das partes, podendo o juiz determinar as diligências necessárias integral apuração dos fatos; c) o juiz, a par das funções próprias de diretor formal do processo, exerce um poder de intervenção, de solicitação, de estímulo no sentido de permitir que as partes esclareçam suas alegações e petições, a fim de ser assegurado um critério de igualdade substancial entre elas.”

Em matéria probatória não pode ser diferente nosso entendimento. Senão vejamos.

Há séculos atrás, nas Ordenações Afonsinas, no Livro III, Título XX (Da ordem do Juízo, que o Juiz deve ter, e guardar em seu *officio*), o juiz, para julgar bem, devia preparar os autos com todas as suas fases e provas. Contudo, o Magistrado era fiscal da lei e não podia fazer perguntas às testemunhas ou mandar produzir provas. No máximo, se houvesse início de prova em favor do autor, o juiz podia determinar o juramento deste para a respectiva produção. No mesmo sentido, as Ordenações Manoelitas e Filipinas⁹.

O Regulamento nº 737 manteve a produção das provas a cargo exclusivamente das partes, com a exceção do art. 230, pelo qual o Magistrado podia converter o julgamento em diligência. Os Códigos Processuais Cíveis Estaduais prescreviam normas no mesmo sentido que este regulamento, devendo as partes providenciarem as provas do processo. Contudo, o art. 238 do Código de Processo Civil do Distrito Federal e o art. 310 do Código de Processo Civil e Comercial Paulista permitiram ao juiz determinar de ofício a realização de prova pericial. O art. 127 do Código de Processo da Bahia também, mas após as provas produzidas pelas partes¹⁰.

O Código de Processo Civil de 1939, no art. 117, prescrevia a possibilidade de o juiz de ofício “ordenar as diligências necessárias à instrução do processo”.

Em 1968, a Lei de Alimentos nº 5.478/1968, em seu art. 5º, § 7º, também assegurava ao juiz a iniciativa de produção de prova documental, a partir de requisição. Mas o dispositivo mais interessante ao nosso tema é o art. 19¹¹, o qual prevê o poder de o Magistrado tomar todas as providências necessárias para o seu esclarecimento.

8 LOPES, João Batista. *A prova do direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 73.

9 AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional – A utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, p. 44.

10 AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional – A utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, p. 44/47.

11 “Art. 19. O juiz, para a instrução da causa, ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias.”

Em relação ao poder de o Magistrado determinar providências para a formação de seu convencimento, à luz do art. 19 acima, já se manifestaram os Tribunais¹²:

“A fim de avaliar a capacidade de prestar alimentos do devedor, pode o juiz requisitar informações de terceiros, especialmente de empresas de que seja sócio ou diretor.” (RT 807/247)

Em 1973, com o Código de Processo Civil vigente, inúmeros dispositivos prevêm a determinação de ofício de produção de provas pelo juiz, conforme mais adiante os identificaremos.

Interessante apontar, antes de prosseguirmos, a iniciativa probatória do julgador, segundo o Direito canônico. O art. 50, § 3º, do *Dignitas Connubii* (DC), preparado pelo Pontifício Conselho para textos legislativos, por mandato do Sumo Pontífice João Paulo II, em 25 de janeiro de 2005, prescreve que cabe ao auditor (escolhido entre os juízes do Tribunal), segundo o mandato do juiz presidente, recolher provas, com o poder de decidir quais e como devem ser recolhidas. Diz-se que a instrução bem conduzida é um fator de sentença justa. O juiz instrutor tem diversas iniciativas: fazer perguntas de ofício (DC, art. 174), reinquirir testemunhas (DC, art. 176), citar novas testemunhas (DC, art. 71)¹³.

Portanto, verifica-se que houve uma evolução legislativa, no sentido de conferir poderes de iniciativa instrutória para o Magistrado. Isto se originou da visão publicista do processo, cujos institutos e conceitos se projetaram sobre as novas leis processuais promulgadas que passaram a se incorporar ao ordenamento jurídico.

Mas, a possibilidade de o juiz determinar de ofício a produção de prova não decorre apenas da evolução histórica das leis processuais. Há também um fundamento lógico. Passemos a analisá-lo.

2 FUNDAMENTOS

2.1 Fundamento lógico

O Magistrado realiza um vasto trabalho intelectual antes de prolatar a decisão. Decidir é um processo de aprendizagem no qual o juiz colhe os elementos que julgar mais importantes para construir um conceito do litígio, seja por processos de cognição imediata ou mediata¹⁴.

12 NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Nota de rodapé 1 ao art. 19 do código de processo civil anotado*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, p. 1266.

13 CRESCENTI, José Geraldo Caiuby. *Instrução e julgamento de processos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 6/13.

14 Segundo as lições de Miguel Reale (*Filosofia do direito*. 19. ed., p. 131 e ss.): processo de cognição imediata é a tomada direta com o fenômeno, ou seja, o objeto real, por exemplo, a intuição – exaustivamente tratada pela corrente filosófica da fenomenologia; processo de cognição mediata é o método de conhecimento do objeto analisado através do contato de elementos de mediação (v.g., analogia, dedução e indução).

O juiz analisa os principais elementos de fato e de direito juntados aos autos por meio de sua percepção, sua memória, sua experiência, sua linguagem e seu valor; formando um conjunto de idéias, relacionando-as dentro de um encadeamento lógico, até sintetizá-los em um pensamento, cujos conceitos formados constituirão a norma para o caso concreto. Assim, prolata a decisão, justificando seu convencimento à luz dos juízos de fato e de valores formados durante sua exploração sobre a controvérsia noticiada no processo.

Os elementos, de fato, necessários para a formação do convencimento do Magistrado advêm das provas produzidas no processo. Os elementos de direito pressupõem-se sabidos pelo Magistrado. Mas os primeiros são demonstrados pelas provas produzidas, através dos seus variados meios: oral, pericial, documental etc. Conforme produzidos os elementos, o juiz forma dois tipos de juízos. O primeiro, juízo de fato, realizado com a mera constatação dos sentidos; e o segundo, o de valor, do qual decorre a predicação sobre os sujeitos ou objetos encontrados. Por exemplo, quando o juiz verifica que um automóvel foi colidido por outro, diz-se que realizou um juízo de fato. Ao afirmar que o abaloamento deveu-se à negligência do condutor por excesso de velocidade, quando não devia assim proceder, manifesta-se um juízo de valor.

O fundamento da decisão consiste nesse encadeamento lógico destes juízos. Assim sendo, a importância da prova se mostra notória. O caminho percorrido pelo juiz durante a análise do conjunto probatório, por meio de sua percepção, memória, linguagem, imaginação e experiência, será tanto mais sólido quanto maior a qualidade da prova produzida. A quantidade insuficiente ou a má qualidade da prova impedirá uma resposta correta ao conflito, uma vez que impedirá o juiz de tecer um conjunto de juízos necessários à fundamentação da decisão.

Neste contexto, muito importante destacar a lição do famoso jurista Tércio Sampaio sobre a prova de um fato. Magistralmente ensina, apoiado nas lições de Hans Kelsen, que a prova demonstra um fato, mas o que se deseja ser provado, isto é, o objetivo da prova é uma questão de atribuição normativa de conseqüências à conduta, não propriamente uma questão de relação causal. Claro que existe algum nexo causal a ser demonstrado, mas não é o objetivo final da prova. Ou seja, se demonstra a ocorrência de um fato através de um meio de prova, para provar um determinado instituto jurídico. Por exemplo, demonstro que o preposto recebeu uma determinada quantia em dinheiro para procurar provar o pagamento. Se demonstrar que o valor recebido por ele era representado por um cheque sem fundo, estará demonstrado o fato do recebimento do título executivo, mas não a prova do pagamento. Portanto, a prova da causa não seria a prova do fato, mas a prova daquilo que é normativamente imputado à conduta como fato normativo¹⁵.

Então, a possibilidade de o Magistrado determinar provas de ofício decorre, naturalmente, da sua própria atividade jurisdicional. O juiz resolve a lide ouvindo as partes e prolatando a sua decisão. A fundamentação desta se arrima no conjunto probatório do

15 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, p. 320.

processo e nas normas abstratas jurídicas aplicáveis ao caso. Conseqüentemente, a solução do conflito depende das provas coligidas, cuja carência ou ausência impedirá a pacificação social, ainda que se prolate prematuramente a sentença. Portanto, a insuficiência de provas deve ser suprida pelo juiz, impedindo a formação de uma decisão incompleta, conseqüentemente nula; negando atividade jurisdicional, ensejando inclusive recurso.

2.2 Fundamento legal

Há também o fundamento normativo da iniciativa probatória do Magistrado. Cabe lembrar que o juiz tem poderes-deveres, pois a todo poder corresponde um dever indissociável. Neste sentido, são identificados como poderes do juiz, por Cândido Rangel Dinamarco¹⁶, efetivação dos direitos, conciliação, presidência das audiências (poder de polícia), direção do processo e iniciativa probatória. Sidnei Amendoeira Júnior¹⁷ classifica as principais atividades do juiz no processo em:

“I – dirigir o processo;

II – determinar (ou indeferir) a produção de provas, participação de sua colheita e apreciá-las;

III – combater a má-fé;

IV – decidir as questões que lhe forem postas (enfrentando, assim, o que lhe propõe o objeto do processo);

V – impor o quanto decidido; e

VI – evitar que a tutela entregue não seja justa (preservação das garantias constitucionais do processo), efetiva (do próprio bem da vida pleiteado, evitando paliativos) e tempestiva (entregue em tempo).”

A doutrina, ao tratar sobre os poderes do juiz, aponta como um deles a determinação de ofício das provas. Não há que se falar em ônus, pois este só as partes têm, como se dá no art. 333 do Código de Processo Civil (CPC). Luciana Amicucci Campanelli¹⁸, ao identificar a natureza jurídica do poder instrutório do juiz, entende que este é um dever, fundamentada nas lições de Cândido Rangel Dinamarco e José Roberto dos Santos Bedaque. Contudo, entendemos ser um poder-dever, como mais adiante discorreremos¹⁹.

Dentro do tema provas, o art. 333 do CPC prescreve que o ônus destas incumbe ao autor e ao réu. Muitos entendem que, à luz da redação deste dispositivo, o Magistrado estaria impedido de determinar a produção de provas, não requeridas pelas partes. Ledo engano.

16 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, v. 2, cap. XXXIX, p. 232.

17 *Poderes do juiz e tutela jurisdicional* – A utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, p. 36/37.

18 *Poderes instrutórios do juiz e isonomia processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, p. 85/86.

19 Uma vez que os poderes do juiz são indissociáveis dos respectivos deveres.

O referido artigo disciplina o ônus da prova. Ônus é o encargo processual que, não cumprido pela parte, enseja a perda da participação ou realização de um ato. O dispositivo em tela prescreve o ônus probatório do autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, e o do réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Quem se desincumbir da produção da prova arcará com o prejuízo de sua inércia.

Por outro lado, o juiz não tem ônus: tem dever, cujo descumprimento enseja falta funcional, uma vez que sua omissão não pode prejudicar as partes, apenas a ele. Assim, justo motivo para o juiz não constar no art. 333.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery²⁰ dizem que:

“O poder instrutório do juiz respeita à sua atividade no sentido da realização da prova, ao passo que a distribuição do ônus da prova (CPC 333) é regra de julgamento, que só vai ser aplicada ao juiz no momento da sentença, quando a prova já tiver sido realizada. [...] O juiz pode assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.”

O poder de determinar provas está previsto no art. 130 do CPC, que prescreve:

“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

Constata-se, por uma simples leitura, a iniciativa probatória pelo Magistrado. Não lhe é defeso inquirir as partes e as testemunhas em qualquer momento antes da sentença, realizar inspeção judicial etc. Como destinatário das provas e prolator da decisão, cabe-lhe ordenar a produção da prova que melhor entender necessária para o deslinde da causa. Contudo, sua iniciativa não lhe escusa de razoabilidade, segundo a parte final do dispositivo. Havendo provas suficientes para emitir juízos de fato e de valor, aptos a fundamentar a decisão, proibido ao juiz determinar a realização de outras para comprovar as que estão no bojo do processo, ou para demonstrar fatos que transbordam à causalidade dos fatos e direitos da demanda.

O art. 131 do Código de Processo Civil trata da apreciação da prova, cuja redação decorre do princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado do juiz. Este tem ampla liberdade de apreciação da prova e de conhecimento dos fatos alegados nos autos. A imparcialidade do juiz quanto à iniciativa probatória não é prejudicada, pela leitura conjunta dos arts. 130 e 131 do CPC. Este último prescreve:

“Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

O Magistrado tem o poder de providenciar as provas que entender necessárias. Mas, a este poder, corresponde o dever de motivar sua decisão. Nesse sentido:

20 *Código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, p. 438.

“O sistema brasileiro da prova, diante dos termos do art. 131 do CPC, adotou o princípio inquisitivo probatório. Assim, em termos de prova, o Juiz é tanto ou mais interessado que a parte na busca da verdade real e na justa composição do litígio. Neste passo, o princípio do ônus da prova (art. 333 do CPC) tem caráter supletivo. Somente após a produção de todas as provas conhecidas e possíveis pelo Juiz e pelas partes é que concluirá a quem competia provar tal ou qual fato.” (TARS, Ap 195.004.197, 5ª C., Rel. Juiz Rui Portanova, 30.03.1995, ac. un.)

2.3 Fundamento político-social

Por fim, há o fundamento político-social para a permissão do juiz produzir provas de ofício. Ada Pellegrini Grinover²¹, ao discorrer sobre a igualdade, identifica seu aspecto formal e material. Ou seja, a igualdade tem uma dimensão estática e outra dinâmica. Na dimensão estática, segundo a qual todos são iguais perante a lei, há uma mera ficção jurídica, pois na realidade todos são desiguais. A dimensão dinâmica significa superar desigualdades com escopo de afirmar-se uma igualdade. Portanto, o poder dado ao juiz não é um mero capricho do legislador, ou uma construção da doutrina. Tem uma função social destinada a corrigir a desigualdade jurídica das partes, concedendo a ambas uma paridade de forças, para permite-lhes participar ativamente no processo, além de descobrir a verdade real para trazê-las aos autos.

No mesmo sentido, Marinoni²²:

“O princípio do contraditório, por ser informado pelo princípio da igualdade substancial, na verdade é fortalecido pela participação ativa do julgador, já que não bastam oportunidades iguais àqueles que são desiguais. Se não existe paridade de armas, de nada adianta igualdade de oportunidades, ou um mero contraditório formal. Na ideologia do Estado social, o juiz é obrigado a participar do processo, não estando autorizado a desconsiderar as desigualdades sociais que o próprio Estado visa a eliminar. Na realidade, o juiz imparcial de ontem é justamente o juiz parcial de hoje.”

Portanto, os poderes instrutórios do juiz garantem à parte mais fraca uma participação na relação processual em pé de igualdade com a mais forte política ou economicamente, que conhece o contexto fático da questão controvertida melhor que todos os sujeitos do processo, ou somente ela tem condições de produzir a prova (por exemplo, casos de paternidade e de contratos bancários). Enfim, como magistralmente ensina Bedaque²³, a igualdade processual somente é efetivada quando a decisão não resultar da superioridade econômica ou da astúcia de uma das partes, já que o processo é um instrumento destinado a encontrar o verdadeiro titular do direito, não a identificar a parte mais capaz com sujeito processual.

21 *Novas tendências do direito processual*: de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Forense Universitária, 1990, p. 6.

22 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 102.

23 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, p. 100.

A hipótese de hipossuficiência não visa a ajudar uma das partes em prejuízo da outra, por ser a mais forte econômica ou politicamente. Não é uma hipossuficiência subjetiva, mas objetiva. A impossibilidade de requerer ou produzir prova não se dá por negligência ou falta de preparo do patrono da parte; decorre da situação fática de não conseguir produzir a prova por motivos alheios à vontade da parte, ou em virtude de a outra ter o acesso exclusivo às informações ou elementos de prova, em virtude da atividade social que desempenha.

Portanto, ao verificar-se uma hipótese de hipossuficiência probatória, deve o Magistrado mandar produzir a prova que esclareça a controvérsia, sem deixar de assegurar a igualdade de tratamento às partes. Assim, o Magistrado não estará suprindo a carência probatória em que a parte incorreu, mas sim a deficiência intransponível para ela, decorrente da relação jurídica ou mesmo do acaso.

3 EXTENSÃO DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Diante do recorrido até o presente momento, dúvidas não há quanto à possibilidade da iniciativa probatória do juiz. Mas qual a extensão de tal poder?

Predomina, na doutrina, que a atividade probatória do juiz é meramente supletiva das partes, mandando determinar a realização de provas somente depois de esgotadas as atividades delas, conforme o ônus previsto no art. 333 do CPC. O fundamento dessa restrição calca-se no princípio da imparcialidade do Magistrado, para não beneficiar a parte omissa, que seria premiada com a atuação do juiz.

Sidnei²⁴ Amendoeira Jr. destaca muito bem este entendimento em sua obra:

“O interessante no confronto de opiniões é que, apesar de a premissa ser a mesma (publicização do processo e necessidade de entrega da tutela jurisdicional justa) e de a conclusão ser parcialmente a mesma (no que diz respeito à necessidade de aumento dos poderes instrutórios do juiz), a divergência ainda existe no que diz respeito à amplitude dos poderes instrutórios que se deve conferir ao juiz. Essa divergência vem fortemente influenciada pelo conceito, ainda equivocado, do que vem a ser o princípio dispositivo e o princípio da imparcialidade do juiz e seu tratamento pela ótica exclusivamente liberal...”

O juiz, então, teria poderes supletivos da iniciativa probatória das partes, somente para afastar a sua perplexidade. Nesse sentido:

“A guisa de esclarecimento, não era – como não é – a hipótese de se determinar de ofício a realização da prova pericial sob pena de se fazer tábula rasa dos princípios da isonomia e da imparcialidade do julgador, atributos necessários à justa composição da lide com base no princípio constitucional do Estado Democrático de Direito, elemento integrador do princípio constitucional do Juiz Natural (CF, arts. 1º, *caput*, e 5º, *caput* e incisos XXXVII e LIII). Com efeito, em razão da mitigação do princípio da inércia da jurisdição,

24 *Poderes do juiz e tutela jurisdicional* – A utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, p. 106.

ao Juiz é conferido poderes instrutórios (CPC, arts. 2º, 130 e 1.107), não se está a olvidar disso, porém, é preciso não perder de vista que a iniciativa *ex officio* deve se limitar tão-somente às situações de perplexidade da elucidação do fato diante das provas contraditórias, confusas ou incompletas, máxime no campo do direito patrimonial.

Não se deve cogitar de dever de investigação probatória do Juiz se a própria parte interessada deixou de diligenciar seu encargo, afinal, 'cabe à parte, e não ao Juiz, escolher e produzir a prova que lhe interessar. É exceção a prova produzida pela própria iniciativa judicial, procedimento este que, usado com freqüência, poderá colocar em risco o princípio da neutralidade do julgador' (RT 714/158)."²⁵

Em confronto com a dicção do art. 333 do CPC, João Batista Lopes²⁶, amparado no art. 130 do CPC, afirma que a atividade de iniciativa probatória do juiz não pode substituir as partes na instrução probatória. Sua intervenção só é legítima quando estiver em dúvida diante do conjunto probatório, não podendo tornar-se investigador de fatos. Sendo a produção de prova pelas partes ineficiente, não sendo prova alguma realizada, ou incapaz de demonstrar as manifestações das partes, outra solução não terá senão o julgamento de improcedência da ação. Não cabe ao juiz determinar que as partes arrolem testemunhas ou juntem documentos e determinar de ofício o depoimento pessoal da parte.

Portanto, a controvérsia que se destaca é quanto ao momento da intervenção judicial na determinação da prova, principalmente a oral. Predomina, como vimos acima, na doutrina e na jurisprudência, a vedação do juiz determinar de ofício a oitiva de testemunha em audiência, se a parte deixou de apresentar o rol fora do prazo (RT 605/96)²⁷. Deve o Magistrado, para ouvir a testemunha que entende necessária, após encerrada a instrução, converter o julgamento em diligência, se ante as provas coligidas restarem-lhe ainda dúvidas para decidir.

Reconhece-se a possibilidade do juiz ouvir testemunhas referidas e requisitar documentos a órgãos públicos, sem perder de vista o entendimento *supra*, mas tais poderes decorrem de outros dispositivos do Código de Processo Civil.

Contudo, não acreditamos que o ponto de vista acima seja o mais acertado. Não há afronta ao princípio dispositivo, nem prejudica a imparcialidade²⁸ do Magistrado. Pode o Magistrado ordenar a produção de qualquer tipo de prova, pois a formação do seu livre convencimento deve ser fundamentada nas provas existentes no processo, percorrendo um caminho formado por idéias conexas, segundo uma causalidade. Nesse sentido:

25 TJSP, Apelação c/ Revisão nº 990432-0/2, Comarca de São Paulo, Processo 552872/00, 2ª Vara Cível, Turma Julgadora da 25ª Câmara, Data do julgamento, Voto 12.529; 25.02.2008.

26 LOPES, João Batista. *A prova do direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 75.

27 NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto. *Código de processo civil*, p. 269, nota 2a ao art. 130.

28 Ressalto que imparcialidade não se confunde com neutralidade. Ninguém é neutro. Todos nós temos valores (ou seja, graus de importância) e vínculos afetivos com pessoas, coisas e fatos do nosso cotidiano. O juiz também não é neutro e julga conforme seus valores e experiências. Deve, sim, ser imparcial, ou seja, desinteressado no resultado do processo, segundo as normas de suspeição, impedimento e outras que disciplinam a impossibilidade do juiz (e não do juízo) de atuar em certo caso concreto.

“Cobrança de diferença de rendimentos em caderneta de poupança. Decisão que determina que o réu exiba os extratos das contas-poupança. Decisão mantida. Determinação que se insere nos poderes instrutórios do juiz. Documentos de interesse comum das partes. Impossibilidade de cominação de multa em caso de não-cumprimento. Recurso provido em parte.

[...]

A determinação judicial de exibição dos extratos de contas-poupança de titularidade dos autores é providência que se insere nos poderes instrutórios do juiz da causa (art. 125, II e IV, do CPC).²⁹

“O Juízo *a quo*, ainda que não pudesse ter defendido a inversão do ônus da prova (que, como dito, é regra de julgamento), podia, sim, determinar a exibição dos documentos e a realização da perícia, inclusive, de ofício, nos termos dos arts. 130, 355 e 437 do Código de Processo Civil. Na lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Mana de Andrade Nery, ‘o poder instrutório do juiz respeita à sua atividade no sentido da realização da prova, ao passo que a distribuição do ônus da prova (CPC, art. 333) é regra de julgamento, que só vai ser aplicada pelo juiz no momento da sentença, quando a prova já tiver sido realizada’ (Código de processo civil comentado, RT, 2003, p. 530).

No caso, a determinação de que o banco junte aos autos o contrato, os extratos e a *conta gráfica da evolução da obrigação* (decisão agravada – fls. 34) decorre do exercício desse poder instrutório pelo juízo e do acolhimento do pedido incidental de exibição de documentos feito pelo autor, de modo que, se não forem exibidos, arcará o agravante com as consequências previstas no art. 359 do Código de Processo Civil, descabida, outrossim, por tais razões, a cobrança de tarifas pelo banco para a exibição, não se tratando de mera ‘segunda via’ para fins privados.

Por fim, anota-se que o Juízo *a quo*, nos termos do art. 331, § 2º, do CPC, entendeu necessária a realização de perícia quanto às supostas ilegalidades ocorridas na relação contratual, cuja constatação demanda, sim, atividade probatória, podendo a iniciativa, como dito, partir do juízo da causa, o qual, no caso, formulou, inclusive, uma extensa lista de quesitos (cf. fls. 34/35). Nada há a se reparar, destarte, em relação à perícia determinada.³⁰

Vedando-se a realização de ofício de um depoimento de uma testemunha, de um processo cujo conjunto probatório fosse essencialmente oral ou que o depoimento fosse o determinante para o deslinde da causa, a sentença seria de improcedência. Conseqüentemente, o cidadão seria ceifado de um direito inato à democracia, que é a participação nas principais decisões sociais. Toda decisão judicial é uma manifestação política do poder do Estado que não pode desconsiderar a atuação e a dignidade da parte que necessita da tutela estatal.

29 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ag. 7.212.286-2, São Paulo, 2ª Vara Cível, 22ª Câmara Direito Privado, F. Reg. Ipiranga, 26.02.2008.

30 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento nº 7.188.651-2, da Comarca de Jales, 12ª Câmara de Direito Privado, 12.12.2007.

Há hipóteses que ainda na instrução deve o Magistrado romper sua inércia de costume, para já determinar a oitiva de determinadas pessoas de ofício, ainda que não arroladas como testemunhas pelas partes. Explicamos.

Ao longo do procedimento, após a réplica, não estando presentes as hipóteses do art. 330 do CPC, é habitual o despacho do juiz ordenando as partes especificarem as provas, justificando sua pertinência para a resolução da lide e designando audiência de conciliação e de saneamento. Infrutífera a autocomposição das partes e fixados os pontos controvertidos, restando apenas prova oral a ser produzida, designa-se audiência de instrução, debates e julgamentos. Neste momento, haverá a oitiva de peritos, partes e testemunhas ou informantes. É comum só nesse instante surgirem novos meios de provas, sem a caracterização de fatos supervenientes.

Numa certa audiência que presidi cuja causa versava sobre a declaração de inexistência de um negócio jurídico entre as partes, após uma hora de audiência, foi observado que os autores (pessoas carentes, que mal sabiam ler e escrever) assinaram um contrato que haviam celebrado com a ré, por intermédio de uma terceira pessoa, amiga de ambas as partes. Só neste momento ficou constando nos autos esse fato, mas que era de conhecimento das partes e de seus patronos. Mas, escutando as testemunhas arroladas pelas partes, chegou-se ao conhecimento do Magistrado o verdadeiro papel deste terceiro, que, inclusive, agiu de má-fé para aproximar as partes e induzir cada uma a erro. Não era fato superveniente, que ensejasse nova oportunidade de requerimento de provas pelas partes, uma vez que sabiam da atuação do terceiro, mas não apuraram corretamente a atuação deste. Não tive alternativa senão determinar de ofício a oitiva deste terceiro para esclarecer melhor como fora o contrato celebrado.

No caso acima, encerrar a instrução para posteriormente converter o julgamento em diligência não traria nenhum benefício processual, antes malefícios. Retardaria o trâmite procedimental, uma vez que havia mais testemunhas para serem ouvidas em audiência de continuação. Também surgiria um excesso burocrático com prazos e despachos para designar uma terceira audiência, o que comprometeria a celeridade processual, hoje princípio constitucional, além de dever do Magistrado (art. 125, II, do CPC). Por fim, este terceiro poderia desaparecer durante o lapso temporal do encerramento da instrução e o despacho de conversão do julgamento em diligência. Logo, não seria operacional a medida exigida pela jurisprudência. O Magistrado, que explora o processo, ao menos intuitivamente, já sabe quais provas são necessárias para o deslinde da causa. Como o ataque de um samurai, que antecipa o golpe do adversário conduzindo a espada nos momentos corretos de defender e atacar, o Magistrado deve presidir a instrução antevendo as provas úteis que esclareçam a matéria fática controvertida, determinado-as de ofício, no caso da inércia ou impossibilidade das partes, para solucionar a controvérsia.

O Magistrado não assume o papel da parte, ou acaba vinculando-se a uma delas, ao determinar provas de ofício. Ao determinar a realização destas, o juiz não sabe como influenciarão os resultados do processo. Pode inclusive afastar as pretensões de ambas as partes sobre o objeto do processo. Pode presenciar um caso no qual dez autores pretendiam a direita de passagem forçada através da propriedade do réu,

quando da audiência de justificação, ao analisar a documentação juntada com a inicial e compará-la com uma carta topográfica do local, verifiquei a impossibilidade de os autores invocarem o referido direito, uma vez que se situavam dentro de um parque estadual, onde se proíbe a presença humana com fins extrativistas. Determinei ainda a colheita de prova testemunhal na audiência de justificação, cujas testemunhas foram arroladas pelos autores. Constatei inclusive que estavam colhendo palmito silvestre na área de preservação ambiental. Ressalto que, até o início da audiência, estava propenso a deferir liminarmente o direito de passagem aos autores, em razão de suas alegações e do estado de hipossuficiência em que se encontravam. Contudo, as provas produzidas impediram a pretensão deles.

Como um pesquisador, o Magistrado analisa os elementos juntados nos autos e constrói o itinerário da fundamentação de sua decisão até chegar à solução do conflito, decidindo-o. O juiz visa a uma solução justa, não a um resultado favorável. Portanto, o estado de perplexidade do juiz após a produção das provas requeridas não é pressuposto para este determiná-las.

O juiz tem poderes instrutórios de ofício, mas limitados. Deve atentar para o princípio da legalidade, da isonomia, dispositivo (no sentido da parte instaurar a demanda, dispor dos direitos e definir os limites da lide), da vedação das provas ilícitas e ilegítimas, para o princípio da correlação do pedido e da sentença, não podendo verificar fatos impertinentes ao processo, a fundamentação da decisão, a imparcialidade do juiz.

Cabe destacar que determinar prova de ofício é diferente de julgar a causa com os conhecimentos próprios dos fatos. Isto é defeso ao Magistrado, sob pena de tornar-se testemunha. Os fatos devem ser trazidos aos autos e discutidos pelas partes, uma vez que o princípio do contraditório não pode ser afastado sob a mera alegação de celeridade processual. Ainda que o Magistrado realize a inspeção judicial desacompanhado das partes, ou dos assistentes destas, desde que intimadas, o relatório da inspeção deve ser juntado e aberta vista a estas.

Mesmo o juiz tendo conhecimento técnico para analisar a controvérsia formada no processo, não pode julgá-la atuando como perito. Por dois motivos: o primeiro, quanto à possibilidade de prejudicar sua imparcialidade e adiantar a sua decisão; o segundo, como dito acima, as partes devem ter oportunidade de discutir toda matéria juntada aos autos, principalmente provas. O perito é auxiliar da Justiça, não o próprio juiz.

Por fim, analisemos a inspeção judicial, meio de prova determinado de ofício pelo juiz por excelência.

Não é a todo processo que a inspeção judicial é necessária. Mas, quando identificado o caso pelo juiz, do mesmo modo que um *sniper*³¹ mira e acerta o alvo com um só tiro, uma só inspeção é o meio de prova suficiente para solucionar a controvérsia. Ao certo que às vezes falta tempo e meio para realizá-la, mas a imaginação do Magistrado, ou das partes, é necessária para como enfrentar o problema. Não há dúvidas de que ela

31 Significa atirador de elite incumbido de acertar alvos selecionados a longas distâncias.

possa ser determinada de ofício pelo juiz, mas uma ilustração do caso pode demonstrar a importância para o deslinde da causa e a economia processual.

Num caso que tive de enfrentar, decorrente de uma ação civil pública, a lide consistia numa disputa entre a sociedade e uma casa noturna, a qual produzia um volume intenso de som, prejudicando o sossego da vizinhança. Conclusos os autos para mim, verifiquei que entre a propositura da ação e aquele momento, a casa noturna já havia sido fechada e aberta três vezes pelo Poder Judiciário. Um alto valor de multa por funcionamento desautorizado era devido pela ré. Três agravos de instrumento pendentes de julgamento. Desde a última paralisação do estabelecimento, dívidas da ré aumentavam e mercadorias pereciam. Funcionários estavam desempregados. Os jovens da cidade e da região, sem lugar de diversão, passaram a realizar festas em várias casas residenciais, alastrando o problema de lesão ao sossego e à paz. Também a boate tinha passado por uma reforma, de gastos altíssimos, para impedir a propagação do som para fora do recinto. Alegava a ré a possibilidade de funcionamento, sem sujeitar a vizinhança aos incômodos outrora produzidos. Contudo, o Ministério Público exigia uma perícia antes da concessão de funcionamento. A ré não tinha condições de suportar mais os gastos processuais, ainda mais com perícia. A perícia realizada pelos técnicos do Ministério Público demoraria muito tempo. Como pode se perceber, o cenário estava complexo, surgindo lesões para várias pessoas, além do réu.

Estudei o processo e determinei de ofício uma inspeção judicial. Havia condições plausíveis para o funcionamento. Após ligado o som, no volume máximo de funcionamento, apenas dois resultados eram esperados: incomodava o som, ou não. Depois de duas horas no local, cuja inspeção começou às 20 horas, verifiquei que a reforma continha o som, impedindo a sua propagação. Determinei duas semanas depois uma audiência pública, convidando a vizinhança e o restante da sociedade para discutirmos sobre o funcionamento ou não da empresa, gerida pela ré. Após quatro horas, chegou-se a um consenso pelo funcionamento, sendo acompanhado pela vizinhança o cumprimento de certas exigências. Resultado: três agravos de instrumento perderam o objeto, o estabelecimento da ré passou a funcionar, com destinação socioeconômica e o trâmite procedimental seguiu apenas para a perícia outrora realizada constatar o respeito pela ré dos decibéis por ela emitidos não ultrapassarem o limite legal estipulado.

Portanto, a determinação de ofício da inspeção judicial, no momento adequado, traz benefícios processuais – quanto à eficiência e à celeridade da prestação jurisdicional – e também sociais. Imagino quanto tempo processual a inspeção acima economizou. Fica para reflexão.

4 DEVERES CORRESPONDENTES

Vistos os fundamentos do poder instrutório do juiz, cabe verificarmos os deveres correspondentes. É cediço que todo poder relaciona-se com um dever, indissociavelmente. No início do Capítulo IV, Seção I, do Título IV, do CPC, destaca-se a seguinte redação: “Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz”. Conseqüente-

mente, se estamos tratando de poderes instrutórios, devemos considerar os deveres decorrentes.

O primeiro dever está previsto no art. 125, I, do CPC: assegurar a igualdade de tratamento às partes. Consiste na proibição do juiz de dar maior chance de participação a uma das partes em prejuízo da outra, sem uma causa jurídica autorizadora³². O fundamento mediato deste princípio é o da democracia, pelo qual todos os cidadãos têm a garantia de participar na vida política do Estado, sem discriminações ilegais e imorais; e, como fundamento imediato, o princípio da isonomia e o do contraditório.

Outro dever diretamente relacionado ao poder instrutório do Magistrado está previsto no art. 125, III: prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça. Este dever está conexo com inúmeros artigos do Código de Processo Civil, entre eles 15, 445 e 599, II. No tema em tela, a iniciativa probatória do Magistrado tem uma finalidade a ser atingida – a dignidade da justiça –, e não ao interesse de uma das partes, seja quem ela for. O que queremos transmitir é o verdadeiro escopo deste poder. Ao determinar a produção de uma prova, o juiz tem como meta a revelação da verdade da realidade fática da questão controvertida para aplicar a norma correta.

Ressalto que o dever dos operadores do Direito é para com a Justiça, não para as partes.

5 CRÍTICA ÀS HIPÓTESES ADMITIDAS PELA DOUTRINA DA ATIVIDADE PROBATÓRIA DE OFÍCIO PELO JUIZ

As principais hipóteses para a produção de prova de ofício pelo Magistrado, consideradas pela doutrina, são: direito indisponível, ou estado de perplexidade do juiz, e na hipossuficiência da parte. Nesse sentido:

“Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível – ações de estado –, ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.” (STJ, REsp 43.467/MG, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 12.12.1995; DJ 18.03.1996; 30.06.1996; RT 729/155)

Direito indisponível, em síntese, é todo aquele que o ordenamento jurídico prevê maior proteção à sua disponibilidade, vedando sua mercancia. Pode ser limitado, mas jamais renunciável. Em regra, podemos identificá-los pelos direitos transindividuais, direitos de personalidade, direitos indissociáveis à vida humana.

O poder instrutório do juiz é amplo em matéria de direitos difusos e coletivos. Basta verificarmos a Lei de Ação Civil Pública (7.347/1985), o art. 8º – o juiz tem não

32 Recordando as palavras de Rui Barbosa, a igualdade implica tratar os desiguais na medida de sua desigualdade.

apenas o poder, mas o dever de requisitar documentos quando a inicial vier desacompanhada de documentos em que a lei impõe o sigilo. Também no art. 12, *caput*, o juiz pode determinar a justificação prévia antes para o caso de pedido liminar que não esteja muito bem provado. No Código das Relações de Consumo (Lei nº 8.078/1990), destaca-se a inversão do ônus da prova pelo Magistrado, estando presentes as hipóteses do art. 4º.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, o art. 153 prescreve que a autoridade judicial poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias se a medida judicial a ser adotada não corresponder ao procedimento previsto em lei. O art. 160 prevê o poder de requisição de documentos. O art. 161, § 1º, o art. 162, § 2º e o art. 167 prevêem a determinação de estudo social e a realização de perícia por determinação judicial. A apuração de irregularidades em entidade de atendimento (arts. 191/193) tem procedimento que permite amplos poderes instrutórios para o juiz, principalmente inspeção judicial.

No Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, a apuração judicial de irregularidades em entidade de atendimento, aos moldes do Estatuto da Criança e Adolescente, prevê a iniciativa do juiz para verificar faltas dos respectivos estabelecimentos.

A Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, prescreve, no seu art. 19, § 1º, que o juiz pode aplicar medidas protetivas de urgência de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público. Óbvio que, antes de concedê-la, deve analisar o caso concreto com provas, das quais muitas deverá requisitar de algum órgão ou entidade, ou mesmo exigir da parte. Também poderá, de imediato, o juiz determinar as referidas medidas e desde já mandar providenciar provas para certificar a situação de urgência, que, ao ser-lhe levada, não se ampara que alguma espécie de prova plausível da alegação.

Contudo, entendemos que os direitos disponíveis também admitem a iniciativa probatória do juiz. Claro que os indisponíveis, pela importância social e pela irreparabilidade ou difícil reparação de suas lesões, dispensam uma valoração mais aprofundada quanto ao poder do Magistrado determinar provas. Mas, como expomos logo no começo deste texto, os fundamentos para a iniciativa do juiz são lógicos, legais e político-sociais. Não estão atrelados apenas à causa de pedir remota. Como ensina Cândido Rangel Dinamarco³³, o juiz tem o poder-dever de tomar a iniciativa probatória quando (à luz do Código de Processo Civil):

- a) assegurar a igualdade das partes, art. 125, I;
- b) art. 130;
- c) convocar a qualquer tempo as partes para deporem sobre os fatos da causa, art. 342;

33 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, v. 3, p. 54.

- d) autorização de ouvir testemunhas referidas, art. 418, I;
- e) autorização para mandar fazer nova perícia, quando a primeira for insatisfatória, art. 437;
- f) inspeções judiciais, art. 440.

Podemos acrescentar: art. 355 (exibição de documento ou coisa), art. 382 (exibição de livros e documentos) e art. 399 (requisição de documentos a certidões públicas).

Tais hipóteses estão previstas no Código de Processo Civil. Conseqüentemente, aplicáveis a quaisquer tipos de direitos.

Por fim, a hipossuficiência de uma das partes (não necessariamente econômica), como acima abordado, consiste na dificuldade objetiva da parte de requerer ou produzir a prova. Como esta hipótese já foi discorrida acima, reitero o quanto já discorrido.

CONCLUSÃO

Acredito que podemos esclarecer a possibilidade de o Magistrado determinar a produção de provas de ofício, bem como a sua importância para o processo. Não se pretende a substituição da atividade das partes pela do juiz, mas sim uma otimização do conjunto probatório que possibilite um julgamento bem fundamentado, apto a identificar os elementos esclarecedores da controvérsia, para a correta aplicação da norma ao fato concreto, segundo a valoração do Magistrado, como homem do seu tempo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional – A utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas.
- BENETTI, Sidnei Agostinho. *A conduta do juiz*. São Paulo: Saraiva.
- CRESCENTI, José Geraldo Caiuby. *Instrução e julgamento de processos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, v. 3.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1990.
- LOPES, João Batista. *A prova do direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros.
- NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil anotado*. 39. ed. São Paulo: Saraiva.
- NERY, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação*

extravagante. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva.

Sites consultados

www.tj.sp.gov.br

www.stj.gov.br

TUTELA INIBITÓRIA E A FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE

Dayane Marciano de Oliveira Castro

Advogada, Bacharel em Direito pela Faculdade
Campo Limpo Paulista (FACCAMP).

RESUMO: O objetivo do presente texto é tratar da função ministerial na tutela do meio ambiente, sob o enfoque da tutela inibitória. Para tanto, discorrer-se-á acerca do referido instituto, traçando o seu aspecto conceitual, notadamente seu objeto – contra o que se dirige –, pressupostos, requisitos, aplicação e efeitos. E, diante dos fundamentos lançados, demonstrar a sua eficácia como instrumento de que pode se valer o Ministério Público para o cumprimento de suas funções constitucionais, legais e sociais.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Função do Ministério Público na tutela do meio ambiente; 1.1 Constituição Federal de 1988; 1.2 Legislação infraconstitucional; 1.2.1 Lei da Ação Popular – Lei nº 4.717/1965; 1.2.2 Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.368/1981; 1.2.3 Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/1985; 1.2.4 Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei nº 8.625/1993; 2 Preservação ambiental: privilégio a medidas preventivas em face das reparatórias – Os instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico para a tutela do meio ambiente; 2.1 Do princípio da precaução; 2.2 Do princípio da prevenção; 2.3 Das formas de se prevenir; 3 Tutela inibitória; 3.1 Conceito da tutela inibitória: contra o que se dirige; 3.2 Pressupostos, requisitos e aplicação da tutela inibitória; 3.3 Antecipação da tutela inibitória; 3.4 Efeitos da tutela inibitória; 4 A tutela inibitória e a atuação do Ministério Público na defesa do meio ambiente; Considerações finais; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A partir da Constituição da República de 1988, o Ministério Público ganhou novo perfil constitucional, sendo-lhe atribuídas na Lei Fundamental funções essenciais na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis¹, dentre os quais os do meio ambiente.

Embora leis infraconstitucionais já conferissem ao Ministério Público certas atribuições nessa esfera, é certo que, na Carta de 1988, foi dada inigualável importância à atuação do *Parquet* na defesa dos interesses indisponíveis, sejam eles individuais ou transindividuais.

Na realidade, o Ministério Público, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, já tinha a atribuição de promover tanto o inquérito civil como a ação civil pública para a tutela do meio ambiente, uma vez que a LACP é anterior à Lei Maior. O que a Constituição Federal de 1988 fez foi dar maior importância à atuação do Ministério

1 A redação do art. 127 da Lei Maior é a seguinte: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Público na esfera da tutela dos interesses transindividuais e individuais indisponíveis, traçando um perfil mais delimitado nesta área.

É sabido que a crescente industrialização e o desenvolvimento tecnológico passaram a gerar um alto custo ao meio ambiente, ante a degradação deles advinda e a falta de planejamentos para um equilíbrio sustentável. Por essa razão, consciente da necessidade de tutela do meio ambiente, o Constituinte de 1988 o erigiu como “bem de uso comum do povo, essencial à qualidade de vida”². Incumbiu também a todos, coletividade e Poder Público, o dever de defendê-lo e preservá-lo para o futuro³.

Para tanto, a Constituição Federal, em conjunto com a legislação infraconstitucional, trouxe diversos instrumentos para a defesa ambiental. Tais instrumentos apresentam um ponto em comum: a nítida intenção de prevalência das medidas preventivas sobre as reparatórias.

E é nesse âmbito que a chamada tutela inibitória ganha relevo, por se tratar de medida essencialmente preventiva. Esse instrumento, aplicado em sede de ação civil pública, apresenta-se como um grande aliado do Ministério Público em sua atuação na defesa dos interesses indisponíveis, em especial quando o assunto é o meio ambiente.

1 FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA DO MEIO AMBIENTE

O Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁴. Vale dizer que atua tanto pelos interesses da coletividade quanto pelos dos indivíduos, estes quando indisponíveis.

E o meio ambiente, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, merece atenção do Ministério Público, devendo esse órgão agir na defesa de tal interesse social. Para tanto, a instituição vale-se dos instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico.

1.1 Constituição Federal de 1988

A Carta Magna de 1988 dispensou maior atenção ao meio ambiente e, mais do que isso, constitucionalizou a atuação do Ministério Público na defesa deste, determinando, no rol do art. 129, especificamente no inciso III, a atuação do *Parquet* para

2 Dispõe o art. 225 da Constituição Federal: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

3 Idem.

4 De acordo com o art. 127, *caput*, da Constituição Federal, que reza: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Como observado anteriormente, o Ministério Público já exercia a atribuição acima indicada por força da Lei nº 7.347/1985, mais conhecida como a LACP.

1.2 Legislação infraconstitucional

No tocante às disposições elencadas em leis infraconstitucionais, o Ministério Público possui, em matéria ambiental, as suas funções definidas na Lei nº 4.717/1965 – a Lei da Ação Popular, na Lei nº 6.938/1981 – a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, na Lei nº 7.347/1985 – a LACP, na Lei nº 8.625/1993 – a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei nº 734/1993 – a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, bem como nas demais leis orgânicas de outros Estados, as quais prevêm, igualmente, funções institucionais do Ministério Público, aplicáveis ao meio ambiente.

1.2.1 Lei da Ação Popular – Lei nº 4.717/1965

A Lei da Ação Popular permitiu ao Ministério Público o acompanhamento, como fiscal da lei, das ações movidas para tutela do meio ambiente, entre outros interesses nela elencados. Apenas na hipótese de desistência da ação ou abandono da causa poderia o Ministério Público assumir o pólo ativo da relação processual, ou, mesmo, promover a execução da sentença⁵.

1.2.2 Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.368/1981

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, publicada ainda na vigência da Constituição Federal de 1967, foi criada com o objetivo precípuo de preservar, melhorar e

5 Dispõe o art. 6º da Lei nº 4.717/1965: “A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo. [...] § 4º O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores”. Já o art. 7º preceitua: “A ação obedecerá o procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, observadas as seguintes normas modificativas: [...] b) a requisição, as entidades indicadas na petição inicial, dos documentos que tiverem sido referidos pelo autor (art. 1º, § 6º), bem como a de outros que se lhe afigurem necessários ao esclarecimento dos fatos, ficando os prazos de 15 (quinze) a 30 (trinta) dias para o atendimento. § 1º O representante do Ministério Público providenciará para que as requisições, a que se refere o inciso anterior, sejam atendidas dentro dos prazos fixados pelo Juiz”. O art. 9º, por sua vez, determina que “se o autor desistir da ação ou der motivação à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação”. Já o art. 16 da mesma lei determina: “Caso decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução, o representante do Ministério Público a promoverá nos 30 (trinta) dias seguintes, sob pena de falta grave”.

recuperar a qualidade ambiental, visando a assegurar no País condições ao desenvolvimento socioeconômico e aos interesses da segurança nacional. Valeu-se de diversos princípios, em consonância com o princípio da dignidade humana⁶. Ao Ministério Público da União e dos Estados incumbiu-se a legitimidade para o ingresso de ação nas esferas cível e penal para obrigar o poluidor a indenizar ou a reparar os danos causados ao meio ambiente⁷.

Importante salientar, por oportuno, que no âmbito criminal somente anos após é que se criou a Lei dos Crimes Ambientais⁸.

-
- 6 De acordo com o art. 2º da Lei nº 6.938/1981, “a Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando a assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: I – ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo; II – racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar; e largura; III – planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais; IV – proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas; V – controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras; (duzentos) metros; VI – incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso nacional e a proteção dos recursos ambientais; VII – acompanhamento do estado da qualidade ambiental; VIII – recuperação de áreas degradadas; IX – proteção de áreas ameaçadas de degradação; X – educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente”. Em seu art. 4º, a referida lei estabelece que: “A Política Nacional do Meio Ambiente visará: I – à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico; II – à definição de áreas prioritárias de ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; III – ao estabelecimento de critérios e padrões da qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais; IV – ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais; V – à difusão de tecnologias de manejo ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico; VI – à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, correndo para manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida; VII – à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.
- 7 Preconiza o art. 14, § 1º, da Lei nº 6.368/1981 o seguinte: “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, efetuados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente”.
- 8 Trata-se da Lei nº 9.605/1998, conhecida como a Lei dos Crimes Ambientais, que tipifica em seu art. 54: “Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortalidade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1º Se o crime é culposo: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa. § 2º Se o crime: I – tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana; II – causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população; III – causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade; IV – dificultar ou impedir o uso público das praias; V – ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos: Pena – reclusão, de um a cinco anos. § 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível”.

A partir da vigência da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, o Ministério Público foi incumbido de intentar ação civil reparatória de danos causados ao meio ambiente, sem prejuízo daquelas disposições referidas na Lei da Ação Popular.

1.2.3 Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/1985

Instituída pouco tempo após a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei da Ação Civil Pública regulamentou a atuação do Ministério Público em sede de ação civil pública, para defender os interesses difusos e coletivos, prevendo tal possibilidade tanto judicial como extrajudicialmente.

Essa lei, sem prejuízo das disposições referidas na Lei da Ação Popular, determinou o cabimento de ação civil pública para responsabilizar moral e patrimonialmente os causadores de danos ao meio ambiente e demais interesses difusos e coletivos⁹. Demais disso, estabeleceu legitimidade ativa ao Ministério Público. Assim, mesmo nos casos em que a instituição não propuser ação, deverá atuar como *custos legis*¹⁰.

A possibilidade de desistência da ação, quando proposta por outro legitimado, foi prevista, especialmente, na LACP. Nesse caso, o Ministério Público assumirá a titularidade ativa do processo. Igualmente, quanto aos outros legitimados. Também poderá ocorrer litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados.

Aliás, com eficiência, o legislador determinou que os cidadãos podem e os servidores devem provocar o órgão ministerial, remetendo-lhe informes para que as medidas cabíveis a cada caso sejam tomadas. Inclusive, se o Magistrado e os Tribunais souberem de fatos que viabilizem a propositura de uma ação civil pública, a lei determina que remetam peças ao Ministério Público¹¹.

A inserção do inquérito civil na lei foi muito positiva. Na função de defensor dos interesses relacionados ao meio ambiente, o *Parquet* tem o poder de requisitar¹² certidões, informações, perícias e tudo o mais quanto entender necessário, a fim de coligar elementos para decisão acerca de qual medida será tomada.

9 Dispõe o art. 1º da Lei nº 7.347/1985: “Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados: I – ao meio ambiente”.

10 O art. 5º, § 1º, diz o seguinte: “A ação principal e cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I – esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil. § 1º O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal a lei”. Cumpre ressaltar, de outra forma, que há outros legitimados ativos elencados na LACP, a saber: Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações.

11 Assim determina o art. 7º: “Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as medidas cabíveis”.

12 No tocante à negativa de informações requisitadas pelos legitimados ativos, compete ao Juiz requisitá-los, de acordo com o teor do § 2º do art. 8º da LACP.

Assim, o *Parquet* poderá propor a competente ação civil pública. Ao contrário, caso o representante do Ministério Público entenda que não há razão para a propositura de ação civil pública, poderá requerer o arquivamento do inquérito civil instaurado para a apuração dos fatos que originaram a abertura do procedimento investigatório, para averiguar a existência de atos lesivos ao meio ambiente¹³.

Nos casos em que o representante entender que a medida mais adequada é o arquivamento, os autos serão encaminhados ao CSMP – Conselho Superior do Ministério Público, para a homologação do arquivamento determinado pelo Promotor de Justiça. O CSMP, entre outras atribuições, procederá, por meio de seus Procuradores-Gerais de Justiça, à homologação ou à rejeição do arquivamento¹⁴. Se rejeitado o arquivamento, os autos serão remetidos para outro Promotor de Justiça, para a propositura da competente ação¹⁵.

Em sede extrajudicial, poderá o órgão do Ministério Público firmar Termo de Ajustamento de Conduta – TAC. Essa medida possui efeito de título executivo. Desta forma, caso não haja o cumprimento das obrigações estabelecidas nesse termo, o *Parquet* promoverá a execução do título, sendo oportuno enfatizar que o Ministério Público não é o único legitimado a tomar TAC, já que aqueles que possam ser considerados como órgãos públicos, ainda que sem personalidade jurídica, também poderão praticar esse ato.

1.2.4 Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei nº 8.625/1993

A Lei nº 8.625/1993, intitulada Lei Orgânica do Ministério Público Nacional, estabelece normas para a organização do Ministério Público nos Estados. Por seu turno, repete os princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, expostos na Constituição Federal de 1988 e, além disso, determina que a iniciativa para a elaboração das Leis Orgânicas Estaduais é facultada aos Procuradores-Gerais de Justiça.

13 Diz o § 6º do art. 5º da LACP que: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título jurídico extrajudicial”.

14 Conforme dispõe o § 1º do art. 9º da Lei nº 9.437/1985: “Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos de inquérito civil ou das peças a informativas, fazendo-o fundamentalmente. § 1º Os autos de inquérito civil ou peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo do Ministério de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público”.

15 Esse fato não constitui violação do princípio da independência funcional, uma vez que o Promotor de Justiça para quem os autos forem encaminhados atuará no feito como *longa manus* do Procurador-Geral de Justiça. Assim, o § 4º do art. 9º da LACP determina o seguinte: “Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação”. Contudo, o Promotor de Justiça incorrerá em crime, punido com reclusão, de 1 a 3 anos, mais multa – de 10 a 1.000 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN –, caso se recuse, se omita ou retarde, de alguma maneira, dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública, conforme expressamente capitula o art. 10 da LACP.

Dito isto, faz-se importante consignar que tal lei determina, dentre as funções gerais dos Promotores de Justiça, a promoção de inquérito civil e de ação civil pública, a fim de proteger, prevenir e reparar danos causados ao meio ambiente e outros interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis e homogêneos. Determina, concomitantemente, que, no exercício de suas funções, seus membros, ao instaurarem os inquéritos civis e outras medidas e procedimentos pertinentes ao caso, poderão expedir notificações para colher depoimento e esclarecimentos, podendo requisitar, ainda, a condução coercitiva daqueles que não comparecerem à Promotoria de Justiça¹⁶.

Sem prejuízo, poderá o representante do Ministério Público requisitar informações, perícias e documentos de entidades diversas – seja no âmbito federal, estadual ou municipal ou em nível de órgãos e entidades da Administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios –, além do poder que lhe confere a lei em tela de requisitar informes e documentos a entidades que exerçam atividade privada.

Poderá, todavia, o Ministério Público firmar Termo de Ajustamento de Conduta – TAC –, como referenciado anteriormente.

De ver-se, portanto, que a lei em tela trouxe dispositivos que, em princípio, já estavam – de uma forma ou de outra – regulamentados na Constituição Federal, na LACP e na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, no tocante à matéria ora tratada.

No Estado de São Paulo, foi promulgada a Lei Complementar nº 734/1993, conhecida como Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo. Em linhas gerais, corrobora a atribuição ministerial na defesa dos interesses transindividuais, em especial do meio ambiente.

2 PRESERVAÇÃO AMBIENTAL: PRIVILÉGIO A MEDIDAS PREVENTIVAS EM FACE DAS REPARATÓRIAS – OS INSTRUMENTOS DISPONÍVEIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PARA A TUTELA DO MEIO AMBIENTE

A atuação do Ministério Público na tutela do meio ambiente deve seguir alguns objetivos, metas e parâmetros. Estes são dados pelos princípios jurídicos que informam o tema.

Há diversos princípios norteadores no Direito Ambiental brasileiro. Percebe-se uma detida preocupação do constituinte e das leis infraconstitucionais com a prevenção de danos ambientais. Em outras palavras, verifica-se que se buscou privilegiar as medidas de precaução, para que se evitasse a ocorrência dos danos. Somente em não

16 O art. 25, inciso IV, alínea *a*, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público tem o seguinte teor: “Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: [...] IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos”.

sendo possível a medida preventiva, daí decorrendo o dano ambiental, é que se busca a tutela do meio ambiente pelas medidas reparatórias.

De fato, há uma tendência, hodiernamente, quanto à percepção de que prevenir gera menos custos do que reparar. Percebe-se que é economicamente viável prevenir do que remediar com ações de conteúdo reparatório e, nesse passo, é interessante ressaltar que, muito embora os princípios da precaução e da prevenção devam coexistir para a busca de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, trata-se de princípios distintos, comportando conceitos diversos.

2.1 Do princípio da precaução

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente estabeleceu, entre os seus objetivos, preservar a qualidade do meio ambiente e de seu equilíbrio, bem como dos demais recursos ambientais. Assim, tal princípio foi previsto expressamente no art. 4º, incisos I e IV, da lei acima mencionada, constituindo-se, por sua vez, um dos princípios basilares no tocante às medidas de política ambiental.

Quando se fala em precaução, está em jogo, antes de mais nada, uma questão de cuidado para com o meio ambiente. Visa o princípio da precaução a busca de determinadas medidas para impedir o início de atividades danosas ao meio ambiente.

Fundamentalmente, no princípio da precaução não há certeza necessária, do ponto de vista científico, para determinar que certo ato causará um dano. Não existe uma certeza científica acerca da nocividade de determinada conduta. Por essa razão, o princípio da precaução “caracteriza-se pela ação antecipada diante do risco ou do perigo”¹⁷. Aplica-se, então, o princípio da precaução, “ainda quando existe a incerteza, não se aguardando que esta se torne certeza”¹⁸.

Assim, esse princípio enfatiza, essencialmente, medidas que primam por adotar meios adequados para evitar eventuais riscos que o homem pode empreender, independentemente de se saber, com exatidão, o dano que poderá ser causado. Para a análise do risco, leva-se em consideração o setor que determinada atividade poderá atingir, de acordo com o tipo de empreendimento. São levados em conta, para fins de análise, a gravidade do que determinado ato poderá causar. Assim, riscos que importem em maior gravidade para a vida, em todas as suas formas, são suficientes para que normas de Direito Ambiental possam ser violadas, ocasião em que o Poder Público deverá proceder ao controle de atividades que permitam risco à vida, à qualidade desta e ao meio ambiente.

A incerteza da ocorrência de um dano ou de sua possibilidade é interpretada em favor do meio ambiente, havendo, diante disso, a denominada inversão do ônus da prova. Cabe, portanto, ao agente comprovar que o ato que pretende praticar não oferecerá dano ou possibilidade de dano ao meio ambiente.

17 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 64.

18 *Idem*, *ibidem*.

Vislumbra-se que, em matéria de princípio da precaução, o raciocínio é o seguinte: em se tratando de incerteza quanto ao dano ou sua possibilidade, a questão deve ser enfrentada sob o enfoque da precaução; em se tratando, porém, de certeza de um dano ou de sua possibilidade, a questão deve ser enfrentada sob o enfoque da prevenção, cujos esclarecimentos serão tratados no tópico a seguir.

Partindo do pressuposto de que “a aplicação do princípio da precaução relaciona-se intensamente com a avaliação prévia das atividades humanas”¹⁹, é certo que o EIA – Estudo Prévio de Impacto Ambiental é um instrumento bastante eficaz na busca da prevenção, na medida em que, na hipótese de ser constatada somente a possibilidade do risco de dano, prejuízos podem ser evitados. Tal instrumento, que eminentemente avalia o risco, determina o grau de perigo que pode ser gerado, por exemplo, apontando a sua extensão, bem como o grau de possibilidade de reversão do dano, caso este venha a ocorrer.

2.2 Do princípio da prevenção

O princípio da prevenção, da mesma forma que o princípio da precaução, também já era objeto de leis, convenções e declarações. Já era previsto antes da Constituição de 1988. Expressamente, foi previsto tanto no art. 2º da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, como também no art. 225, *caput* e § 1º, inciso IV, da Constituição Federal²⁰. Contudo, é certo que outras leis procuraram dar ênfase ao princípio da prevenção, como se depreende da leitura da Lei nº 3.924/1961, da Lei nº 4.771/1965, da Lei nº 5.197/1967, da Lei nº 6.803/1980, da Lei nº 6.902/1981, da Lei nº 6.938/1981, da Lei nº 7.173/1983, da Lei nº 7.347/1985, da Constituição Federal de 1988, da Lei nº 7.679/1988, da Lei nº 8.171/1991, da Lei nº 9.433/1997, da Lei nº 9.985/2000, além dos Decretos-Leis nºs 25/1937, 221/1967 e 227/1967, bem como de Resoluções do Conama e Ibama, Portarias do Ibama, Leis e Decretos Estaduais e Resoluções da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo.

19 Idem, *ibidem*, p. 78.

20 O art. 225, *caput* e § 1º, da Constituição Federal diz: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; II – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

O princípio da prevenção, consoante dito acima, não se confunde com o princípio da precaução, embora seja tratado, em nível de Constituição Federal, no mesmo patamar que o princípio da precaução, conforme se verifica da leitura do § 1º do art. 225. Infraconstitucionalmente, também não ficou em dispositivo diverso que o do princípio da precaução, ficando estabelecido no próprio art. 2º da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente.

Mas, se até agora falou-se que os princípios da precaução e da prevenção são diferentes, o que os distingue, fundamentalmente?

Em matéria de prevenção, sabe-se que determinado ato ou fato causará danos, pois que esses já foram avaliados cientificamente e, deste modo, há a comprovação de que geram danos, e não tão-só mera possibilidade de danos. Seria o caso, por exemplo, de ser constatado no EIA – Estudo Prévio de Impacto Ambiental um diagnóstico de atividade necessariamente lesiva. O seu conteúdo de lesividade, portanto, está cientificamente comprovado. Já o princípio da precaução, conforme abordado no item anterior, baseia-se na incerteza científica do dano.

O princípio da prevenção trabalha com a redução, a eliminação e a promoção de medidas apropriadas para lidar com certas atividades de natureza lesiva, havendo, assim, a necessidade de atualização de reavaliações para que a finalidade de se prevenir determinadas práticas seja atingida. Ou seja, busca esse princípio trabalhar com informações precisas, de cunho técnico, as quais orientam as medidas a serem tomadas em cada caso em que se vislumbre e se constate a possibilidade do dano.

Em suma, a reparação deve ser a *ultima ratio*. Para tanto, implementam-se medidas viáveis à minimização da ocorrência de danos, a fim de que, por meio destas, haja uma proteção mais efetiva dos recursos e do patrimônio existentes no meio ambiente.

2.3 Das formas de se prevenir

O ordenamento jurídico traz instrumentos preventivos para a tutela do meio ambiente, os quais podem abranger tanto a esfera extrajudicial quanto a judicial. Com o intuito de dar efetividade aos objetivos de proteção, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente previu vários instrumentos. De maneira não taxativa, é possível citar os padrões ambientais²¹, o zoneamento ambiental²², o tombamento²³, o estudo de impacto ambiental e seu relatório (EIA/RIMA)²⁴, o licenciamento ambiental²⁵, o TAC – Termo de Ajustamento de Conduta²⁶, entre outras atividades, inclusive as fiscalizatórias pelos órgãos competentes (autuações).

21 Cf. art. 9º, inciso I, da Lei nº 6.368/1981.

22 Cf. art. 9º, inciso II, da Lei nº 6.368/1981.

23 Cf. Decreto-Lei nº 25/1937.

24 Cf. art. 9º, inciso III, da Lei nº 6.368/1981.

25 Cf. art. 9º, inciso IV, da Lei nº 6.368/1981.

26 Cf. inciso II do § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985. Importante lembrar que o MP não é o único co-legitimado a tomar o Termo de Ajustamento de Conduta, sendo certo que todos aqueles que podem ser

Em não bastando as medidas extrajudiciais para que se busque evitar o dano, antes que seja necessária a medida judicial reparatória, também é possível atuar os princípios da prevenção e da precaução por meios judiciais. É aí que surge a tutela inibitória.

3 TUTELA INIBITÓRIA

Com efeito, “se as tutelas tradicionais não são capazes de garantir de forma adequada os direitos, é preciso pensar, urgentemente, em uma nova forma de tutela jurisdicional”²⁷.

“A imprescindibilidade de uma nova tutela jurisdicional, caracterizada pela necessidade de tutela antecipatória e de uma sentença que não se enquadra num modelo trinário, é o reflexo da tomada de consciência de que os direitos precisam ser tutelados de forma preventiva, especialmente porque a nossa própria Constituição da República, fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), não só garante uma série de direitos não patrimoniais, como afirma expressamente o direito de acesso à justiça diante de ameaça a direito (art. 5º, XXXV). Pesa, portanto, sobre a doutrina processual, a grave e importante incumbência de elaborar, teoricamente, um modelo de tutela jurisdicional adequado aos valores do tempo presente.”²⁸

3.1 Conceito da tutela inibitória: contra o que se dirige

A tutela inibitória, instituto de Direito Processual Civil, é destinada à prevenção da prática de ato ilícito. Visa a tutela inibitória tanto impedir a própria ocorrência de ato ilícito, aquele contrário ao direito, como também a sua repetição ou a sua continuação.

Mas por que não dizer que a tutela inibitória se dirige à prevenção do “dano”?

Justifica-se. Há atos ilícitos que não geram danos, tendo em vista que deles apenas decorre a *probabilidade* do dano. Mas o questionamento não é infundado, mormente tendo em conta que o art. 186 do Código Civil considera ato ilícito somente aquele que, além de violar a lei, gera dano. Em outras palavras, isso quer dizer que a análise da importância do ato ser ilícito ou não para a lei – art. 186 do Código Civil – somente é feita *após* a ocorrência do dano. Para se ver se o fato será ilícito, nos termos do art. 186 do Código Civil, há a necessidade de se verificar a causação ou não do dano. Por este conceito de ato ilícito não se poderia admitir a tutela preventiva, pois não haveria contra o que se prevenir, eis que o ato sequer seria ilícito, pois não houve dano.

considerados como órgãos públicos poderão praticar esse ato, ainda que sem personalidade jurídica. O TAC demonstra-se sobremaneira importante, na medida em que possui o condão de resolver questões que, se levadas à discussão no Poder Judiciário, demorariam anos para a obtenção de um provimento com trânsito em julgado. AKAQUI, Fernando Reverendo Vidal. *Termo de ajustamento de conduta*. Manual Prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, v. 1, 2005. p. 230.

27 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 22.

28 Idem, *ibidem*, p. 23.

Contudo, para a tutela inibitória o dano não é imprescindível. Ao contrário, “o dano constitui uma consequência meramente eventual do ilícito”²⁹.

Diante disso, de suma importância é a distinção entre ato ilícito e dano, uma vez que há situações nas quais somente existe o ilícito, que gera a possibilidade da ocorrência de um dano, sem, contudo, que esse último se desencadeie.

Como bem observa Luiz Guilherme Marinoni, citando, inclusive, a doutrina italiana:

“O perigo se liga ao ato *contra ius* e não ao dano. A tutela inibitória pressupõe a probabilidade de que o ilícito (o ato contrário ao direito) prossiga ou se repita, ou mesmo que venha a ser praticado, se ainda não se verificou. É esse o sentido preventivo da tutela inibitória. A distinção entre ato ilícito e fato danoso cresce em importância quando se percebe que a unificação da categoria da ilicitude civil com a da responsabilidade por dano é o resultado de um processo de evolução histórica que conduziu a fazer coincidir a tutela privada do bem com a reintegração do valor econômico deste no patrimônio do prejudicado, esquecendo-se que bens de grande importância, e considerados vitais para o desenvolvimento da pessoa humana, não podem ser reintegrados pecuniariamente.”³⁰

Aqui, o conceito de ato ilícito é entendido de forma mais ampla, como sendo qualquer ato contrário à lei, independentemente de causar dano. Com propriedade, Luiz Guilherme Marinoni critica a visão que trata com indistinção o ato ilícito e o fato danoso. Aduz que pode haver ato ilícito sem dano, asseverando, primordialmente, que há danos que não são reparáveis a contento, merecendo, destarte, prevenção³¹.

A idéia sustentada pelo referido autor é de suma importância e merece acolhimento, na medida em que não se mostra viável a sustentação de que o ato ilícito somente importará se causado o dano.

Por essa razão – e porque há danos que não são reparáveis a contento, não podendo ser restituídos ao *statu quo ante*, demonstrando, por sua natureza, a necessidade de prevenção – o conceito adotado sobre ato ilícito não pode ser aquele do art. 186 do Código Civil, mas aquele que entende prescindir o ato ilícito da ocorrência do dano. Em casos como tais, faz-se imprescindível a prevenção como forma precípua da garantia e efetividade de certos interesses difusos e coletivos.

Ademais, oportuno é salientar que o ato ilícito também pode advir de abuso de direito, conforme se depreende da leitura do texto inserto no art. 187 do Código Civil³².

Em suma, ato ilícito é tanto aquele contrário à lei – que sempre causa a possibilidade de dano –, como também aquele decorrente de abuso do direito – que, igualmente, gera a possibilidade de dano.

29 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 60.

30 Idem, *ibidem*, p. 57.

31 Idem, *ibidem*.

32 Diz o referido artigo: “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”.

E a tutela inibitória é, por sua vez, medida preventiva que se aplica contra condutas humanas indesejáveis, que se traduzem no ato ilícito. Esse ato ilícito gera a probabilidade do dano. Por isso, evidente que a inibitória não incide sobre o dano diretamente. Ora, o dano não é conduta, senão o eventual resultado dela.

Desse modo, a tutela inibitória tem o condão de determinar um ato positivo ou negativo por parte de determinada pessoa física ou jurídica, independentemente da vontade destas, na medida em que existe para efetivar a proteção de direitos, notadamente daqueles cujo cunho é de natureza extrapatrimonial.

A prevalência de medidas preventivas em relação às reparatórias ganha relevo cada vez maior em um Estado com garantias constitucionais onde se guardam direitos indisponíveis. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à saúde, à educação e outros elencados no art. 5º da Lei Maior, por seu caráter de indisponibilidade e inviolabilidade, devem ser, antes de mais nada, preservados, eis que as medidas ressarcitórias não se demonstram suficientes para a garantia de sua efetividade.

Destarte, embora nem todo ato ilícito gere dano (pois pode o ato contrário ao direito ensejar somente a “probabilidade do dano”), é certo que todo dano decorre de ato ilícito (ressalvadas as hipóteses legais de excludentes de antijuridicidade, tais como o estado de necessidade e o exercício regular de direito, em que o dano poderá decorrer de ação lícita).

Isto delineado, mister é ressaltar que a tutela inibitória é voltada para o futuro, na medida em que não necessita da ocorrência efetiva de um dano, bastando, tão-só, a prática de ato contrário ao direito.

Gize-se que a tutela inibitória é objeto de ação de conhecimento, cabendo ao Juiz, ainda, conforme adiante se verá, conceder tutela inibitória antecipadamente, bem como outras medidas cabíveis que visem a dar efetividade aos direitos. Isso poderá ser feito mediante uma obrigação de fazer ou de não fazer que busque evitar a possibilidade da ocorrência de ato ilícito, que pode gerar fato danoso ou lesivo, ou, ainda, a possibilidade de repetição ou continuação do ato ilícito, que, sem dúvida, leva à mesma situação: a probabilidade de que o dano venha a ocorrer.

3.2 Pressupostos, requisitos e aplicação da tutela inibitória

Como esclarecido, a tutela inibitória tem o intuito de prevenir atos *contra ius*, como o próprio nome alude. Aliás, toda ação com vistas à prevenção de um ato ilícito tem conteúdo inibitório. Nesse ínterim, dada a necessidade de se conferir prevalência às medidas preventivas, o legislador infraconstitucional estabeleceu instrumentos capazes de possibilitar o pedido jurisdicional da tutela inibitória.

Esses instrumentos se justificam em face, justamente, da questão concernente à natureza de alguns direitos, como, por exemplo, os interesses difusos, em especial os atinentes ao meio ambiente, na medida em que a forma reparatória dificilmente possibilita o retorno da situação de fato, tal qual era antes do dano.

Nota-se, pois, que a maneira mais eficaz para evitar atos contrários ao meio ambiente é a forma preventiva. Daí frisar-se que, essencialmente e com a máxima eficiência, a forma preventiva é que consegue evitar situações que possam levar ao perigo de lesão. Assim, somente em último caso, em não havendo mais a possibilidade de se evitar o ato contrário ao direito, há a reparação do dano – que pode ser tanto em pecúnia como na forma específica (obrigação de fazer ou não fazer).

Entendida a inibitória como instrumento capaz de prevenir, mostra-se conveniente ressaltar os seus pressupostos.

Por primeiro, saliente-se o critério negativo da inibitória, consistente na desnecessidade de ocorrência de dano.

Por segundo, desta vez em um aspecto positivo, é pressuposto da inibitória a possibilidade da ocorrência de ato contrário ao direito, que geraria, como bem se acentuou, o perigo de dano ou de sua repetição ou continuidade.

A repetição não gera, necessariamente, a continuação. Explica-se. Enquanto a repetição pode consistir em uma ação reincidente de determinado ato *contra ius*, não carecendo, obrigatoriamente, de outros atos idênticos ou análogos em oportunidades posteriores, a continuação é a prática sucessiva de atos com o intuito específico de reiteração do ilícito.

Em suma, enquanto na primeira apenas há uma repetição, sem conteúdo procrastinador, visto que tal não possui a característica de se prostrar no tempo, mas, tão-só, a mera repetição de determinado ato ilícito; a segunda, necessariamente, engloba a reiteração de atos contrários ao direito.

O certo, diga-se, é que ambas podem produzir perigo de dano ou o dano propriamente dito. De qualquer forma, pode-se buscar evitar, por meio da inibitória, a possibilidade da ocorrência do ilícito (perigo de dano), eis que se o dano é o mais, a possibilidade da ocorrência de um ato ilícito ou perigo de dano constitui-se no menos, sobre o que incidirá a tutela preventiva.

Com efeito, importante ter em mente que o dano pode ser evitado, sim, antes de sua ocorrência. Se se é permitida a reparação por dano, igual possibilidade existe para se evitar a sua ocorrência, na medida em que esta se encontra em um campo precedente e, portanto, anterior, além do que a adequada tutela jurisdicional deve ser prestada.

Caso o ilícito já tenha sido praticado, sem que o dano tenha ocorrido, tem a tutela inibitória o intuito de fazer cessar a ocorrência do ato ilícito, ou seja, de fazer cessar o próprio perigo, podendo a providência, inclusive, ser concedida antecipadamente, caso em que se estará diante de uma medida antecipatória da tutela inibitória.

Portanto, e sem maiores delongas, o perigo da ocorrência de um ilícito – que, por vezes, equivalerá à possibilidade do perigo de dano – é suficiente, por si só, para legitimar a propositura de ação com cunho inibitório.

3.3 Antecipação da tutela inibitória

A tutela inibitória pode ser concedida antecipadamente. Nesse sentido, “considerada a natureza da inibitória, é fácil perceber que em grande número de casos apenas a inibitória antecipada poderá corresponder ao que se espera da tutela preventiva”³³.

A medida antecipatória da tutela inibitória possui as suas próprias peculiaridades. Em tema de antecipação da tutela inibitória, o direito pátrio dá ensejo a essa possibilidade tanto no art. 461 do CPC, como no art. 84 do CDC. Deste modo, havendo relevante fundamento da demanda, bem como o justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao Juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu.

Para a concessão da medida antecipatória, portanto, nos termos dos supracitados artigos, a lei exige menos do que para a mesma providência na ação de conhecimento do art. 273 do CPC. É suficiente a mera probabilidade, isto é, a relevância do fundamento da demanda para a concessão da tutela antecipatória da obrigação de fazer ou de não fazer; ao passo que o art. 273 do CPC exige, para as demais antecipações de mérito: a) a prova inequívoca; b) o convencimento do juiz acerca da verossimilhança da alegação; c) o *periculum in mora* (CPC, art. 273, I) ou o abuso do direito de defesa do réu (CPC, art. 273, II)³⁴.

A medida liminar, todavia, pode ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Insta salientar, portanto, que bastará a probabilidade da ilicitude, a qual poderá ser praticada no curso do processo de conhecimento, isto é, “em momento anterior àquele em que o provimento final pode ser executado”³⁵.

O Juiz poderá impor multa ao réu, ainda que não haja sentença, na medida em que deverá utilizar-se dos meios de que dispõe para fazer valer o intuito inibitório da norma³⁶.

3.4 Efeitos da tutela inibitória

Partindo do pressuposto de que a tutela inibitória visa à prevenção do ato contrário ao direito, resta asseverar quais são os efeitos que ela busca e produz.

No tocante aos efeitos buscados pela inibitória, vislumbra-se o intuito de assegurar um resultado prático, com providências necessárias à prevenção do ato ilícito.

Assim, com vistas a esse fim, o Magistrado tem a competência, em matéria de inibitória, de determinar as providências que se afigurarem necessárias a assegurar esse resultado prático, que deve ser equivalente ao do adimplemento, inclusive estabelecendo a cominação de multa pelo inadimplemento da obrigação de fazer ou não fazer.

Ao estabelecer tais providências, vislumbra-se que estará a inibitória a produzir os seus efeitos visados. Ou seja, adimplida a obrigação de fazer ou de não fazer, os

33 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, cit., p.29.

34 NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 587.

35 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, cit., p.152.

36 Cf. art. 461, § 4º, do CPC e art. 84, § 4º, do CDC.

efeitos de tais condutas daí decorrentes terão, por certo, alcançado o objetivo da prevenção do ato ilícito, de sua continuação ou de sua repetição.

Independentemente de a obrigação converter-se em perdas e danos, inclusive – o que poderá ser objeto de ação própria para esse fim –, o poluidor, na ação de conteúdo inibitório, com vistas ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, será pressionado, mediante o arbitramento de *astreintes*.

A multa não possui característica reparadora. Isto porque não busca reparar um dano. O dano, frise-se, não ocorreu, estando, ainda, na esfera da ilicitude. Existente a possibilidade da ocorrência do ato ilícito ou de sua repetição ou continuação, com a possibilidade de que poderá se desencadear, pela atividade ilícita do poluidor, o dano, a multa cominatória funcionará como uma medida eficiente a compelir o poluidor a praticar ou a não praticar o que lhe fora determinado pelo Juiz.

O interesse tutelado ganha efetiva proteção, na medida em que o poluidor, mesmo podendo escolher entre cumprir a obrigação ou não cumpri-la, caso incorra em inadimplemento, terá de abrir mão de seu patrimônio.

Vale dizer, por oportuno, que, muito embora a multa deva demonstrar-se compatível com a realidade financeira do poluidor, é imprescindível deixar claro que esse preceito não pode ser interpretado de maneira absoluta, pois poderá não atingir os fins de prevenção para os quais se destina, dependendo do interesse que esteja em jogo.

Feitas essas considerações acerca da inibitória, resta compreender, agora, como e de que forma é útil, quando aplicável nas ações que envolvam os interesses na tutela do meio ambiente, para os quais o Ministério Público possui atribuição para agir.

4 A TUTELA INIBITÓRIA E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE

Inicialmente, mister é salientar que a ação civil pública não leva esse nome pelo tipo de pedido ou provimento jurisdicional pleiteado, mas, sim, pelos princípios que a informam. Assim, a ação civil pública é instrumento que se destina à defesa de direitos cujo interesse na tutela não se restringe a determinada pessoa, mas a toda a coletividade.

A lei traça um rol de legitimados para a defesa dos interesses atinentes ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como a qualquer outro interesse coletivo e, ainda, por infração da ordem econômica, popular e urbanística³⁷. Nesse sentido, como já se acentuou, a legitimidade ativa não é apenas do Ministério Público³⁸.

37 Conforme determina o art. 1º da Lei nº 7.347/1985, que diz: “Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio ambiente; II – ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V – por infração da ordem econômica e da economia popular; IV – a ordem urbanística”.

38 Reza o art. 5º da Lei nº 7.347/1985 que: “A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação [...]”.

Desta maneira, é oportuno mencionar o seguinte:

“A ação civil pública, ou coletiva (como a chama o Código de Defesa do Consumidor) são sinônimas, quando têm por objetivo a tutela dos interesses difusos, transindividuais, ou metaindividuais, proposta por qualquer dos legitimados. A ação civil pública é aquela que tem por objeto os interesses transindividuais ou metaindividuais.”³⁹

Nesse contexto, nada impede que se promova uma ação civil pública cujo objeto (pedido) seja um provimento jurisdicional de natureza inibitória. A ação civil pública, na verdade, não é uma “espécie” de ação. É qualquer ação (execução, cautelar, conhecimento – condenatória, declaratória, constitutiva, inclusive para provimento inibitório) que seja proposta por pessoa legitimada a defender interesses transindividuais ou individuais homogêneos. É qualquer ação que deva obedecer a sistemática especial da LACP, por ter objetivo no caso concreto de tutelar interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. O que caracteriza a LACP é o conjunto de princípios que ela segue. Esses princípios estão previstos conjuntamente na LACP e no Código do Consumidor, além de outros diplomas secundários.

Posto isso, se, por um lado, não foi facultado a nenhuma lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão⁴⁰; por outro lado, o Ministério Público se mostra fundamental quando estão em discussão interesses que digam respeito ao meio ambiente. Nos dias atuais é importante estabelecer quão grande é o instrumento da tutela inibitória quando utilizada para esse fim pelos membros da instituição.

Assim, considerando que “a ação inibitória é consequência necessária do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial”⁴¹, é imprescindível, portanto, fazer a correlação necessária entre Ministério Público e tutela inibitória.

Ao instaurar o inquérito civil, o representante do Ministério Público poderá constatar que inexistente uma lesão, mas, ao contrário, a *possibilidade* de sua ocorrência. Não é demais enfatizar, portanto, que, em casos onde ainda não haja dano, havendo perigo de sua ocorrência pela iminência da prática de ato ilícito, a dita tutela inibitória terá bastante eficácia quando utilizada pelo Ministério Público para esse fim.

Ora, se não for possível a realização de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, o Ministério Público poderá valer-se da tutela inibitória, a fim de impedir eventual prática de ato ilícito que possa gerar dano ao meio ambiente.

Em sua função, portanto, o Ministério Público, em ação civil pública, poderá pleitear a tutela inibitória. Exercendo suas funções não apenas no âmbito repressivo do dano, que gera obrigação ao poluidor de repará-lo, mas – e sobretudo – na prevenção de perigos que podem gerar danos, concretiza sobremaneira as suas diretrizes constitucionais, legais e sociais.

39 SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 126.

40 *Ex vi* do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que reza: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

41 MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>>. Acesso em: 09 set. 2007.

Assim, proposta a ação civil pública para obrigar o poluidor a fazer ou deixar de fazer, poderá o membro do *Parquet*, utilizando-se dos instrumentos descritos na norma processual do art. 461 do CPC, bem como do estatuído no art. 84 do CDC, buscar, por meio das garantias que lhe conferem essas leis e o próprio processo, medidas que façam valer a garantia constitucional da adequada tutela jurisdicional.

Isto porque, em se tratando de meio ambiente, a tutela mais adequada é a prevenção, inegavelmente. Com isso, fica evidente que, requerida a medida inibitória pelo Ministério Público para que o poluidor seja obrigado a fazer ou a deixar de fazer, devendo o resultado proveniente destas equivaler àquilo correspondente ao do próprio adimplemento da obrigação, poderá requerer, nos termos da lei, o estabelecimento de multa para caso de descumprimento.

A cada dia não cumprido, o obrigado incorrerá em multa, que poderá, inclusive, ser aplicada de ofício. A lei processual civil confere ao Juiz, nesse sentido, o poder de aplicá-la, não necessitando o Magistrado se ater exatamente ao que lhe fora requerido, desde que esta seja suficiente ou compatível àquela determinada situação posta em discussão. Ao Juiz ainda é conferida a modificação das *astreintes*, caso em que se aplicará a chamada cláusula *rebus sic stantibus*.

Bem andou o legislador ao estabelecer essa questão tanto em sede de provimento final como em sede de antecipação de tutela, uma vez que as situações fáticas podem sofrer alteração. Nada mais justo que seja a multa modificada para exercer, de fato, a tutela preventiva para a qual se destina. Assim, não há dúvidas de que poderá sofrer modificação.

Nesse sentido, tal mudança não fere o princípio da coisa julgada, como bem alude Nelson Nery Júnior, pois, “em outras palavras, mantida a mesma situação de fato, o valor da multa constante da sentença não pode ser alterado: sobrevindo nova situação de fato, o valor da multa constante da sentença pode ser modificado”⁴². Ademais, ainda que seja a *astreinte* arbitrada de forma antecipada na liminar que vise o constrangimento do réu à obrigação de fazer ou não fazer, é certo que a medida poderá ser revogada.

O preceito é, portanto, plenamente justificável, pois, caso o Juiz verifique que a multa tornou-se inócua, poderá alterá-la, a fim de coibir que o demandado prossiga com atos ilícitos. Se as medidas buscam a prevenção, o meio através do qual elas se viabilizam deve ser apto ao cumprimento. Pense-se no caso de empresa multinacional, com alto padrão econômico, a qual ganharia, em tese, com a produção de óleo de amora, decorrente da colheita indiscriminada da fruta e sem observância às medidas protetivas constantes da legislação ambiental e, em especial, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. Obviamente, se se fizer um balanço, *e.g.*, do lucro que será obtido – de duzentos mil reais, nesse exemplo –, e a multa for estabelecida em cem mil reais, a empresa ainda assim estará interessada em retirar o fruto. Por essa razão, o Ministério Público requererá multa compatível, para que o poluidor seja compelido, de maneira eficaz, ao cumprimento da obrigação, pois, caso contrário, terá que “por a mão no bolso”.

42 NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Op. cit., p. 587.

Desta forma, o Juiz, por sua vez, também poderá fixar a multa tanto conforme o pedido do *Parquet*, como também conforme o que entender conveniente, estabelecendo um valor aquém ou além do pedido formulado. Por essa razão, o representante do Ministério Público, em suas funções, deverá atentar-se para requerer multa compatível com a real situação discutida em juízo, levando em conta muito mais a situação de ilicitude do réu do que o simples fato da situação econômica deste. Da mesma forma, o próprio Magistrado.

A ressalva de que a multa não deverá tornar-se insuficiente ou excessiva⁴³, em matéria de Direito Ambiental, não pode ser interpretada de maneira absoluta, conforme mencionado em linhas pretéritas.

Explica-se. O meio ambiente, por ser direito indisponível, não pode ser interpretado dentro do mesmo contexto que os direitos de cunho disponível. Isto porque há a possibilidade de o *Parquet* requerer ao Magistrado multa em valor igual ou superior à quantia que o poluidor lucraria com certa atividade, ou, ainda, multa cujo valor seja bem próximo ao valor do patrimônio do poluidor, dependendo do objeto da ação civil pública que vise ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Ora, o objetivo precípua da inibitória é justamente fazer com que o próprio direito material seja resguardado, neste caso, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Daí decorre a afirmação da relatividade do preceito, enquanto aplicável ao meio ambiente. Se a multa não se demonstrar suficiente para coibir, o poluidor poderá cogitar de não cumprir a obrigação, pois pode ter lucro superior àquele que, eventualmente, teria de pagar pela multa. Da mesma maneira, caso possua um patrimônio considerável, como no exemplo dado anteriormente, poderá conduzir-se a semelhante situação.

Se o poluidor cumprir a obrigação de fazer ou não fazer, o seu ato equivalerá ao resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Caso, porém, o réu não cumpra aquilo que lhe for determinado – seja em liminar de antecipação de tutela, seja na própria sentença –, a multa estará correndo contra ele e, em razão disso, ele terá de desembolsar quantia em dinheiro, o que, diga-se de passagem, ninguém quer. Logo, o poluidor não terá interesse em abrir mão de seu patrimônio.

Em suma, a inibitória ganhará cada vez mais a sua eficácia, muito embora o poluidor possa escolher entre adimplir ou inadimplir a obrigação na forma específica. A tutela inibitória objetivará, sempre, evitar a prática de ato ilícito, sua continuação ou repetição.

Vale dizer também, embora não seja o foco deste trabalho, que eventual ação de indenização não restará excluída por causa da multa estabelecida na ação civil pública com conteúdo inibitório, proposta pelo Ministério Público. A defesa dos interesses difusos em juízo por meio de uma ação de conteúdo inibitório não se dirige à reparação de dano, mas, sim, à prevenção da prática, repetição ou continuação de ato ilícito.

O Ministério Público poderá requerer, outrossim, a antecipação da tutela nos casos em que os fatos assim exigirem, oportunidade em que bastará a ele provar a

43 Esse é o teor do disposto no § 6º do art. 461 do CPC: “O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

possibilidade da ocorrência da prática, repetição ou continuação do ato ilícito⁴⁴. Tal entendimento corrobora a finalidade do instituto, eis que se busca a prevenção.

Por certo, com isso, sem exclusão de outras iniciativas a proteger o meio ambiente e demais interesses indisponíveis, o Ministério Público estará cumprindo a sua função constitucional, jurídica, institucional e, sobretudo, social, pois é preciso, mais do que nunca, uma instituição que realmente prime por valores tão importantes da sociedade, os quais pertencem a todos e a ninguém individualmente ao mesmo tempo.

Além disso, poderá a instituição requerer, concomitantemente à multa, se for o caso, tudo aquilo que se afigurar necessário para o fiel cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, utilizando-se de outras medidas cabíveis, como aquelas dos institutos da busca e apreensão, do desfazimento de obras, do impedimento de atividades nocivas ao meio ambiente, entre outras⁴⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como disposto na Constituição Federal, o Ministério Público é uma instituição que visa à garantia dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Suas funções, como essenciais à manutenção da justiça, pautam-se ou devem pautar-se em princípios verdadeiramente capazes de determinar a defesa dos aludidos interesses.

O meio ambiente, interesse pertencente a todos e a ninguém individualmente, deve contar com um trabalho sério por parte do Ministério Público – e, de fato, já conta – para que, em última análise, danos irreversíveis não sejam causados. No exercício de suas funções, os membros do *Parquet* devem buscar, destarte, a utilização de instrumentos mais eficazes para a proteção desses interesses difusos. E, como visto, no caso do meio ambiente é primordial a prevenção, pelo que, por meio da inibitória nas ações civis públicas que visem ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o órgão ministerial certamente conseguirá atuar os princípios da precaução e da prevenção conjuntamente, visando a evitar a ocorrência, a repetição ou a continuação de ato ilícito, que, por sua vez, gera a probabilidade do perigo e, com isso, a possibilidade do dano.

44 Em outras palavras, “em tema de tutela antecipada, é suficiente a mera probabilidade – tanto da demanda quanto da ineficácia do provimento final –, diferentemente do contido no art. 273 do Código de Processo Civil, que exige, para as demais formas de antecipação de tutela, a prova inequívoca, o convencimento do juiz acerca da verossimilhança da alegação, o *periculum in mora* ou o abuso do direito de defesa do réu” (NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Op. cit., p. 587). O juiz, na inibitória, poderá conceder a tutela ainda que não proceda à oitiva do demandado. Poderá, outrossim, conceder a tutela, mediante justificação prévia, consoante estabelece o § 3º do art. 461 do CPC, o qual já foi citado em nota pretérita.

45 Entendimento por interpretação do § 5º do aludido art. 461 do CPC, que confere ao Juiz o poder de determinar tais medidas. *In verbis*: “Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

Ora, a atividade preventiva incide sobre uma esfera anterior a todo e qualquer ato que possa gerar a probabilidade do dano e, conseqüentemente, o próprio dano. A tutela inibitória, como bem restou enfatizado no decorrer deste trabalho de pesquisa, demonstra-se essencial como forma de garantir o meio ambiente para as futuras e presentes gerações, uma vez que efetivamente busca evitar atos contrários ao direito, ou seja, atos ilícitos que podem causar o risco de dano ou o dano propriamente dito.

As causas, e não os efeitos, é que devem ser combatidas, pois, em matéria ambiental, os recursos disponíveis não podem simplesmente ser extintos. E o Ministério Público, como um dos legitimados ativos e como instituição voltada à defesa da ordem social e jurídica e dos interesses indisponíveis, tem em suas mãos um grande aliado na atuação de seus órgãos de execução. Utilizando-se deste instrumento na ação civil pública, não se pode olvidar que resguardará, verdadeiramente, os princípios constitucionais e legais para os quais foram incumbidos de zelar.

O meio ambiente requer medidas hábeis, rápidas e eficazes para ser protegido efetivamente, não podendo sofrer pela ação degradante do homem que, em não raras vezes, procura destruir ao invés de cultivar a sustentabilidade e a proteção de tudo que integra o meio ambiente.

Os princípios para uma verdadeira política de meio ambiente, ainda que dispostos em legislações ambientais, infelizmente, nem sempre são observados pelos poluidores. Ao contrário, buscam estes, seja por falta de educação ambiental, seja por falta de ética ambiental, somente a retirada dos recursos do meio ambiente, sem se preocuparem com as gerações futuras.

Outrossim, quando não há a preservação do patrimônio que engloba o meio ambiente, é certo que existe uma distanciação dos valores que deveriam e devem ser observados para a garantia efetiva do próprio direito material ao meio ambiente equilibrado, em todas as suas formas.

Inegavelmente, com ou sem consciência ambiental, é preciso que medidas eficientes e eficazes sejam disponibilizadas para a defesa do meio ambiente. Daí porque importante se revela a aplicabilidade conjunta dos princípios da prevenção e da precaução, já tratados nessa monografia, sem prejuízo dos outros mais que norteiam o Direito Ambiental, em busca da precípua finalidade de proteção.

Muito embora a defesa do meio ambiente dependa de fatores que devam coexistir, a lei não deve tornar-se morta diante da magnitude dos bens ameaçados pelo seu não-cumprimento. A correlação necessária entre Ministério Público e tutela inibitória é imprescindível, tendo em vista que este exerce um papel de suma importância dentro do contexto constitucional, legal, institucional e, sobretudo, social, em busca de defender o meio ambiente, notadamente por conta daqueles que não se importam com a triste realidade de sua degradação.

Conclui-se, pois, que, por meio da tutela inibitória, medida eminentemente preventiva, certamente os membros do *Parquet* exercerão, com eficiência cada vez maior, as suas missões na defesa do meio ambiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Termo de ajustamento de conduta*. Manual Prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, v. 1, 2005.
- ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum acadêmico de direito*. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BRASIL. Lei Complementar nº 734/1993.
- CASTRO, Dayane Marciano de Oliveira. A função constitucional do Ministério Público na defesa do meio ambiente. *Revista da Faculdade Campo Limpo Paulista*, Porto Alegre: Síntese, v. 4, p. 151-156, 2006.
- CASTRO, Ricardo Manuel. Limites objetivos aos termos de ajustamento de conduta em matéria ambiental. *Anais do III Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, Procuradoria-Geral de Justiça, v. 1, p. 303-305, 2005.
- DISSINGER, Marisa Rocha Teixeira (Coord.). *Manual de atuação funcional dos promotores de justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 1999.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FINK, Daniel Roberto (Coord.). *Manual prático da promotoria de justiça do meio ambiente*. São Paulo: Imprensa Oficial, v. 1, 2005.
- _____. *Manual prático da promotoria de justiça do meio ambiente*. São Paulo: Imprensa Oficial, v. 2, 2005.
- GARCEZ, Robson do Boa Morte. A especificidade do texto jurídico. *Revista da Faculdade Campo Limpo Paulista*, Porto Alegre: Síntese, v. 4, p. 35-46, 2006.
- GOULART, Marcelo Pedroso. Missão institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da ESMP – Escola Superior do Ministério Público*, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, v. 1, n. 1, p. 07-32, 2001.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>>. Acesso em: 09 set. 2007.
- MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- NASCIMENTO, José Arnaldo de Oliveira. O direito ambiental elevado à categoria de ciência e a criação do bem ambiental pela Constituição Federal de 1988. *Revista da Faculdade Campo Limpo Paulista*, Porto Alegre: Síntese, v. 3, p. 87-95, 2005.
- NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SÍCOLI, José Carlos Meloni (Org.). São Paulo (Estado) – Ministério Público. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente. In: *Legislação ambiental: textos básicos*. 2. ed. São Paulo: IMESP, v. 2, 2000.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SADEK, Maria Tereza (Org.). Licenciamento ambiental e fiscalização de centro de tratamento de resíduos sólidos – Centres. *Anais do III Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, Procuradoria-Geral de Justiça, v. 1, p. 297-302, 2005.

_____. O Ministério Público e a Justiça no Brasil. São Paulo, v. 3, 1996. Debate realizado no dia 31 de outubro de 1996 com a finalidade de discutir o papel do Ministério Público no Brasil. IDESP, p. 09-27, 1997.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SOUZA, José Carlos Rodrigues de. A importância da renovação do licenciamento ambiental no Estado de São Paulo. *Anais do III Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, Procuradoria-Geral de Justiça, v. 1, p. 257-270, 2005.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes; SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ministério Público: princípios constitucionais, organização, estrutura e principais funções institucionais*. São Paulo: Curso Preparatório para Concurso, parte I, 1997.

ISENÇÃO FISCAL DE COMPETÊNCIA MUNICIPAL¹

Rita de Cássia Cosseti

Bacharel em Direito pela Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP.

RESUMO: O direito tributário prevê o instituto da isenção fiscal, o qual pode ser instituído pelo município na mesma simetria que a Constituição Federal lhe atribui o poder de tributar. Suas características demonstram a extrafiscalidade e o cunho socioeconômico.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal; competência tributária; autonomia; município; isenção; exclusão do crédito tributário; hipóteses taxativas; incentivo fiscal.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Origem da isenção; 2 Autonomia e competência do município no estado federal; 3 Atribuições legislativas dos municípios; 4 Limitação constitucional à isenção heterônoma; 5 O instituto da isenção fiscal; 5.1 Teoria da regra-matriz de Paulo de Barros Carvalho; 5.2 Teoria moderna sobre a isenção como exclusão do crédito tributário; 6 Características da isenção; 7 Comentários aos artigos do CTN referentes à isenção; 8 Estudo de caso: Lei Complementar nº 110, de 17 de setembro de 1998, instituída pelo Município de Campo Limpo Paulista; 8.1 Aspectos legislativos formais e materiais; 8.2 Hipóteses taxativas da isenção; 9 Suas características; Considerações finais; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Somente quem tem a competência para tributar tem o poder de isentar. A competência é atribuída pela Constituição Federal aos seus entes federados: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conferindo-lhes autonomia. A isenção fiscal é um instituto jurídico tributário que pode ser utilizado pelo Município como valioso instrumento para fomentar o desenvolvimento social. Há, no Município de Campo Limpo Paulista, lei com previsão isentiva, sua criação visa o assentamento de indústrias, empresas e prestadores de serviços no local. A referida lei é utilizada neste trabalho como objeto de estudo.

1 ORIGEM DA ISENÇÃO

A imposição de tributos precede o Estado Moderno, a doutrina destaca que nos tempos da Grécia e de Roma estabelece-se o imposto direto². Há o entendimento de que na Bíblia a previsão do dízimo constitui uma forma de tributo. No período feudal, a propriedade de terras tem papel predominante e, através de sua exploração, são geradas riquezas motivadoras do imposto indireto.

Walter Barbosa Corrêa cita o ensinamento de Vincenzo Tangora, atribuindo à primeira economia financeira, ou quase na primeira formação da sociedade, a origem da isenção

-
- 1 Artigo extraído da monografia apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso aprovado em 10.05.2007, cuja banca foi composta pelo professor orientador Mestre Robson do Boa Morte Garcez e pelo convidado Professor Dr. Clóvis Ernesto de Gouvêa.
 - 2 SOUZA FRANCO, apud BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e tributário*. 9. ed. São Paulo: Celso Ribeiro Bastos Editor, 2002. p. 82.

baseada em privilégios. Os privilégios eram concedidos aos mais nobres, pois consideravam que assim haveria maior desenvolvimento³. Roque Antonio Carraza atribui à forma republicana um princípio que impede a elaboração de leis tributárias fundadas em privilégios das classes dominantes, como aqueles casos de ostentação de títulos nobiliárquicos, nascimento em famílias nobres etc. e cita, em nota de rodapé, *in verbis*: “Os antigos legistas, muito a propósito, lecionavam que, protegendo ao rei, os nobres, com sua espada, e os clérigos, com suas orações, não podiam ser submetidos a outros encargos, mesmo os tributários”⁴.

Por força do princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF), é vedada a concessão de benefício baseada em privilégios, o que ocorre atualmente é a permissão “[...] quando circunstâncias particulares do beneficiado o diferenciam dos demais cidadãos ou quando a coisa objeto da incidência justifique aquela isenção”⁵.

2 AUTONOMIA E COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO NO ESTADO FEDERAL

O art. 1º da CF denomina o Estado brasileiro como: “República Federativa do Brasil e formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal...”. Adotou, portanto, a estrutura federativa de Estado⁶ elevando-a à cláusula pétrea em seu art. 60, § 4º, I. Significa que, mesmo por força da emenda constitucional, é vedada a abolição da forma federativa de governo. De acordo com atribuição constitucional, arts. 1º a 18, os Municípios encontram-se na categoria de ente federado autônomo. Fato que consolida a base da autonomia municipal. Entre outros autores, Roque Carraza trata a autonomia como princípio e cita Geraldo Ataliba e Hans Kelsen para demonstrar a relevância desse princípio no que tange a autonomia:

“Kelsen, observa – com muita propriedade – que a importância de uma norma jurídica pode ser aferida pela intensidade de sanção que acarreta, acaso descumprida. Ora, se um Estado-membro violar a autonomia de um dos Municípios localizados em seu território, ele é passível, até, nos termos do art. 34, VII, *c*, da Constituição, de intervenção federal, medida que implica quebra (temporária é certo) do próprio princípio federativo, verdadeira *chave de abóbada* de nosso sistema jurídico, como se depreende da simples leitura do art. 60, § 4º, I da mesma Carta Fundamental (‘Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado’).”⁷

Para relacionar o acima exposto com o direito tributário, torna-se necessário adentrarmos no campo da competência; registramos, então, as palavras de Ylves José de Miranda Guimarães, bem como a citação que faz a Pontes de Miranda:

3 In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Comentários ao código tributário nacional*. Arts. 96 a 218. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2006. p. 482 e 483.

4 CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 8. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1996. p. 52 e 54.

5 Walter Corrêa Barbosa apud MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Comentários ao código tributário nacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2006. p. 483.

6 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2001. p. 162.

7 BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 117.

“Os Municípios, como pessoas jurídicas de Direito Público Interno, ou, no dizer de Pontes de Miranda, ‘*entidade-estatal rígida, como a União e o Estado-membro*’, para terem efetivamente assegurada sua autonomia, carecem exercer a competência tributária que deflui da discriminação de rendas. Assim, seria inconcebível, no nosso regime federativo, que tendo o Município aquela personalidade e capacidade, não tivesse a faculdade de edição de leis para instituição e cobrança dos tributos que lhe são assegurados. O princípio visa, precipuamente, tal finalidade: assegurar concretamente, por via do estabelecimento legal de tributos, um dos aspectos mais decisivos e realísticos da autonomia, a obtenção de receita.”⁸

O conceito de competência tributária, dado por Carraza, abarca o sentido abstrato das normas tributárias em relação ao atendimento aos requisitos na elaboração da lei. Demonstra ser imprescindível a obediência ao princípio da legalidade para que haja o exercício da competência legislativa tributária. Deve conter os “elementos essenciais da norma jurídica tributária a *hipótese de incidência* do tributo, seu *sujeito ativo*, seu *sujeito passivo*, sua *base de cálculo* e sua *alíquota*. Estes elementos essenciais só podem ser veiculados por meio de lei”. (grifo do autor)

A Constituição atribui a cada um dos seus entes a competência para legislar e os seus poderes, da mesma maneira “delimita o campo de atuação de cada pessoa jurídica de direito público interno, notadamente em matéria tributária, [...] em atenção à tipicidade da Federação Brasileira, [...]”⁹

A competência legislativa tributária é prerrogativa conferida aos Municípios, trata-se de uma segurança jurídica incrustada na Constituição Federal e norteadas pelo princípio federativo, com o escopo de retirar quaisquer hipóteses de vulnerabilidade em relação à autonomia municipal do alvedrio de ato normativo de legislador infraconstitucional. A simetria com o instituto da isenção é assim tratada por Souto Maior Borges:

“O poder de isentar apresenta certa simetria com o poder de tributar. Tal circunstância fornece a explicação do fato de que praticamente todos os problemas que convergem para a área do tributo podem ser estudados sob o ângulo oposto: o da isenção. Assim como existem limitações constitucionais ao poder de tributar, há limites que não podem ser transpostos pelo poder de isentar, porquanto ambos não passam de verso e reverso da mesma medalha.”¹⁰

Daí deriva o entendimento que somente quando o ente político encontrar permissão na Constituição para tributar é que poderá invocar tal competência para elaborar lei isentiva.

3 ATRIBUIÇÕES LEGISLATIVAS DOS MUNICÍPIOS

A competência legislativa tida como tributária expressa vem elencada no Texto Constitucional, no art. 156, trata-se do exercício de elaboração das leis de acordo com os ditames constitucionais quanto à matéria e a forma.

8 GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Os princípios e normas constitucionais tributários*: sua classificação em função da obrigação tributária. São Paulo: LTr, Edusp, 1976. p. 35.

9 HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 12. ed. São Paulo: Atlas. p. 354.

10 Apud CARRAZA, op. cit., p. 373.

Da mesma forma, a Constituição Federal, em seu art. 145, combinada com o art. 5º do Código Tributário Nacional, prevêm as espécies de tributos, quais sejam, impostos, taxas e contribuições de melhoria, razão pela qual formam o conceito clássico difundido pelos doutrinadores: o tributo é gênero das três espécies expressas em lei. Como se nota, adotamos a teoria tripartida.

Aos entes federais, respeitadas as respectivas competências e os aspectos materiais e formais, cabe disciplinar a matéria isentiva, complementamos, então, com os conteúdos dos tributos de competência municipal. Deve-se entender que cada um deles tem a potencialidade de ser inserido na lei de isenção fiscal.

Os impostos de competência municipal são: IPTU – Imposto sobre Propriedade Predial Territorial e Urbana; ITBI – Imposto de Transmissão *inter vivos* de Bens Imóveis; ISS – Imposto sobre serviço de qualquer natureza.

Os impostos regidos pelo Código Tributário Nacional constam nos arts. 32 a 34 sobre as disposições relativas ao IPTU e nos arts. 35 a 42 em relação ao ITBI. O ISS está disciplinado na Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

4 LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL À ISENÇÃO HETERÔNOMA

O art. 151 da CF veda a chamada isenção heterônoma. Significa que somente o ente ao qual a Constituição atribui competência para tributar é o detentor do poder de isentar. Deste feito, a União não tem poder para elaborar lei de incentivo fiscal para assentamento de empresas em Campo Limpo Paulista e conceder isenção de IPTU, vez que este imposto se encontra na seara municipal, nos termos do art. 156, I da CF.

5 O INSTITUTO DA ISENÇÃO FISCAL

A denominação do título sob qual está o instituto da isenção gera discussões na doutrina. Paulo de Barros Carvalho¹¹ traça críticas às teorias da isenção, entre os doutrinadores que o autor diverge estão Alfredo Augusto Becker e Souto Maior Borges.

A primeira teoria assevera que ocorre a incidência tributária, decorrendo a obrigação, e, posteriormente, há a dispensa do sujeito passivo por força de lei de isenção. Daí se dá a crítica, uma vez que tal instituto, como desoneração do pagamento do tributo, não ocorre, porque a regra da isenção não aguarda a ocorrência do surgimento da obrigação tributária para posteriormente dispensar o sujeito passivo da obrigação. Ficaria sem uso até que o fato “fosse juridicizado pela norma tributária, para, então, irradiar seus efeitos peculiares, desjuridicizando-o” excluindo o crédito tributário.

A lição sobre a isenção consistir em favor legal concedido pelo Estado, que dispensa o sujeito passivo da obrigação do pagamento do tributo, é outro alvo de críticas pelo autor. Nesta teoria, destaca que a isenção surge pelo interesse público, incidindo

11 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 325 a 328.

primeiro o preceito isencional antes do surgimento da norma tributária, invertendo a tese anteriormente exposta, tida como tradicional.

A hipótese de não-incidência legalmente qualificada, apesar de tratar o fenômeno da isenção como regra que se antecipa à da tributação, com o fim de impedir o surgimento da obrigação tributária, é revestida de impropriedades. Os pontos são: a terminologia negativa que não a explica; e a desarmonia com as regras de incidência tributária, pois a teoria defende que a norma de isenção é mais complexa em relação à norma de incidência tributária. Combate, Paulo de Barros, elucidando que as normas definidoras do tributo são genéricas enquanto os preceitos da norma isentiva são restritos, visam atingir certo elemento descrito na lei geral¹².

5.1 Teoria da regra-matriz de Paulo de Barros Carvalho

O autor entende a isenção como regra de estrutura, diferenciando-a da norma de conduta. Sucintamente, as normas de condutas estão previstas na regra-matriz de incidência tributária, prevêm o comportamento das pessoas. As de estrutura alteram a regra-matriz mutilando-a¹³.

Na regra-matriz está definida a hipótese de incidência tributária, nela há critério material, espacial, temporal, um verbo e seu complemento, pessoal ativo, pessoal passivo, base de cálculo e a alíquota. Pois bem, a mutilação é a intervenção por lei isencional com o efeito de retirar a incidência sobre um dos preceitos contidos na norma instituidora do tributo. Através do exemplo ficará mais clara a tese de Paulo de Barros: “Os produtos, quaisquer que sejam, fabricados na Zona Franca de Manaus, em princípio, estão isentos de IPI. É nítido que foi diminuída a área de incidência do imposto, extraindo-se do critério espacial uma parcela de território”¹⁴. Observa também que o legislador sempre emprega a palavra isenção.

Significa que o preceito da isenção descreverá exatamente onde a regra-matriz será mutilada e qual elemento será retirado da norma. Em decorrência, inibirá seus efeitos, não ocorrendo a obrigação tributária.

Roque Carraza acolhe que há, na regra-matriz, os preceitos tal qual ensina a doutrina de Paulo de Barros, porém a lei isencional não a mutila “senão metaforicamente”, diz o autor. Assim, tratar de lei que integra a norma jurídica tributária é harmonizá-la com a norma instituidora do tributo. Não há lapso temporal necessário, exigindo que primeiro nasça a lei tributária e posteriormente a lei de isenção. “O que há, sim, é a resultante das leis tributárias e das leis isentivas, que é a *norma jurídica tributária* com a conformação que lhes imprimiram”. (grifo do autor). As duas hipóteses podem ser concomitantes, ou seja, quando há a criação da lei tributária o ente tributante pode nela inserir a isenção¹⁵.

12 Idem, p. 327.

13 Idem, p. 327 a 330.

14 Idem, p. 331.

15 Op. cit., p. 383 e 384.

5.2 Teoria moderna sobre a isenção como exclusão do crédito tributário

A doutrina moderna que afasta as discussões acerca das teorias antes expostas e privilegia o estudo do tema no berço do direito positivo. Walter Barbosa Corrêa destaca que o nascimento do crédito tributário não se constitui quando se trata de isenção, assim demonstra a falha na intitulação, tendo em vista que apenas pode-se extrair o que já está inserto. A isenção não tem o efeito de excluir o crédito, senão estaria no âmbito da extinção da obrigação, visa impedir a constituição do crédito tributário, vedando-o¹⁶.

Luiz Emygdio interpreta no sentido de que a lei de isenção tem o efeito de impedir a constituição do crédito tributário. Todavia, acompanha a doutrina clássica entendendo como dispensa do pagamento, no caso, o fato gerador ocorre desencadeando a incidência tributária, instaurando a relação jurídica tributária e a obrigação, o que não se efetiva é o lançamento impedindo a constituição do crédito tributário, porque a isenção é causa de exclusão de crédito tributário¹⁷.

Observa-se que o parágrafo único do art. 175 não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias (art. 113, § 2º, do CTN) na hipótese de isenção.

6 CARACTERÍSTICAS DA ISENÇÃO

As classificações da isenção encontram-se denominadas pela doutrina como:

Contratual – art. 176 – a lei isencional está adstrita ao princípio da legalidade e, em sua decorrência, poderá advir o acordo contratual. Ocorre entre os entes políticos sob a denominação de convênio.

Pura; ou simples; ou gratuita; ou unilateral; ou não-contratual; ou incondicional – o sujeito passivo recebe o benefício sem ficar obrigado a preencher requisitos.

Onerosa; ou condicional; ou bilateral – art. 178 – o enquadramento do sujeito passivo na condição de isento depende do atendimento aos requisitos previstos na lei.

Com prazo certo, ou transitórias – art. 178 e 179, § 1º – a lei determina o período de sua eficácia.

Com prazo indeterminado, ou permanentes – a lei não estipula prazo para sua validade.

Ampla – art. 176 – parágrafo único – refere-se ao território de sua abrangência, esta modalidade ocorre quando a lei não determina um local exato.

Restrita, ou regional – art. 176, parágrafo único – diferencia-se do acima exposto, porque recairá somente em local específico. É tida como exceção.

16 Op. cit., p. 482 e 483.

17 ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco. *Manual de direito financeiro & direito tributário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 69.

Geral – art. 179 – abrange a todas as “pessoas ou coisas vinculadas ao tributo”¹⁸, independentemente de ato administrativo para sua eficácia, por exemplo, os isentos do imposto de renda.

Especial; ou individual; ou particular; ou específica – art. 179 – basta que preencha os requisitos da lei para que recebam o benefício. Porém, não se confunde com a condicional.

Objetivas, ou real – trata-se de criação doutrinária – alcança estritamente elemento relacionado ao fato gerador do tributo. Os imóveis destinados ao assentamento de indústrias estão isentos de IPTU.

Subjetivas, ou pessoal – também doutrinária – exonera o pagamento do tributo em razão da pessoa. Por exemplo: os aposentados ficam isentos do pagamento de IPTU.

7 COMENTÁRIOS AOS ARTIGOS DO CTN REFERENTES À ISENÇÃO

Art. 176. O artigo trata das isenções previstas em contrato. Qualquer ato contratual no direito público deve ser tratado com muita cautela, há regras específicas, principalmente na seara tributária, que é regida pelo princípio da legalidade. Deve dele preceder lei que assim estabeleça. Lembramos que o direito tributário está na seara do direito público, daí o entendimento de que o contrato particular, nos moldes do direito privado, não tem força normativa para regular atos submetidos ao direito público.

No contrato entre o Município e os particulares pode sim ser prevista a isenção, porém, está não será, nos dizeres de Paulo de Barros de Carvalho, a fonte criadora das medidas isentivas.

Parágrafo único do art. 176 – O dispositivo confere, ao Poder Público, delimitar o campo de incidência da lei isentiva, podendo ser um bairro ou uma região destinada, por exemplo, ao assentamento de empresas.

Não obstante haver permissão legal para beneficiar apenas alguns municípios enquanto outros não são atingidos pela lei, não fere o princípio da isonomia, explica Luiz Ribeiro:

“[...] para que assim ocorra deve existir um motivo respaldado no interesse público; se assim não for a isenção localizada afrontará o princípio da isonomia. [...] a isenção restrita a um bairro somente se justificará se este local tiver uma condição peculiar que o diferencie dos demais que formam o território municipal.”¹⁹

Há de ser aplicada lei de incentivo em local determinado, primando, com esse veículo, por seu desenvolvimento, visando, ainda, o equilíbrio sócio-econômico.

Art. 177, I – A redação do *caput* recebe crítica na doutrina de Walter Barbosa, pois, se somente lei poderá instituir isenção – e o art. 176 do CTN já esgota a imposição da lei ser consubstanciada pela especificação dos tributos que pretende abarcar – não há razão para esse preceito; II – Walter Corrêa ensina que o inciso II do art. 177 se refere

18 Walter Corrêa, op. cit., p. 485.

19 RIBEIRO, Luiz Antônio. *Direito tributário*: obrigação, lançamento, crédito, decadência e prescrição. São Paulo: Edipro, t. I, 2000. p. 126.

aos tributos ainda não existentes ao tempo da lei isencional. Interpreta o dispositivo como uma proteção jurídica aos dois sujeitos da relação.

Art. 178. Isenção por prazo certo significa que a lei determina o prazo de duração, e, segundo Luiz Emygdio, após vigorar pelo prazo estipulado na lei, cessam seus efeitos²⁰. Carraza ensina que a isenção concedida por prazo certo e sob condição integra o patrimônio do sujeito que preencheu os requisitos da norma, passando a ter direito adquirido. O ato de revogação afronta o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. A revogação da lei isentiva implica em majoração imediata de tributo, por isso, Celso Bastos²¹ defende que nessas condicionantes a isenção está adstrita ao princípio da anterioridade.

A tendência da jurisprudência é de afastar o princípio da anterioridade em se tratando de isenção por prazo certo ou condicional. Walter Corrêa²², Luiz Emygdio²³ e Eduardo Sabbag²⁴ apontam decisões do STF, entendendo que a revogação da isenção implica na incidência do tributo com eficácia imediata, não ofendendo o princípio da anualidade.

Art. 179. Trata de isenção em caráter especial, ou individual. A lei determina a conduta do interessado, que deverá requerer à Administração Pública o seu devido enquadramento nos moldes exigidos pela lei, submetendo-o ao despacho do administrador. A data é retroativa a do requerimento.

Parágrafo primeiro – Para que permaneça a configuração da isenção, o artigo regulamenta que, antes que cesse esse período de concessão, o beneficiado deve requerer sua renovação, a exemplo do IPTU, deve ocorrer antes de findar o ano em que esteja incurso no benefício.

Parágrafo segundo – Regulamenta a sanção no caso de cessação de atendimento ao requisito imposto para o enquadramento na lei isentiva condicional, como também estabelece punições quando o beneficiário agir por dolo ou simulação.

8 ESTUDO DE CASO: LEI COMPLEMENTAR Nº 110, DE 17 DE SETEMBRO DE 1998, INSTITUÍDA PELO MUNICÍPIO DE CAMPO LIMPO PAULISTA

8.1 Aspectos legislativos formais e materiais

Formais – Na lei estão previstos doze artigos. Expressamente, sobre espécies de tributos passíveis de isenção, estão disponibilizados seis incisos. O Chefe do Executivo a sancionou e promulgou e na mesma data publicou-se, na Secretaria de Administração

20 Op. cit., p. 625.

21 *Curso de direito financeiro e de direito tributário*, p. 223.

22 Op. cit., p. 493.

23 Op. cit., p. 637. Consta em nota de rodapé da obra de Luiz Emygdio que esse é o entendimento que prevalece na doutrina, e cita além de Paulo de Barros, Ricardo Lobo Torres, Hugo de Brito Machado, Roque Carraza e Bernardo Ribeiro de Moraes. p. 636.

24 Op. cit., p. 248, nota de rodapé 2.

e Finanças da Prefeitura Municipal, ato assinado pelo então Secretário. A entrada em vigor ocorreu na mesma data. A norma revoga, expressamente, todas as disposições em contrário e não se furta de mencionar algumas em especial. Se há, no bojo dessas normas, hipóteses de isenção que não acumule o prazo certo e certas condições, estas, indiscutivelmente, perdem a eficácia a partir da entrada em vigor da lei revogadora.

Para regulamentar a lei isencional, criou-se o Decreto nº 4.162, de 17 de novembro de 1998. Composto por oito artigos. Nasceu exatamente um mês após a Lei nº 110/1998. Trata-se de fonte secundária para o direito tributário, sendo vedado, neste instrumento, a previsão de outras hipóteses de isenção; sua função é detalhar as linhas mestras da norma principal, o que, por vezes, apenas a reitera.

Materiais – A lei em comento dispõe sobre incentivos ao assentamento de indústrias, empresas comerciais e prestadoras de serviços. Abrange vários aspectos facilitadores da instalação desses setores, com o fim de promover o desenvolvimento, fomentar a economia local e a receita municipal. A isenção fiscal é um dos elementos previstos no sistema de incentivos inseridos no planejamento de política social.

8.2 Hipóteses taxativas da isenção

As matérias isentivas encontram-se dispostas nos incisos do art. 1º da Lei nº 110/1998, da seguinte forma:

“Art. 1º O Município institui os seguintes incentivos ao assentamento de empresas indústrias, comerciais e prestadoras de serviços em áreas situadas em setores específicos de seu território, destinados a tal finalidade por lei local em vigor.

[...]

III – isenção de taxa para localização;

IV – isenção da taxa de renovação da licença, pelo período de 3 (três) anos e redução de 50% de seu valor, por igual período subsequente;

V – isenção da taxa de licença para funcionamento em horário especial, pelo período de 5 (cinco) anos;

VI – isenção ou restituição da taxa de licença para execução de obras particulares;

VII – isenção do Imposto Predial, pelo período de 5 (cinco) anos, a contar do início do faturamento da empresa no Município;

VII – isenção do ISS, pelo período de 5 (cinco) anos e redução de 50% (cinquenta por cento) da alíquota por igual período.”

Isenção das taxas – O Código Tributário Municipal institui a cobrança de todas as taxas que ora estão elencadas na lei de isenção. Sob este aspecto, primeiro foi criado o referido tributo para que lei posterior excluísse o crédito tributário. À luz da doutrina de Paulo de Barros Carvalho, as isenções sobre taxas de licenças mutilam a regra-matriz instituidora do tributo no que se refere ao verbo = licença, o mesmo ocorre com seu complemento = localização, funcionamento etc. Cuidou o legislador de prescrever,

para cada hipótese, um prazo específico. As cobranças das taxas de licença para funcionamento se efetivam anualmente e, em razão disso, a renovação já vem regulada na norma isentiva, nos termos do § 1º do art. 154 do Código Tributário Municipal.

Isenção de impostos – Os impostos previstos são: IPTU, o fato gerador ocorre no local em que está situado o imóvel. Enquanto o ISS, regra geral, tem como local do fato gerador aquele em que se encontra o estabelecimento do prestador ou seu domicílio.

9 SUAS CARACTERÍSTICAS

Condicionada e com prazo certo estipulado para cada hipótese – A exigência de ambas características obsta o Poder Público de revogá-la antes de findar o prazo.

Ampla – Não restringe o local para o assentamento dos empreendimentos, significa que todo o território municipal é abarcado pela lei.

Especial – Considera individualmente o beneficiário, impondo requisitos para que se enquadre na lei e dependa de requerimento do interessado para obter o benefício.

Objetiva – Tem essa modalidade porque incide diretamente no fato gerador do tributo; a empresa beneficiária, quando prestar o serviço, dará surgimento a hipótese de incidência, mas a isenção excluirá o crédito tributário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da isenção fiscal é um forte instrumento do direito tributário que, por seu fim extrafiscal, atribui ao ente municipal a possibilidade de fomentar o desenvolvimento socioeconômico. O que se demonstra no objeto em estudo, a Prefeitura de Campo Limpo Paulista estimula o assentamento de empreendimentos.

Por todo o exposto, concluímos que os pressupostos jurídicos fundamentais da hipótese de isenção exigem: a) ente legiferante com competência tributária para instituir e isentar o respectivo tributo; b) instituição de lei criadora e isentiva do tributo; c) legalidade do tributo em sua natureza; d) sujeito passível de ser beneficiário; e) as condições de acordo com as previsões legais; f) se for o caso de prazo certo, se há período estipulado para renovação do ato e quais os requisitos; g) despacho do administrador ou da Comissão competente no requerimento que defere ou não a isenção.

Buscamos, através dessa análise sucinta, a segurança jurídica não só dos sujeitos beneficiados e do ente municipal, mas também dos munícipes que certamente, pela eficácia do instituto ora estudado, serão afetados pelo desenvolvimento socioeconômico local.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. 8. tir. São Paulo: Melhoramentos, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e tributário*. 9. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

- _____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.
- CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1966.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO MUNICÍPIO DE CAMPO LIMPO PAULISTA. Lei Complementar nº 170, de 17 de dezembro de 2001.
- GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Os princípios e normas constitucionais tributárias: sua classificação em função da obrigação tributária*. São Paulo: LTr, Edusp, 1976.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- LEI COMPLEMENTAR Nº 110, de 17 de setembro de 1998. Dispõe sobre incentivos ao assentamento de indústrias, empresas comerciais e prestadoras de serviços.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Comentários ao código tributário nacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1 e 2, 2006.
- ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco. *Manual de direito financeiro & direito tributário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SABBAG, Eduardo de Moraes. *Elementos do direito tributário*. 8. ed. Premier: São Paulo, 2006.

A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE FORMAL DO DIREITO DO TRABALHO*

Élcio Batista de Morais

Advogado, Graduado pela Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP, Pós-Graduando – *lato sensu* – em Direito Material e Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas – PUC.

RESUMO: O presente texto visa a traçar aspectos acerca da importância da jurisprudência no direito do trabalho, bem como de sua classificação, especialmente as súmulas de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, como fonte formal. Pretendemos abordar o aspecto interpretativo e normativo das súmulas e o caráter vinculante de tais decisões reiteradas.

PALAVRAS-CHAVE: Fontes do direito do trabalho; jurisprudência; súmulas.

SUMÁRIO: Linhas introdutórias; 1 As fontes do direito do trabalho; 2 A jurisprudência no direito do trabalho: fonte do direito ou método de interpretação?; 3 O caráter normativo das súmulas no direito do trabalho; 3.1 Das súmulas no direito brasileiro; 3.2 As Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho; 4 Efeito vinculante das súmulas do TST e o recurso de revista; 4.1 Súmulas impeditivas de interposição de recurso de revista; 5 Súmulas legiferantes; Linhas conclusivas; Referências bibliográficas.

LINHAS INTRODUTÓRIAS

O presente estudo tem por objetivo tratar de questões relativas à importância da aplicação da jurisprudência na seara do direito do trabalho, enfocando sua posição como fonte formal da ciência juslaboralista.

Para tanto, inicialmente, procuramos tecer considerações acerca das conceituações e classificações das variadas fontes do direito do trabalho, com destaque às fontes formais – plano no qual repousa a jurisprudência, aqui compreendidas as súmulas editadas pela Corte Superior Trabalhista.

O entendimento jurisprudencial, eleito como cerne deste trabalho de pesquisa, ganha relevo especial em decorrência da sua importância na esfera juslaboralista, mormente pelo seu caráter eminentemente normativo, e, como será explorado no bojo da pesquisa, relativamente vinculante.

Como é consabido, tipicamente, somente a lei é fonte formal direta por excelência, emanada, em regra, pelo Poder Legislativo, que no direito do trabalho tem como principal fonte a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), sem olvidar inúmeros dispositivos erigidos a patamar constitucional em 1988, pelo Poder Constituinte originário.

* Artigo desenvolvido com base na Monografia de Conclusão do Curso de Direito da FACCAMP, apresentada pelo autor em 2007, sob a orientação da Professora Ms. Aparecida Dias de Oliveira Formigoni.

Em que pese considerar a lei¹ como sendo a regra geral e abstrata emanada pelo Poder competente como a única fonte formal direta capaz de disciplinar as relações jurídicas entre empregado e empregador, verifica-se que, não raro, o entendimento jurisprudencial assume condição análoga, quando não idêntica, àquelas típicas das normas emanadas pelo Poder Legislativo.

Considerando tal assertiva, e ainda o fato de que os nascedouros das jurisprudências são os Tribunais, poderia se insurgir, como nas palavras do Professor Luis Felipe de Freitas Kietzmann, “sob uma ótica extremista, que tal poder normativo, capaz inclusive de refletir efeitos vinculantes em determinadas hipóteses, extrapolaria a competência judiciária, que passaria a exercer atividade tipicamente afetas ao Poder Legislativo, o que resvalaria nos Princípios Constitucionais do Estado, comprometendo, inclusive, a separação dos Poderes”².

Contudo, o Poder Normativo, conferido à Justiça do Trabalho através da Lei Maior, faz surgir à baila da discussão considerações pertinentes a abrandar o posicionamento de que estaria a Justiça do Trabalho exacerbando a sua atividade típica de pura e simplesmente julgar, sem, de qualquer forma, emanar dispositivos normativos característicos de uma atividade legiferante dita anômala.

1 AS FONTES DO DIREITO DO TRABALHO

As regras jurídicas necessitam de uma origem para integrarem um ordenamento capaz de disciplinar o comportamento da sociedade. Referidas origens, no campo da ciência jurídica, recebem o nome de fonte do direito.

A propósito, a expressão fonte tem sua origem do latim *fons*, com o significado de nascente, manancial. Conforme preleciona o ilustre Professor Sérgio Pinto Martins: “[...] no significado vulgar, fonte tem o sentido de nascente de água, o lugar donde brota água. Figuradamente, refere-se à origem de alguma coisa, de onde provém algo. Fonte de direito tem significado metafórico, em razão de que o direito já é uma fonte de várias normas [...]”³.

O Professor Farah destaca que o termo *formas de expressão do direito* é pertinente, uma vez que minimiza a busca: “[...] como um método obstinado que parece existir entre alguns estudiosos, de uma hierarquia – que considero absolutamente inexistente – entre o Direito positivo e a jurisprudência, que devem ser vistos como manifestação do mesmo fenômeno jurídico”⁴.

A terminologia *formas de expressão* do Direito é revestida de singular propriedade, haja vista que agrupa leis, costumes, jurisprudências e outras formas de

1 O conceito de lei pode ser distinguido quanto ao seu sentido lato e seu sentido estrito, sendo que este se refere a uma construção cultural traduzida em norma jurídica emanada pelo Poder Legislativo, sancionada e promulgada pelo Presidente da República, enquanto aquele abrange não só a lei, mas todo ato administrativo.

2 KIETZMANN, Luis Felipe de Freitas. Da uniformização da jurisprudência no direito brasileiro. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8701>>.

3 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*, p. 71.

4 FARAH, Gustavo Pereira. *As súmulas inconstitucionais do TST*, p. 66.

expressão que são as qualidades dessas manifestações para expressar aquilo que deve ser considerado como Direito⁵.

Em que pese o brilhantismo terminológico trazido pela doutrina citada, optase, no presente estudo, pela manutenção da expressão *fontes do Direito*. O estudo das fontes do Direito, e particularmente ao direito do trabalho, é de suma importância, pois a interpretação das variadas situações que o direito do trabalho experimenta está diretamente ligada à fonte da obrigação⁶.

As fontes do Direito podem ser classificadas em fontes materiais e fontes formais. As fontes materiais são os diversos fatores que fizeram, ou fazem, surgir a norma posteriormente exteriorizada, podendo ser tais fatores de ordem social, econômica ou qualquer circunstância que contribua para a formação da norma jurídica.

Pode-se afirmar, portanto, conforme Renato Saraiva, que: “[...] as fontes materiais no âmbito laboral, representam o momento pré-jurídico, como exemplo, a pressão exercida pelos operários em face do Estado Capitalista em busca de novas e melhores condições de trabalho [...]”⁷.

Neste contexto, pertinente se faz o estudo dos antecedentes históricos das fontes do direito do trabalho, e, necessariamente, de forma correlata com um breve estudo da história do direito do trabalho, não só a história geral, mas igualmente a história do direito do trabalho no Brasil.

Ademais, em qualquer ramo das ciências, o estudo do passado nos auxilia a melhor compreender o presente, comparando e analisando as evoluções e transformações do objeto de estudo. Necessário destacar, contudo, que o presente trabalho tem por objeto principal o estudo das fontes formais, motivo pelo qual traçaremos em linhas gerais as questões atinentes às fontes materiais, eis que importantes com vistas a forrar o desenvolvimento das questões atreladas às fontes formais, nas quais nos debruçaremos com maior afinco.

Repousando nas fontes materiais, é a história base para seu estudo. No que tange a história geral do direito do trabalho, destacam-se dois períodos distintos: o período antecedente ao seu nascimento e o período posterior, que se inicia quando, por diversos fatores, nasce o direito laboral⁸.

O moderno direito do trabalho surge a partir dos séculos XVIII e XIX. Colaboraram para o seu nascimento as causas de natureza econômica, política e jurídica.

Vê-se, portanto, que todo o arcabouço histórico das fontes do direito do trabalho que conduzem ao sistema jurídico laboral que hoje conhecemos se insere dentro da concepção de fontes materiais.

5 Op. cit., p. 66.

6 MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*, p. 34.

7 SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*, p. 13.

8 MARTINS, Nei Frederico Cano. *Lições de direito individual do trabalho*, p. 20.

As fontes formais, por seu turno, representam o momento eminentemente jurídico, com a regra já plenamente materializada e exteriorizada, e a norma já construída, e aqui adentramos no cerne do tema o qual nos propusemos esmiuçar.

As fontes formais se classificam ainda em fontes formais heterônomas e fontes formais autônomas. No tocante às fontes formais autônomas, ou primárias, como refere parte da doutrina, insta assinalar que as normas provêm da vontade dos sujeitos individuais da relação de emprego, livre de contingências exteriores.

As principais fontes formais autônomas assinaladas pela doutrina são os acordos coletivos de trabalho e as convenções coletivas. Nos acordos coletivos, geralmente, são ajustadas condições de trabalho, tendo como figurantes determinada empresa ou grupo de empresas e determinado sindicato da categoria profissional. Já nas convenções coletivas, ocorre acordo de caráter normativo sobre condições de trabalho celebrado entre sindicatos representantes da categoria profissional – obreiro – e sindicatos representantes dos empregadores – patronal – sendo, portanto, normas advindas da deliberação entre os agentes sociais sem a participação de um terceiro.

A formação das fontes formais heterônomas é materializada por um agente externo, um terceiro, em geral o Estado, sem a participação imediata dos destinatários principais das mesmas regras jurídicas.

São fontes heterônomas a Constituição Federal de 1988, a emenda à Constituição, a lei complementar, a lei ordinária, a medida provisória, o decreto à sentença normativa e a jurisprudência.

Como é proposto pelo próprio tema do presente estudo, situaremos, desde já, a jurisprudência como fonte formal heterônoma do direito do trabalho, a despeito da existência de respeitoso entendimento diverso na doutrina, sendo o capítulo seguinte destinado a tanto.

Ainda quanto à classificação, as fontes formais que se manifestam por *medium* coercitivo ou regulatório podem, no âmbito trabalhista, ser classificadas quanto à origem, como estatais e extra-estatais, sendo aquelas a Constituição, as leis, os atos normativos em geral e a sentença normativa, e, estas, as convenções e os acordos coletivos, os contratos individuais de trabalho e os regulamentos de empresa (que, como dependem não apenas de confecção bilateral, mas unilateral pela empresa, são os responsáveis pelas fontes extra-estatais não serem denominadas de contratuais, embora não se possa excluir os usos e costumes, cuja existência se verifica pelo princípio da primazia da realidade e seu cumprimento pela habitualidade e exigibilidade de sua prática)⁹.

Além das fontes formais estatais, vale ressaltar que as contratuais também geram obrigações a trabalhadores e empregadores, por mais limitadas que estas sejam, no aspecto temporal, espacial e quanto ao número de destinatários.

9 Nesse sentido, exemplificando, o Professor Farah traz à baila a redação do art. 458 da CLT: “Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações *in natura* que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas”.

2 A JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO DO TRABALHO: FONTE DO DIREITO OU MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO?

Segundo Luiz Antonio Rizzatto Nunes: “[...] define-se jurisprudência como o conjunto das decisões dos tribunais a respeito do mesmo assunto. Alguns especificam – conjunto das decisões uniformes dos tribunais – e outros falam também – conjunto de decisões – sem referência à uniformidade [...]”¹⁰.

Como já traçado em linhas anteriores, até porque objeto do presente estudo, situaremos a jurisprudência como fonte formal heterônoma do direito do trabalho, entretanto, há respeitoso entendimento na doutrina em sentido contrário.

O ilustre Professor Orlando Gomes, ao tratar do tema, assinala:

“[...] A jurisprudência figura na escala acima – referindo-se o autor às formas de interpretação das normas – não como fonte de Direito, mas sim como recurso ou método de interpretação. Grande é, entretanto, a sua influência nos pretórios trabalhistas. Autores há, como M. de la Cueva, que não hesitam em arrolar a jurisprudência, quando revestida de determinadas condições, como fonte formal do direito do trabalho. *Entre nós existem os Prejulgados do TST e as Súmulas com relativa força imperativa*. O mesmo ocorre com as súmulas do STF [...]”¹¹ (grifo do autor)

O que se depreende dos ensinamentos do ilustre Professor Orlando Gomes, mesmo não reconhecendo ser a jurisprudência fonte formal do direito do trabalho, mas sim método de interpretação, um claro reconhecimento da influência da jurisprudência, é dizer das súmulas emanadas pelo Tribunal Superior do Trabalho nos julgamentos afetos à Justiça do Trabalho.

No mesmo sentido, asseverando não ser a jurisprudência fonte do direito do trabalho, assinala o Professor Sergio Pinto Martins:

“[...] A jurisprudência não pode ser considerada como fonte do direito do trabalho. Ela não se configura como norma obrigatória, mas apenas indica o caminho predominante em que os tribunais entendem de aplicar a lei, suprimindo, inclusive, eventuais lacunas desta última. Não vincula, portanto, o juiz que é livre para decidir¹². A única hipótese de vinculação seria no caso de julgamento definitivo de mérito de ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo proferido pelo STF (§ 2º do art. 102 da CP).”¹³

A repetição razoavelmente constante de julgados interpretando o Direito positivo de determinado modo (jurisprudência) exerce algum grau de influência sobre os futuros julgadores, mas não expressa o exercício do poder, com os predicados de generalidade e abstração inerentes à lei.

10 NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Introdução ao estudo do direito*, p. 87.

11 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de direito do trabalho*, p. 31.

12 No tocante à questão da possibilidade ou não de vinculação do juiz ao julgar conforme a disposição das súmulas, teceremos considerações em tópico específico.

13 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*, p. 72.

Sabe-se, portanto, que a jurisprudência efetivamente atua como referência do julgador em casos análogos, sobremaneira quando os tribunais superiores já se pronunciaram uniformemente acerca do tema, representando a jurisprudência, na prática, um poder de aplicação da lei¹⁴.

Henrique Macedo Hinz entende que a jurisprudência deve ser considerada fonte de normas trabalhistas, pois:

“[...] a jurisprudência, entendida como o conjunto de pronunciamentos por parte do Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico, seria justamente a interseção entre a lei, genérica e abstrata, oriunda do Legislativo, e a sentença, concreta, aplicável às partes litigantes, oriunda do Judiciário.”¹⁵

Considerando que a jurisprudência acaba por criar regras que não estão previstas no ordenamento jurídico, não raramente ocorrendo de chegar mesmo a alterar o alcance das existentes. Nesta linha de raciocínio, conclui, finalmente, o Professor Hinz: “[...] pode-se dizer que no sistema jurídico pátrio a jurisprudência encontra papel de fonte normativa, tendo inclusive sido sistematizada em súmulas de jurisprudência, que são diretrizes dominantes adotadas pelo Tribunal Superior do Trabalho”¹⁶.

Considerada a jurisprudência fonte do direito ou não, o que se deve assentar desde logo é que nem todo entendimento jurisprudencial tem cunho normativo, e, ainda, assentar que nem todo entendimento jurisprudencial é sistematizado em súmula de jurisprudência. Tal ponderação se faz necessária com vistas a delimitar o tema em estudo, com efeito, em linhas seguintes tais questões serão melhor analisadas.

3 O CARÁTER NORMATIVO DAS SÚMULAS NO DIREITO DO TRABALHO

3.1 Das súmulas no Direito brasileiro

Muito embora o presente trabalho, como já delineado em linhas anteriores, tenha por objeto principal de estudo a seara juslaboralista, mister se faz traçar aspectos atinentes às principais características das súmulas relacionadas ao direito pátrio.

A palavra súmula é originária de *summula*, do latim, que significa sumário ou resumo. Juridicamente, as súmulas podem se referir ao teor abreviado de determinado julgamento, ou ao enunciado jurisprudencial que reflete entendimento pacífico de determinado tribunal, sendo este último significado parte integrante do objeto do nosso estudo¹⁷.

A expressão súmula foi cunhada pelo Ministro Victor Nunes Leal, no ano de 1963, para definir com pequenos enunciados o que o Supremo Tribunal Federal vinha decidindo de modo reiterado acerca de temas que se repetiam nos julgamentos.

14 KIETZMANN, Luis Felipe de Freitas. Op. cit., p. 8.

15 HINZ, Henrique Macedo. *O Poder normativo da justiça do trabalho*, p. 37.

16 Op. cit., p. 36.

17 KIETZMANN, op. cit., p. 9.

A Comissão de Jurisprudência do Superior Tribunal Federal, em janeiro de 1964, publicou pela primeira vez as chamadas súmulas, cujos verbetes haviam sido aprovados na sessão plenária de 13 de dezembro do ano anterior.

Naquela ocasião, o eg. Tribunal assim declarou:

“O STF tem por predominante e firme a jurisprudência aqui resumida, embora nem sempre tenha sido unânime a decisão nos precedentes relacionados na súmula. Não está, porém, excluída a possibilidade de alteração do entendimento da maioria, nem pretende o Tribunal, com a reforma do Regimento, abdicar da prerrogativa de modificar sua jurisprudência.”

Contudo, a proposta não foi acolhida pela Constituição Federal de 1946. Apenas quando da elaboração do Anteprojeto de Lei Geral de aplicação das Normas Jurídicas de 1964 é que se dispôs acerca da uniformização jurisprudencial pelo STF.

Posteriormente, a Lei Federal de nº 5.010, de 30 de maio de 1966, autorizou a criação de súmulas pelo então Tribunal Federal de Recursos (atual Superior Tribunal de Justiça), e o Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, publicado em 18 de dezembro de 1979, instituiu as súmulas naquela Corte¹⁸.

Ainda conforme Kietzman, concluindo: “[...] finalmente, a redação do novo Código de Processo Civil, Lei de nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, estendeu a possibilidade de editar súmulas a todos os tribunais da União e dos Estados, como consequência do processo de uniformização da jurisprudência. Por essa razão, atualmente, a súmula é a expressão máxima da jurisprudência dos tribunais pátrios”.

3.2 As súmulas do Tribunal Superior do Trabalho

As súmulas propriamente ditas, coexistiam com os prejulgados (até a extinção destes pela Lei nº 7.033, de 1982) e, de acordo com as resoluções do TST, recebiam a nomenclatura súmula ou enunciados de súmula. Em 1985, a Resolução Administrativa do TST nº 44, de 28 de junho, converteu as súmulas em Enunciados da Súmula da Jurisprudência Predominante do TST, embora sob a mesma enumeração.

A Resolução nº 129 do TST, datada de 5 de abril de 2005¹⁹, determinou que os enunciados de súmula, ou simplesmente enunciados, voltassem a ser nomeados como súmulas. A proposição de edição, revisão ou cancelamento de súmula incumbe, conforme o art. 157 do Regimento Interno (RI) do TST, à Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos.

O § 1º do art. 158 do RI do TST estabelece que a sugestão para edição, revisão ou cancelamento de súmula por mais de 10 ministros deve ser remetida pela comissão ao Tribunal Pleno, já o § 2º do mesmo artigo em comento dispõe que, sendo a sugestão provocada por qualquer ministro, esta deve ser encaminhada à comissão para apreciação.

18 KIETZMANN apud STRECK. Op. cit., p. 65.

19 DJU 20.04.2005.

4 EFEITO VINCULANTE DAS SÚMULAS DO TST E O RECURSO DE REVISTA

No que tange a denominação “efeito vinculante”, tanto o termo efeito quanto o termo vinculante recebem crítica da doutrina pela sua utilização. O termo *vinculante* igualmente recebe oposição em sua adoção, inferindo que tal adjetivo não estaria “dicionarizado” e se configuraria como um neologismo arbitrário. O Professor Manoel Antonio Teixeira Filho chegou a sugerir a utilização do termo “vinculativo” ou “vinculatório”²⁰.

Em que pesem as considerações e críticas direcionadas à terminologia *efeito vinculante*, fato é que tal expressão foi incorporada à Constituição Federal desde a Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, na antiga redação do § 2º do art. 102 e reiterado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, na nova redação do mesmo artigo²¹, assim como na do *caput* do art. 103-A²².

No que tange às conseqüências, convenientes ou não, que a aplicação das súmulas, cujos efeitos surtem ao direito, com vistas a vincular os juizes de instâncias ordinárias, há na doutrina posicionamentos favoráveis e desfavoráveis de sua inserção no ordenamento jurídico.

Os que se posicionam a defender as súmulas vinculantes trazem como fundamento a busca pela celeridade e economia processual, entre outros argumentos, como, por exemplo, a segurança jurídica pela uniformização da jurisprudência.

Com efeito, se defende a conveniência de uma uniformização jurisprudencial relativamente a questões amplamente já debatidas em sucessivos processos, tendo se consolidado uma posição predominante, pelo menos nas instâncias superiores. A adoção das súmulas de jurisprudência pelos Tribunais sinalizam à sociedade o provável resultado de demandas repetitivas, o que contribui para o aumento da segurança jurídica.

A imposição de limites mais estritos à possibilidade de recorrer das partes também justifica, para alguns, a imposição das súmulas, pois o excesso de recursos contribui para a conhecida e tão repudiada morosidade do Poder Judiciário.

Doutra banda, se insurgem outros tratadistas no sentido de que os efeitos vinculantes das súmulas cerceariam a possibilidade de interpretação valorativa dos magistrados de instâncias ordinárias ao depararem com um caso concreto.

20 Apud Farah. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentário às súmulas...* cit., p. 25.

21 “Art. 102. Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]”

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

22 “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação. Mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmulas que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

O Professor João Soares Marcelino, ao defender o posicionamento de que a súmula vinculante diminui a possibilidade de interpretação do juiz de primeira instância, assinala:

“[...] É cediço que o Direito provém dos fatos sociais e da atribuição axiológica dado a eles, cabendo ao aplicador da lei a flexibilização entre a norma dogmática e a realidade dinâmica da sociedade, pois como um ser social, o magistrado detém a possibilidade de análise valorativa, utilizando-se da norma apenas como um meio para a efetivação da justiça, como um instrumento para a produção de equidade [...].

Os efeitos vinculantes da súmula cerceiam esta interpretação, criando um julgador autômato, desprovido de qualquer atividade axiológica, separando o Direito da realidade social. Este tolhimento interpretativo do magistrado nos remete a um deletério retrocesso histórico-jurídico, reproduzindo uma Escola da Exegese em pleno século XXI, modificando o injusto aforismo *dura lex sede lex* em *dura summula sede summula*.²³

Adotando, igualmente, este posicionamento, assevera Farah:

“A obrigatoriedade da súmula vinculante limita, contudo, a liberdade do juiz. A liberdade é tolhida, mas não extinta, e isto não fere garantias constitucionais de proteção à magistratura, conforme previsão do art. 95 da Constituição²⁴. A proteção à liberdade do magistrado tem suposto respaldo na fragilidade da subdivisão (como um dos elementos da justiça material) da subdivisão (como um dos elementos do princípio do juiz natural) de um ponto de vista. Longe desta explanação menosprezar tal virtude, em absoluto, pois busca-se nele, sim, identificar que esta mesma virtude não está constitucionalmente garantida e sua supressão, ou limite, não constitui ofensa objetiva ao ordenamento jurídico pátrio. Aliás, o livre convencimento do juiz não está intrinsecamente conectado à súmula vinculante, já que a convicção do magistrado antecede a fundamentação do julgado; permanece livre seu convencimento, no sentido de discordar de interpretação que é obrigado adotar. Nada impede que o juiz tenha a liberdade de lançar, em um julgamento, todo seu arsenal de ponderações contrárias à súmula vinculante, ainda que adote, que interprete esta mesma súmula de maneira peculiar ou mesmo que negue sua aplicação, como nega validade a uma lei.”

Tem-se, de qualquer forma, a busca pela sintetização da jurisprudência proveniente das instâncias inferiores, sem que haja, porém, restrição à independência decisória dos juizes de primeiro grau, e, ainda, a não consolidação de orientações tão rígidas

23 MARCELINO, João Soares. *Súmula vinculante e interpretação*, cit.

24 “Art. 95. Os juizes gozam das seguintes garantias:

I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após 2 anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III – irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III e 153, § 2º, I.”

capazes de inviabilizarem sua adaptação às constantes mutações da vida social, a ponto de uma decisão judicial que, pelo decurso do tempo, se torne socialmente ineficaz²⁵.

4.1 Súmulas impeditivas de interposição de recurso de revista

Dentre as possibilidades de requerimento para reexame das decisões judiciais no âmbito trabalhista encontramos o recurso de revista, previsto no art. 896 da CLT.

Do artigo consolidado em testilha se extrai que, se o acórdão atacado por recurso de revista estiver em consonância com a súmula, a medida recursal será denegada. Outrossim, pode-se concluir que as súmulas do TST possuem latente característica impeditiva de interposição de recurso.

Nesse passo, as súmulas impeditivas de recurso se diferenciariam das súmulas vinculantes propriamente ditas apenas quanto ao procedimento de atuação, pois naquelas os magistrados de primeira e segunda instância poderiam deixar de aplicar preceitos sumulados, embora possível a reforma posterior no TST, convergindo o resultado final a submissão à súmula²⁶.

Fala-se, então, em súmulas vinculantes diretas, nas hipóteses em que as instâncias inferiores não estariam autorizadas a se oporem aos preceitos sumulados, e, em súmulas vinculantes indiretas, porque se a decisão de segunda instância estiver em consonância com o preceito sumulado, o recurso em grau máximo dos tribunais não será sequer conhecido, e, se eventualmente sustentar posição contrária, haverá modificação no sentido de que prevaleça a vontade expressa na súmula.

Os efeitos vinculantes, ainda que indiretos, que as súmulas surtem ao ordenamento jurídico e aos julgados, mormente os de instâncias inferiores, faz repisar a questão relativa à liberdade conferida aos juízes.

Com vistas a demonstrar os efeitos práticos que as súmulas do TST, aqui com evidentes características vinculantes indiretas, pertinente o julgamento proferido pelo Juiz da 44ª Vara do Trabalho de São Paulo, em reclamação trabalhista levada a sua apreciação.

Dentre outras, uma das questões levadas ao seu conhecimento para posterior decisão repousou a matéria relativa à prescrição nuclear por conta da eventual extinção imediata do contrato de trabalho por falta da dação de aviso prévio pelo empregador.

A reclamação em comento fora ajuizada após dois anos em que se deu o último dia de labor do reclamante, sendo certo que a reclamada não concedeu aviso prévio na oportunidade da dispensa, porém, indenizando o reclamante na forma da lei. Ressaltando, por oportuno, que embora a reclamação tenha sido ajuizada após transcorridos mais de dois anos do último dia de labor do reclamante, fora ajuizada antes dos trinta dias, os quais se projeta de maneira ficta o aludido aviso prévio.

A questão, portanto, residiu na possibilidade de se reconhecer a projeção do aviso prévio indenizado para todos os efeitos legais, inclusive como marco inicial para contagem da prescrição.

25 Luiz Alberto de Vargas e Ricardo Carvalho Fraga.

26 FARAH, op. cit., p. 45.

O MM. Juiz, naquela ocasião, analisando o mérito da citada reclamação trabalhista, assim fundamentou a sua decisão:

“[...] Da prescrição: Este juízo entende que o aviso prévio indenizado integra o contrato de trabalho para efeito do lapso prescricional não procede. O marco prescricional tem início no momento em que a parte toma ciência da lesão de seu direito e pode pleitear a sua reparação. A projeção ficta do aviso prévio somente deve ser considerada para efeito de cálculo de verbas trabalhistas, pois o rompimento da sinalagma entre empregado e empregador se dá, efetivamente, na data em que o empregado pára de trabalhar e é a partir daí, que surge o direito deste à *actio nata*, ou seja, o direito de ação, para eventuais reparações oriundas do extinto contrato de trabalho.

Neste sentido, também leciona José Augusto Rodrigues Pinto (*Curso de direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 548):

‘Uma questão extremamente polêmica na área doutrinária e na jurisprudencial é a que envolve a prescrição na chamada extinção imediata do contrato, por falta de dação de aviso prévio pelo empregador. A prescrição, neste caso, conta-se a partir da rescisão consumada ou da projeção legal do seu prazo no tempo de serviço do empregado?’

Essa projeção, como deve ser bem salientado, é uma ficção jurídica, pois, se a despedida foi imediata, a extinção já se consumou independentemente da integração do tempo de aviso prévio no de serviço.

Ora, como a regra de contagem do prazo prescricional é para iniciá-la no momento da violação do direito individual, então, havendo despedida imediata, o prazo prescricional começa a correr contra o empregado da data em que foi efetivamente despedido e não daquela resultante de uma projeção ficta do tempo de serviço’.

Entretanto, face a jurisprudência consolidada do C. TST, o juízo, ressaltando o entendimento pessoal, para que se evite o dispêndio desnecessário da máquina judiciária, aplica o entendimento vazado na OJ 83, da SDI-I, do C.TST, que assim dispõe:

‘Aviso prévio. Prescrição. Começa a fluir no final da data do término do aviso prévio. Art. 487, § 1º da CLT’.

Nesse sentido também a seguinte ementa da lavra do Ilustre Ministro Vantuil Abdala, uma das que engendraram a citada OJ, *in verbis*:

‘Aviso prévio, ainda que indenizado, integra o tempo de serviço do empregado, nos termos do § 1º, do art. 487 da CLT. Mesmo com a indenização do pré-aviso a relação jurídica entre as partes permanece vigorando até o final de seu lapso. Pelo que estabelece o art. 489 consolidado a rescisão do contrato de trabalho ocorre efetivamente após expirado o período de aviso prévio. Eventual lesão aos créditos rescisórios e sua exigibilidade em juízo tem como marco inicial a efetiva extinção do contrato de trabalho, que ocorre ao final do aviso prévio, ainda que indenizado. Embargos conhecidos e desprovidos (ER-RR 101.942, Ac. SBDI-1-2165/96, Rel. Min. Vantuil Abdala, publicado no DJ 25.10.1996).’

Rejeita-se, portanto, a prescrição nuclear [...]” (grifou-se)

Da fundamentação *supra* transcrita vê-se, claramente, que o magistrado, ao julgar o caso concreto a ele submetido, antevê a latente possibilidade da reforma posterior de seu julgado caso lançasse em seu *decisum* o seu entendimento acerca da matéria em debate. A liberdade de decidir conforme seu livre convencimento motivado não restou tolhida diante do entendimento sumulado pela Corte Superior Trabalhista? Temos que a resposta é positiva.

A questão nos faz ponderar nos seguintes termos: caso não houvesse disposição no sentido de impedir que o Tribunal Superior do Trabalho proferisse decisão de forma contrária às suas súmulas, ainda assim, julgaria o magistrado da mesma forma?

Apesar de que, merece comentário, a possibilidade do juiz, naquela ocasião, de julgar conforme o seu entendimento, mesmo prevendo a “quase certa” reforma futura da decisão pelo TST. Nesta hipótese, caso a parte sucumbente não exercesse o direito de recorrer²⁷, seu entendimento prevaleceria sobre o preceito vazado pela jurisprudência.

Ademais, vale lembrar que o juiz não está adstrito a julgar pura e tão-somente conforme a disposição literal de determinada lei ou súmula, pois estas são partes integrantes de um ordenamento jurídico, é dizer, do Direito.

O juiz, portanto, não está impedido de julgar de maneira contrária a uma disposição legal ou sumular, enfim, mas pode se dizer que está impedido sim de julgar contra o Direito.

De toda sorte, como bem salientou o magistrado naquela ocasião, o dispêndio desnecessário da máquina judiciária deve sempre ser evitado, mormente em tempos de grande demanda de processos, o que culmina, invariavelmente, na famigerada e por todos repudiada morosidade da Justiça.

O julgamento trazido a este trabalho tem por objetivo fazer refletir quantos outros magistrados igualmente ponderam, antes de proferir suas sentenças, a real, e não eventual, possibilidade da reforma de suas decisões pelo TST, mormente em sede de recurso de revista, nos termos já anteriormente delineados.

A vinculação indireta das súmulas do TST, nestas hipóteses, se mostra clara. Igualmente nestas hipóteses, a jurisprudência figura nitidamente como fonte formal do direito do trabalho.

5 SÚMULAS LEGIFERANTES

Conforme já delineado em linhas anteriores, as súmulas, em regra, se identificam como o veículo demonstrativo e direcionador da intenção padronizada dos julgadores do TST, a partir da síntese de seus julgados²⁸.

Destarte, dentre as funções que a súmula exerce, se destaca a de uniformizar a jurisprudência acerca das questões mais controvertidas, evitando-se, dessa forma, repetições desnecessárias.

27 Lembrando que a voluntariedade figura como princípio dos recursos.

28 FARAH. Op. cit., p. 14.

De ressaltar, por oportuno, que a finalidade da súmula não é propriamente e tão-somente interpretar, mas firmar entendimentos dominantes. Tais atos constituem a função última da súmula, embora a interpretação seja a função meio, ou seja, ainda que súmula seja interpretação, seu objetivo não se resume nela²⁹.

De toda sorte, seja atribuída às súmulas a função de uniformizar a jurisprudência ou interpretar, certo é que, em algumas hipóteses, tais funções são ampliadas de modo a não se resumirem em interpretar direitos conflitantes e revisitados por acórdãos.

Com efeito, algumas súmulas, cujo conteúdo será tratado mais adiante, passam a atuar de modo preventivo, com nítidas características de normas gerais e abstratas, se revestindo, desta forma, de uma feição típica das leis em seu sentido material. Repise-se: *algumas* súmulas, haja vista que nem todas as súmulas se revestem da aludida característica legiferante que ora nos propomos a tecer considerações.

Como exemplo, pertinente se faz a análise da Súmula nº 346 do TST, ao tratar do intervalo intrajornada dos digitadores. Vejamo-la:

“Súmula nº 346 do TST: Digitador. Intervalos. Intra-jornada: Os digitadores, por aplicação analógica do art. 72 da CLT, equiparam-se aos trabalhadores nos serviços de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo), razão pela qual têm direito a intervalos de descanso de dez (10) minutos a cada noventa (90) de trabalho consecutivo.” (Res. TST 56/96, DJ 28.06.1996)

Da redação do entendimento sumulado supratranscrito, se percebe claramente que a Corte Superior Trabalhista, aplicando o método interpretativo pautado na analogia, aclara aos operadores do direito que aos digitadores também deve ser concedido o intervalo intrajornada previsto no art. 72 da CLT.

Para o Professor Sergio Pinto Martins, “os serviços de mecanografia explicitados no art. 72 são meramente exemplificativos e não taxativos, justamente por serem arrolados entre parênteses, podendo outros serviços ser enquadrados na hipótese vertente. É o caso do operador de telex e dos digitadores, que também fazem serviço de mecanografia, que se assemelham ao de datilografia, que seria o gênero”.

Resta claro, portanto, que a Súmula nº 346 do TST confirmou e explicitou a *mens legem* contida no art. 72 consolidado, não havendo se falar, por esta razão, em criação, modificação ou extinção de direitos. O mesmo não ocorre com determinadas súmulas, cujo conteúdo ilustraremos adiante.

As súmulas que extrapolam a atividade que tipicamente lhe são afetas, qual seja, uniformizar a jurisprudência seja através do método interpretativo ou não, recebem rigorosa crítica de parte da doutrina, pois exerceriam atividade legiferante – atípicas, portanto.

O Professor Gustavo Pereira Farah, ao comentar tal ampliação das funções das súmulas, aduz:

“Ao invés de direcionar interpretações diversas em um dado sentido, com o fito de estabilizar a máquina jurisdicional, tranquilizar juízes e litigantes, a

29 Idem.

súmula conquistou a possibilidade de gerar instabilidade e intranquilidade desde o instante em que passou a prever determinada interpretação para questões que não obedeceram ao processo de debate nos tribunais, que não trouxeram consigo um alicerce histórico de interesses colidentes.”

Com o intuito de melhor ilustrar o presente estudo, as próximas linhas serão dedicadas à análise de algumas súmulas do TST cujo conteúdo se mostra nitidamente legiferante, em alguns casos, inclusive, vindo a contrariar o disposto em lei.

A Súmula nº 291 do TST dispõe acerca da supressão das horas extras prestadas com habitualidade e conseqüente indenização. Vejamos o conteúdo da aludida súmula:

“291. Horas extras. Revisão do Enunciado nº 76. RA 69/1978, DJ 26.09.1978. A supressão, pelo empregador, do serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares efetivamente trabalhadas nos últimos doze (12) meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.” (DJ 14.04.1989)

A supressão de horas extras prestadas com habitualidade por ao menos um ano dá direito ao empregado a uma indenização. À exceção do que dispõe lei específica sobre regime de trabalho dos petroleiros (art. 9º da Lei nº 5.811/1972), cuja peculiaridade e prerrogativas da profissão impedem que qualquer analogia seja feita a ela, não há, em todo o ordenamento jurídico brasileiro, sequer uma previsão de indenização para a supressão de horas extras.

A Súmula nº 291 titula-se revisão da cancelada Súmula nº 76, que tratava da integração ao salário das horas extras cuja prestação habitual superasse dois anos. Rememoremo-la:

“76. Horas extras – Cancelado. O valor das horas suplementares prestadas habitualmente, por mais de 2 (dois) anos, ou durante todo o contrato, se suprimidas, integra-se ao salário para todos os efeitos legais.” (DJ 26.09.1978)

Com efeito, a habitualidade do pagamento de horas extras obedece ao *princípio da irredutibilidade salarial*, de onde se extrai a obviedade de que o salário não pode ser reduzido; mas, jamais a situação inusitada da paga de uma indenização³⁰.

De forma ilustrativa, merece apontamento a Súmula nº 372³¹, editada pelo TST, norteadada pelo *princípio da irredutibilidade salarial*, sobre a incidência do axioma quanto à redução e supressão da gratificação de função.

30 FARAH. Op. cit., p. 146.

31 “372. Gratificação de função. Supressão ou redução. Limites (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 45 e 303 da SDI-1). I – Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. II – Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação.” (DJ 20.04.2005)

Outros tratadistas igualmente criticam a atividade legiferante da Súmula nº 291, como se extrai dos ensinamentos do Professor Francisco Antonio de Oliveira:

“[...] Não cremos haver andado bem a mais alta Corte trabalhista, ao substituir a integração de horas suprimidas por indenização. Não que concordássemos com a Súmula nº 76, mas porque parece-nos haver verdadeira usurpação de competência legislativa quando o Judiciário, por meio de Súmula, determina o pagamento de indenização. Melhor seria que revogasse a Súmula nº 76, como efetivamente foi feito, e que a matéria passasse a ser objeto de normas coletivas, inclusive com indenizações e multas pesas em caso de desobediência, ressalvados aqueles casos em que a empresa demonstrasse a real necessidade para supressão. Todavia, preferiu-se caminho de discutível legitimidade, qual seja, o de criar indenização de um mês de horas suprimidas, para cada ano ou fração de ano igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal, substituindo-se o legislador [...]”³²

Os Professores Luiz Alberto de Vargas e Ricardo Carvalho Fraga atribuem à Súmula nº 291 do TST o adjetivo “surpreendente”, já que, a despeito de seus méritos, baseou-se em escassas decisões de instâncias inferiores, e que, ademais, o anterior Enunciado nº 76, sobre o mesmo tema, muito mais visivelmente decorria de alguma interpretação dos textos legais, entre os quais o art. 468 da CLT.

Sobre a lei que é provável *inspiradora* da Súmula nº 291 do TST, Raymundo Antonio Carneiro Pinto observa: o TST, a nosso ver, *data venia*, além de optar por um entendimento desfavorável ao empregado, também extrapolou o seu poder de intérprete da lei. Pecou pelo excesso”³³.

De fato, o que se depreende do teor da Súmula nº 291 do TST é que a Corte Superior Trabalhista se revestiu da qualidade de legislador, dando a ela, indubitavelmente, cunho legiferante.

Outro entendimento sumulado que também ilustra claramente o caráter legiferante que o TST lhe atribui é o correspondente à Súmula nº 261, *in verbis*: “261. Férias proporcionais. Pedido de demissão. Contrato vigente há menos de 1 (um) ano (nova redação – Resolução nº 121/2003, DJ 21.11.2003). O empregado que se demite antes de completar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais”.

Com efeito, mister se faz analisar a redação contida no art. 147 da CLT, cuja literalidade revela disposição diversa daquela expressa na súmula em debate.

Assim dispõe o art. 147 da CLT: “Art. 147. O empregado que for despedido sem justa causa, ou cujo contrato de trabalho se extinguir em prazo predeterminado, antes de completar 12 (doze) meses de serviço, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de conformidade com o disposto no artigo anterior”.

32 OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Op. cit., p. 742.

33 PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. *Enunciados do TST comentados*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 227. Apud FARAH, p. 147.

Em que pese a clareza contida na redação do art. 147 consolidado, insta frisar que o TST formulou, em 1986, agora antiga redação da mesma Súmula nº 261 do TST, que continha nada menos que texto direta e inequivocadamente contrário ao atual: “261. Férias proporcionais. Pedido de demissão. Contrato vigente a menos de um (1) ano. O empregado que, espontaneamente pede demissão, antes de completar doze (12) meses de serviço, não tem direito à férias proporcionais (DJ 06.11.1986”.

O Professor Gustavo Pereira Farah, ao comentar a Súmula nº 261 do TST, assinala:

“A transformação da súmula, no afã de fazer justiça a uma lei excludente de direitos, obedeceu uma construção de frágil raciocínio, na esteira de que ao tratar do empregado despedido sem justa causa, não se exclui aquele que pede demissão, pois ambos, igualmente, não recebem a pena máxima, embora esta conclusão não justifique a palavra despedido – conduta passiva do verbo despedido.

Não é por súmula que o TST pode transformar em justo, um conceito de lei que pareça e até seja injusto, sob uma concepção atual, de modo a alterar radicalmente a compreensão da letra legal (e seu próprio entendimento sumulado anterior), disposta a negar o que ela afirma, e afirmar o que ela nega.”³⁴

LINHAS CONCLUSIVAS

O presente trabalho desenvolvido conduz a inferir que o estudo das fontes do Direito figura em patamar de salutar importância, com vistas a indicar o caminho pelo qual o operador do direito trilhará, ora na busca, ora na entrega da prestação jurisdicional. A jurisprudência, compreendida como as reiteradas decisões no mesmo sentido de um Tribunal, acerca de determinada matéria, e, em determinado período, se mostra de maneira clara como um destes indicativos.

Tal ocorre pois, após diversos pronunciamentos emanados pelo Poder Judiciário, repetições desnecessárias são evitadas, até porque, é possível aos jurisdicionados anteverem qual Direito o Judiciário “dirá”, culminando, desta forma, naquilo que se considera segurança jurídica. Na seara trabalhista, tal aspecto ganha especial colorido, tendo em vista que a jurisprudência, quando consolidada através do entendimento de todas as Turmas do TST, cristaliza-se em súmulas de jurisprudência. Tais súmulas, além de assentarem como dispositivo orientador e auxiliador da técnica interpretativa, por vezes, ganha caráter normativo no que concerne a sua aplicação concreta.

Destarte, tanto aquele que bate às portas do Judiciário buscando um pronunciamento quanto aqueles que estão incumbidos e investidos na função-dever de entregar tal prestação jurisdicional podem, legitimamente, invocar os dispositivos contidos nas súmulas de jurisprudência para fundamentar suas pretensões ou decisões. Vislumbra-se, ainda, na seara trabalhista, a relevância que as súmulas representam quando da análise da impossibilidade de seguimento, é dizer, admissibilidade do denominado recurso de revista em certas hipóteses.

34 FARAH, Gustavo Pereira. Op. cit., p. 149.

Decorre disto, inclusive, o que alguns doutrinadores denominam *efeito vinculante indireto*, pois a impossibilidade de reforma, e até mesmo da apreciação da impugnação da decisão monocrática em instância superior, diante de um entendimento outrora sumulado, poderia inibir posicionamento contrário quando dos julgados emanados das instâncias originárias.

No mesmo plano de debate, a ocorrência do dito *efeito vinculante direito*, por seu turno, não seria a melhor compreensão acerca das conseqüências trazidas pela aplicação das súmulas de jurisprudência, pois não há qualquer previsão legal neste sentido. Com efeito, não é defeso às instâncias originárias julgarem de forma contrária a qualquer entendimento sumulado pelo TST, aliás, o juiz só não está autorizado a julgar contra o Direito, mas nada o impede de julgar de forma contrária a este ou aquele dispositivo, fundamentando sua decisão em consonância como o ordenamento jurídico.

Por tais aspectos, se mostra razoável alocar a jurisprudência na qualidade de fonte formal do direito do trabalho, em que pese existir respeitável entendimento contrário na doutrina pátria. Pertinente frisar, por oportuno, que tal posicionamento não se atribui ao Poder Normativo conferido à Justiça do Trabalho, o qual, a despeito de sua relevância, abarca exclusivamente as relações coletivas de trabalho.

O que se deve assentar, contudo, é a necessidade de as súmulas respeitarem os limites os quais se destinam, sob pena de ilegitimidade. Poderia, à guisa de exemplo, uma súmula contrariar a disposição literal de uma lei? É certo que somente uma análise da questão concreta autorizaria tal resposta. No entanto, é possível imaginar um texto de lei criado em um período histórico longínquo, com uma realidade totalmente diversa da atual.

A própria CLT, diploma sexagenário, foi uma consolidação de leis que ocorreu em uma época distante da qual hoje vivemos, e, por óbvio, muito se alterou a realidade dos trabalhadores. Àquela época, *ad exemplum*, sequer se cogitava o dinamismo que a rede mundial de computadores, vale dizer, a Internet, causaria nas relações econômicas e pessoais, como hodiernamente ocorre.

Nestes casos, na hipótese de advir um pronunciamento sumulado com vistas a aclarar e adequar a aplicação de uma norma à época de um julgado, certamente não haverá se falar em mácula no que concerne sua legitimidade, ao contrário, pois ocorreria, em verdade, uma exata adequação do Direito à realidade. Contudo, se determinado entendimento sumulado é inserido no ordenamento jurídico por razões meramente casuísticas, fazendo as vezes das leis, em sentido estrito, cujo nascedouro lhe foi atribuído pela Constituição Federal, ou seja, o Poder Legislativo, em razão do princípio da separação dos Poderes do Estado, não se estará diante de uma fonte do direito, mas sim de um dispositivo ilegítimo. A jurisprudência na seara trabalhista, portanto, desde que obediente aos princípios norteadores do Direito, figura como fonte formal do direito do trabalho em razão da relevância de sua aplicação aos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- CARRION, Valentim. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FARAH, Gustavo Pereira. *As súmulas inconstitucionais do TST*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho*. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Manual de introdução ao direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Manual de direito individual e coletivo de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho material e processual*. 1. ed. São Paulo: Método, 2006.
- STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência: Segurança jurídica e dever de uniformizar*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

A ESCRAVIDÃO NA LEI DE ROMA

Edgar Aparecido Santos

Maria de Lourdes Lasakowsitsck

Alunos do 1º Crédito do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista, Pesquisa Realizada sob a Orientação da Professora Aparecida Dias de Oliveira Formigoni, da Disciplina Direito Civil I.

Na civilização romana, a escravidão era aceita como algo normal e, inclusive, amparada por lei. Porém, ao contrário do que ocorria na maioria dos povos antigos, os escravos eram bem tratados e até tinham alguns benefícios; por exemplo, nas classes inferiores, era comum o casamento entre escravos e pessoas livres.

Os escravos sustinham a economia do Império, executavam diversas funções na agricultura, nas minas, nos serviços domésticos e, também, atuavam como escribas.

Eram considerados como coisas (*res*) e podiam ser negociados. Matar o escravo de alguém era, inclusive, considerado como destruição de coisa alheia. Aos poucos, em virtude da influência da filosofia grega, os escravos passaram a ser reconhecidos como homens.

A escravidão advinha de três situações principais: o filho de mulher escrava era escravo, independentemente da condição do pai; os inimigos feitos prisioneiros tornavam-se escravos; e as formas descritas no *Ius Civile*, a saber: a) os que se recusavam a servir o exército (*indelectus*); b) os que se subtraíssem às obrigações do censo (*incensus*); c) o devedor insolvente, que era vendido como escravo além do Rio Tibre (*Trans Tiberim*), fora de Roma.

A escravidão podia terminar com a Manumissão (*Manumissio*), através de cerimônias solenes e perante o magistrado (Cônsul, Pretor ou o Governador da Província). Outra forma de alforriar o escravo, segundo o Direito Romano, era o censo (*Manumissio Censu*). Apenas os homens livres constavam no censo; se o senhor inscrevesse o escravo no censo era porque queria libertá-lo. O senhor também poderia libertar o escravo através do testamento, deixando determinado que este seria livre após sua morte.

As formas de libertação dos escravos variavam de acordo com a época e a região de Roma.

No Direito Pretoriano, os métodos de Manumissão instituídos eram mais simples e menos solenes. Na *Inter Amicos*, o senhor libertava o escravo pela simples manifestação de sua vontade. O senhor também poderia libertar o escravo apenas sentando-se com ele à mesa; esta era a *Per Mensam*; ou através de uma carta ao escravo ausente, a *Manumissio Per Epistulam*, em que manifestava o desejo de libertar o escravo.

Já na época Cristã, depois de Constantino, surgiu a *Manumissio in Sacrossanctis*, pela qual o senhor declarava, na Igreja, a libertação do escravo diante dos fiéis.

Na época da República, ocorreu um grande número de alforrias. Como a mão-de-obra escrava começou a diminuir pela facilidade da Manumissão, em função disto, no início do Império, a possibilidade de manumitir foi reduzida pela promulgação de várias leis criadas para coibirem os excessos.

Fonte: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 2003.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º A Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP – destina-se à publicação da produção científica dos professores e alunos do curso.

§ 1º Serão analisadas pelo Conselho Editorial colaborações de autores externos.

§ 2º Além de artigos, outras informações de natureza jurídica poderão ser veiculadas na Revista, segundo critérios do Conselho Editorial.

DA FORMATAÇÃO DOS TEXTOS

Art. 2º O artigo submetido à Revista deverá ser elaborado em editor de texto *Word* ou compatível, segundo os critérios abaixo:

- a) mínimo de 10 (dez) e máximo de 25 (vinte e cinco) páginas;
- b) apresentação em disquete 3½ e impresso em papel A4;
- c) fonte Arial 12;
- d) espaço 1,5 entre linhas;
- e) escrito no vernáculo;
- f) páginas numeradas no alto da folha à direita, exceto a primeira;
- g) conter nome do autor à direita logo após o título;
- h) breve qualificação do autor (nome por extenso; titulação; instituição a qual está vinculado e endereço eletrônico para contato, se for o caso) logo após o respectivo nome;
- i) as notas de rodapé deverão observar seqüência numérica a partir do número 1 e estarem localizadas no final de cada página;
- j) após o nome e a identificação do autor, haverá sumário contendo (de maneira contínua e não vertical): introdução, desenvolvimento, conclusão, bibliografia;
- k) após o sumário, deverá constar resumo do artigo no máximo com 5 (cinco) linhas;
- l) após o resumo, constarão palavras-chave.

Art. 3º As abreviações, as notas de rodapé e as referências bibliográficas deverão seguir os padrões previstos pela ABNT.

§ 1º Dar-se-á preferência às citações em nota de rodapé, no formato: AUTOR, ano e página.

§ 2º As abreviações deverão ter sido precedidas, no próprio texto, de referência por extenso seguida da respectiva abreviação entre parênteses: Constituição Federal (CF).

Art. 4º A remessa do artigo deverá ser precedida de uma revisão do vernáculo, cuja responsabilidade será do próprio autor.

DA CONTRIBUIÇÃO DOS ALUNOS

Art. 5º Os alunos poderão colaborar para a revista com a inclusão de resumos de pesquisas realizadas;

§ 1º A elaboração dos textos pelos alunos deverá ser acompanhada por orientação de professor, com a indicação dos respectivos créditos logo após o nome e identificação do aluno.

§ 2º A formatação dos textos dos alunos deverá obedecer às mesmas regras atribuídas aos artigos de professores;

§ 3º Os resumos deverão conter no máximo 5 (cinco) páginas.

Art. 6º Será aceita a colaboração de artigo escrito por aluno como atividade final da participação no Programa de Iniciação Científica da FACCAMP, cumprido o respectivo regulamento;

Parágrafo único. A formatação do texto deverá observar os mesmos critérios previstos no art. 2º.

DOS TEXTOS INÉDITOS

Art. 7º A remessa do texto pelo autor pressupõe a concordância com as normas de publicação da Revista, além de significar que o texto é inédito e não está sendo submetido à apreciação de outros veículos para publicação.

Parágrafo único. Os originais não serão devolvidos.

8º O autor do artigo publicado receberá um exemplar da revista a título de direitos autorais.

Parágrafo único – a remessa dos originais pelo autor implica autorização para publicação em meio impresso e ou eletrônico.

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 9º As situações omissas ou os conflitos de interpretação serão resolvidos pelo Conselho Editorial da Revista.

Art. 10. Poderá o Conselho Editorial emitir outras normas para o aprimoramento da Revista.

FUPESP – UMA FEDERAÇÃO DE DESTAQUE

A FUPESP – Federação dos Funcionários Públicos Municipais do Estado de São Paulo, umas das maiores e mais importantes federações sindicais do País, atualmente presidida pelo Dr. Damázio Sena, foi concebida a partir da Constituição de 1988 e tem como data de fundação o dia 28 de fevereiro de 1989.

Filiada à Confederação dos Servidores Públicos do Brasil (CSPB), a Federação é uma instituição de 2º grau do campo sindical e está, atualmente, representada em 646 municípios do Estado. A entidade tem como maior objetivo a defesa dos direitos dos servidores públicos municipais. No entanto, a Federação não se limita apenas em defender os filiados. Ela luta pela melhor qualidade de vida, o acesso à educação, informação e lazer.

Com direito exclusivo de representação dos servidores públicos municipais do Estado de São Paulo, atualmente a Federação possui sede própria para atender todas as solicitações dos seus sindicalizados, o que contribui para alcançar o objetivo principal e, ainda, zelar os servidores públicos municipais das impunidades, das injustiças e da corrupção.

O que é um sindicato? Sindicato é a instituição utilizada para a organização dos trabalhadores na luta por seus direitos. É o movimento social de associação de trabalhadores assalariados para a proteção dos seus interesses. Ao mesmo tempo, é, também, uma doutrina política, segundo a qual os trabalhadores, agrupados nos seus respectivos sindicatos, devem ter um papel ativo na condução da sociedade.

A FUPESP é justamente isso: uma associação de trabalhadores. No entanto, ela busca algo mais do que apenas o dever de defender os servidores públicos municipais. A Federação capacita seus filiados por meios de cursos e seminários. Promove a educação e o lazer através de parcerias e convênios firmados entre a entidade e outras instituições.

Garante, também, o acesso à informação por meio do seu jornal, informativos e *site*. No portal da Federação, os usuários têm acesso a notícias atualizadas das ações da Federação, assuntos ligados à área sindical e política, esclarecem dúvidas, além de realizar solicitações e sugestões.

Ainda na comunicação, a FUPESP conta com a cobertura eficaz da assessoria de imprensa, que leva aos servidores públicos, por meio de informativos e do Jornal “Linha de Frente”, notícias aprofundadas, acontecimentos do período, fotos de eventos e agenda de palestras, seminários e reuniões. Todo esse empenho contribui para uma comunicação mais efetiva.

O conjunto de todas essas ações garantiu à entidade umas das premiações mais importantes do país: o Prêmio Quality, por ter desempenhado trabalho de destaque entre as entidades sindicais. A certificação é uma forma de reconhecer empresas e instituições no país pela sua atuação. Às vésperas de completar 20 anos, essa premiação valida todo esforço realizado pelos diretores ao longo da jornada.

E mais uma vez a FUPESP, pensando no crescimento e na qualificação do servidor, firmou convênio com a Faculdade Campo Limpo Paulista (FACCAMP). A parceria tem o intuito de abrir as portas do curso superior para os servidores públicos municipais. Esse convênio é mais um projeto da diretoria da instituição que vem ao encontro da filosofia da Federação. A FUPESP quer proporcionar aos servidores menos favorecidos o ingresso aos cursos universitários.