

REVISTA DA

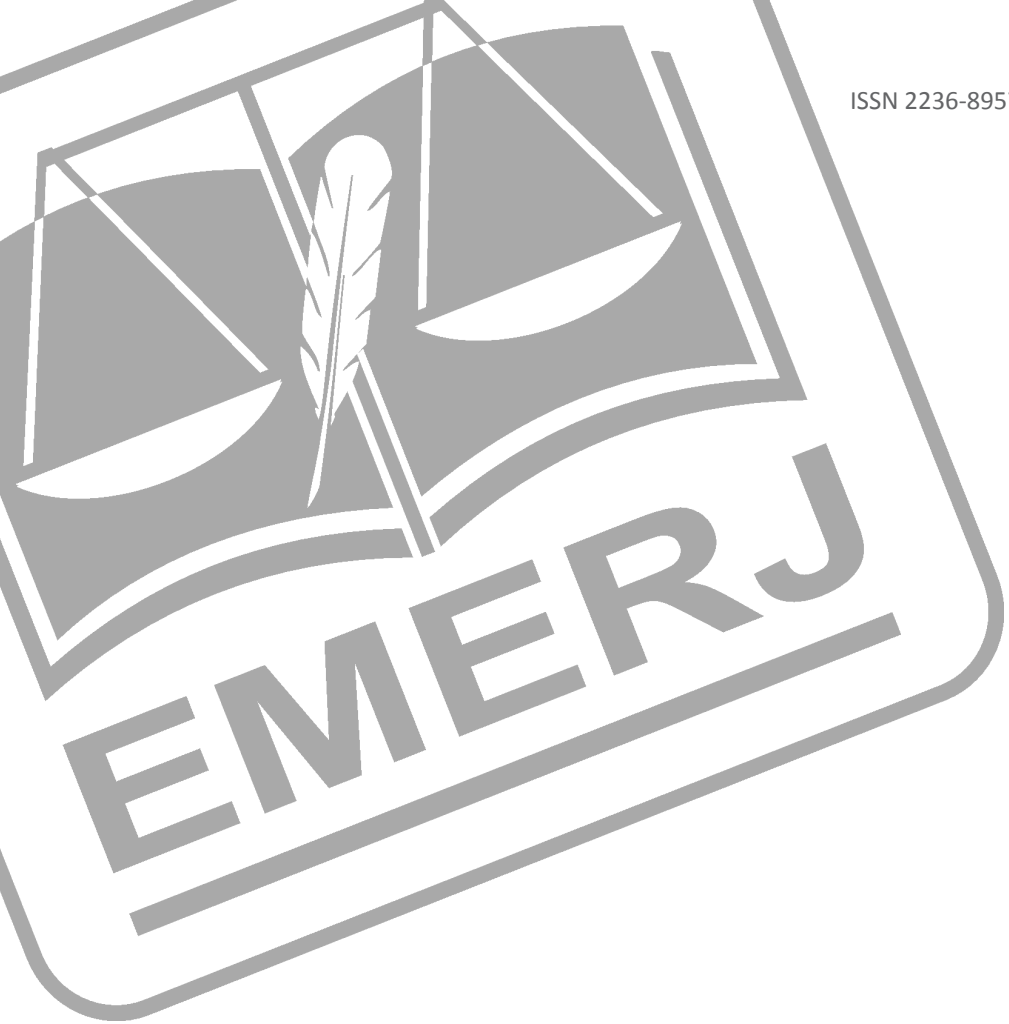
ISSN 2236-8957

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO • V. 15 • N. 58 • Abril/Maio/Junho • 2012



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

v. 15 - n. 58 - 2012
Abril/Maio/Junho

Rio de Janeiro

R. EMERJ	Rio de Janeiro	v. 15	n. 58	p. 1-292	abr-jun. 2012
----------	----------------	-------	-------	----------	---------------

© 2012 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Luiz Fux; Min. Luis Felipe Salomão; Min. Marco Aurélio Bellizze, Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Geraldo Prado.

Coordenação: Des. Leila Mariano.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Jaqueline Diniz (editoração eletrônica e capa); **Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silveiras.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -

Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

Trimestral.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090
Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365
www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da EMERJ

❖ DIRETORA-GERAL

Des^a. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano

❖ CONSELHO CONSULTIVO

Des^a. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Des. Milton Fernandes de Souza

Des. Jessé Torres Pereira Júnior

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Des. Ricardo Couto de Castro

Des. Elton Martinez Carvalho Leme

❖ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Des. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

❖ COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des^a. Elisabete Filizzola Assunção

Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes

Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas

Des. Claudio Brandão de Oliveira

Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto

Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

❖ COORDENADOR DE ESTÁGIO DA EMERJ

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos

❖ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

❖ ASSESSORA DA DIRETORA-GERAL

Donatila Arruda Câmara do Vale

- 6 | Apresentação**
- 8 | Juízes e Advogados (Entendendo a Relação)**
Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho
Sergio Tostes
- 13 | Tripartição semântica do poder e dualidade fática?**
Emerson Garcia
- 22 | A Prescrição no Direito Civil após a Lei 11.280/06**
Fábio Macedo Nascimento
- 42 | Do não cabimento do Mandado de Segurança em sede de Juizado Especial Cível (Lei 9.099/95). Precedente da Turma Recursal do Estado do Rio de Janeiro, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal: elogio ao posicionamento adotado no RE 576.847/BA**
Fernando Rocha Lovisi
- 49 | Impossibilidade de Comissão Parlamentar de Inquérito Conduzir Coercitivamente Testemunhas e Advogados para Prestar Depoimentos. Indispensabilidade de Decisão Judicial**
Flávio de Araújo Willeman
- 75 | O Tempo de Serviço sob Condições Especiais no Regime Geral da Previdência Social**
Guilherme Bollorini Pereira
- 102 | Desistência da Pretensão Recursal no Julgamento por Amostragem em Recursos Repetitivos e o Novo CPC**
Haroldo Lourenço

- 121 | O Processo Civil entra em Campo: A Coisa Julgada e o Título Brasileiro de 1987**
José Augusto Garcia de Sousa
- 190 | O Termo Inicial da Prescrição da Ação de Sonegados e Algumas Questões Práticas de Ordem Processual e Material**
Leonardo de Faria Beraldo
- 236 | Confiança e Modernidade: Uma abordagem sociológica**
Lucio Picanço Facci
- 247 | Refugiados Ambientais e sua Proteção Jurídica no Direito Internacional**
Patricia Azevedo da Silveira
- 261 | A Responsabilidade Civil da Indústria Tabagista e a Teoria do Risco Concorrente**
Vitor Guglinski
- 273 | Categorizando o Mundo: Do Discurso Secular ao Discurso Jurídico nas Varas Criminais do Rio de Janeiro**
Alexandre Neves Júnior
Beatriz Helena F. R. C. Figueiredo
Gabriela Ribeiro Fanti Nassar
Jéssica de Araujo Martins
João André Carvalho Dourado Quintaes
Letícia de Oliveira Lima
Manoela Lübe Paixão

Uma Revista em casa própria

A EMERJ está em clima de festa neste final do primeiro semestre de 2012, com aproximação da data de inauguração de sua nova e definitiva sede, o que acontecerá em 20 de julho próximo.

Vinte e três anos decorrem da regulamentação da EMERJ, através da Resolução nº 2, de 04.07.1989, do Órgão Especial do TJERJ, quando a Escola passou a desenvolver suas atividades acadêmicas em salas improvisadas nos corredores no Fórum Central e também em instalações cedidas pela UERJ - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Posteriormente se instalou na Lâmina I do 4º andar do Fórum, onde permaneceu por 16 anos – 15 dos quais a nossa REVISTA circula trimestral e ininterruptamente - e pôde cristalizar-se como referência no cenário jurídico nacional.

Em 2011 a Escola criou asas e se aventurou na primeira sede independente, no bairro Santo Cristo, na área denominada “Porto Maravilha”. Mas, nem todos seus alunos e professores, majoritariamente da área jurídica, acompanharam-na nessa sanha andarilha. Com os seus membros *docentes* e *discentes* dispersos, iniciou os primeiros passos para fazer o caminho de regresso e, desta vez, reunir a *família* numa sede definitiva. A concretização desse sonho teve seu marco em 30 de setembro de 2011, quando o Governador do nosso Estado cedeu o prédio da Rua Dom Manuel, 25, vizinho ao Fórum Central, em pleno Corredor Cultural, para abrigar a Escola.

A edificação, da época imperial, teve a construção aprovada pela Lei nº 3.141, de 30.10.1882, destinada a ser a primeira sede própria da Caixa Econômica Federal, obra que foi concluída em 26.01.1887. No século seguinte, em 1940, o edifício deixou de ser sede do estabelecimento de crédito social e nele foram instalados o Pretório e a Vara de Acidentes do Trabalho. Após obras de reforma - entre 1975 e 1979 - passou a abrigar a Procuradoria Geral do Estado – PGE que alçou voo para nova sede.

Fiel ao motivo de sua criação, como expresso no seu lema, *ab uno docere omnes*, isto é, “através um, ensinar a todos”, a Escola “aposta alto”

no seu Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura (inicialmente denominado Preparação), com horário rígido, método socrático, provas regulares e do qual saíram inúmeros juizes deste e de outros Estados, muitos dos quais hoje são desembargadores e ministros, além de promotores, defensores, advogados públicos, procuradores e demais integrantes das carreiras jurídicas. Este curso, agora em nível de pós-graduação *lato sensu*, aprovado pelo Conselho Estadual de Educação, com cerca de 1.832 horas/aula, defesa de monografia, estágio junto a diversos juízos, está em sua 45ª edição e até o momento 5.820 alunos fizeram parte de nossa história.

Com a inauguração da casa própria, a EMERJ acelera a sua trajetória de excelência no ensino jurídico, com o incremento dos cursos de Formação de Magistrados, destinados àqueles recém-empossados que permanecem por quatro meses, em dedicação integral, aprendendo, na prática, o exercício de seu mister, bem como os cursos de Aperfeiçoamento de Magistrados, credenciados junto à ENFAM, possibilitando a seus participantes a obtenção de pontuação para fins de promoção ou remoção. A EMERJ ainda seleciona e prepara os juizes leigos - auxiliares indispensáveis para os Juizados Especiais. E, atualmente, oferece os cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito do Consumidor, Responsabilidade Civil e Direito Processual Civil. Em breve serão ofertados os cursos de pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal, Constitucional, Tributário e Administrativo.

Desembargadora Leila Mariano

Diretora-Geral da EMERJ

Juízes e Advogados (Entendendo a Relação)

Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Presidente da COMCI - Comissão Mista de Comunicação Institucional do TJRJ

Sergio Tostes

Advogado, sócio da Tostes Associados e Advogados e membro da COMCI

As boas relações entre juízes e advogados são como uma viga mestra do Poder Judiciário, conforme a preciosa e sempre atual lição de Calamandrei de que as atividades de ambos são como vasos comunicantes, não se podendo elevar ou baixar o nível de uma, sem idêntico desdobramento sobre a outra.

No Brasil dos tempos modernos, o Judiciário acumulou, quase que por gravidade, a função de poder moderador. Não é, pois, por acaso que, sempre que anomalias políticas acontecem, ou se prenunciam, surgem tentativas de limitar, monitorar, ou de alguma forma influenciar a atuação do Judiciário. É fato histórico que nas horas difíceis em que o Judiciário teve seus predicamentos ameaçados, advogados e magistrados deram-se os braços. O maior exemplo de quanto, historicamente, essa atuação conjunta foi exitosa é o retorno à democracia plena, quando menos no campo formal, consubstanciada na Constituição de 1988, que muito se deve ao papel exercido por advogados e juízes, irmanados na luta pela restauração das garantias e franquias democráticas no país.

Seria tapar o sol com a peneira não reconhecer que, nos dias de hoje, essas relações estão um tanto esgarçadas. A crise no ensino do Direito, consequência da anárquica massificação das últimas décadas, a ampla mobilidade social por que estamos passando e inúmeros outros fatores estão no vértice do problema, e não serão resolvidos a curto prazo.

Mesmo porque há fatores políticos e de ordem pública que estão fora do alcance de magistrados e advogados. Mas algo deve ser feito, e a responsabilidade de fazê-lo recai sobre os ombros dos profissionais mais experimentados de ambos os setores.

Como ponto de partida, algumas premissas devem ser enfatizadas: i- magistrados e advogados devem se respeitar mutuamente; ii- magistrados e advogados devem reconhecer que não existirá Poder Judiciário socialmente eficaz sem a comunhão de esforços de ambos; iii- magistrados e advogados devem ter um indelével comprometimento com o aprimoramento da Justiça; iv- magistrados e advogados exercem funções essencialmente diferentes, mas absolutamente complementares, e cada qual tem que saber conviver com essas diferenças que, na verdade, representam uma frutuosa dialética quando alicerçadas pelo reconhecimento das próprias e recíprocas limitações.

Por óbvio, em cada segmento existem bons e maus profissionais. Os maus não servem de paradigma e devem ser levados a mudar de conduta ou, se necessário, ser afastados de suas atividades, sempre por seus pares, sob pena de contaminar suas respectivas atividades. Os bons profissionais do Direito, face ao compromisso que juraram ao escolher suas profissões, dele não podem se afastar. E, mais, em nome de seu juramento, devem laborar para que as premissas sejam permanentemente fortalecidas.

Começemos, então, fazendo nossa autocrítica: magistrados e advogados não podem aceitar e, muito menos, compactuar com o irregular, o extravagante e o excessivo. Ao proteger ou mesmo ignorar quem assim procede, estará praticando um inaceitável corporativismo. Na verdade, estará levando a efeito verdadeira autofagia. Não há que se ter receio, pois, de se insurgir contra os maus profissionais, pois essa é uma atitude de legítima defesa de nossas instituições e de suas mais assentadas raízes democráticas e republicanas. É nosso dever fazê-lo, pois desde os tempos bíblicos a maçã podre pode contaminar as boas. E o contrário, até por razões químicas, nunca acontece.

Continuemos, pelo respeito de uns pelos outros e pelo reconhecimento das diferenças. O juiz, ao exercitar sua vocação, faz uma escolha pelo servir ao seu semelhante. Em contrapartida, deve receber a remuneração justa, compatível com a função que exerce na sociedade, como

um profissional de enorme responsabilidade jurídica e social, e, como tal, ter para si e sua família o conforto merecido, descabendo a argumentação demagógica frequentemente utilizada de compará-lo com iniciantes ou jejunos em direito, face à sua notória capacitação testada em árduos concursos públicos. Muito menos com profissionais ou servidores públicos de outras áreas, que não tenham idêntica responsabilidade constitucional e legal, ou que, ainda, sejam isentos do ônus da dedicação exclusiva. A única exceção permitida ao magistrado é o magistério superior que, em geral, remunera com acintosa parcimônia, por não ser de interesse imediato da magistratura, mas sim uma forma de suprir notória carência de quadros na atividade docente, ainda mais em um país de dimensões continentais como o nosso. Enfim, a remuneração deve propiciar ao magistrado uma vida segura e estável que lhe permita total independência no exercício de seu mister.

Já o advogado, como profissional liberal autônomo, ou mesmo como empregado, exerce uma atividade de risco. O compromisso com a ética e os bons princípios deverá estar sempre presente como primado inafastável para juízes e advogados. Exercendo atividade de risco, ao advogado, embora tal se constitua exceção à regra geral, é possível atingir patamares remuneratórios mais elevados do que aqueles dos juízes. No entanto, na maioria das vezes, o advogado passa por dificuldades imensas, tanto financeiras quanto para o bom exercício da profissão. Nem magistrados nem advogados podem ignorar essas peculiaridades e comparar situações que não são comparáveis. Alguns magistrados, por vezes, se sensibilizam negativamente quando advogados recebem remunerações substanciais, em especial as verbas sucumbenciais, mas deixam de levar em consideração que a parte oponente, apesar de todo engenho e arte que empreendeu, recebeu quase nada ou, muitas vezes, literalmente nada. E mais, a verba remuneratória diz respeito a muitos anos de trabalho intenso e, como usual, é dividida entre os vários profissionais que atuaram na questão. Essa é a álea inerente à advocacia que não está presente no exercício da magistratura.

O respeito de parte a parte é a chave mestra. Da parte do advogado, saber que sua questão, por mais importante que lhe pareça, não é a única sob responsabilidade do magistrado. Saber que a urgência de seu cliente, por si só, não tem o condão de alterar as prioridades gerais. Saber

que o magistrado precisa bem entender suas postulações, que, para tal, devem ser claras, diretas e objetivas. Saber que, ao fim e ao cabo, o que lhe compete é demonstrar qual é o melhor direito aplicável aos fatos em discussão, e que o magistrado exercerá seu livre convencimento sobre o que lhe foi apresentado. Não gostou do entendimento do juiz? Interponha o recurso cabível, e exponha, de novo, sua argumentação. O duplo grau de jurisdição, insculpido na Constituição Federal, é um dos pilares da democracia.

Da parte do magistrado, aplicar a si todos as regras que deseja sejam obedecidas pelos advogados, tais como ser pontual, estar disponível no seu local de trabalho, assumir o comando da execução dos procedimentos atribuídos àqueles que com ele trabalham, seja na sua assessoria, nas secretarias ou nos cartórios. Nunca perder a noção de que os advogados representam clientes, partes que veem a Justiça exclusivamente pelo ângulo do que acontece naquele seu processo específico. E, principalmente, não ter receio de receber e ouvir as ponderações dos advogados. Ouvir os advogados oponentes, juntos ou separadamente, muito ao invés de lhe dificultar o trabalho, vai ajudá-lo a melhor entender a questão. Um antigo magistrado conhecido e respeitado, além de seu sólido conhecimento jurídico e humanístico, pela lhanza uniforme de trato a colegas, advogados, membros do Ministério Público e, principalmente, serventuários, diz que de tanto receber advogados, face a face, aprendera que lhe era possível melhor avaliar quem estava representando o bom direito. Reconhece, enfim, que o contato pessoal muito o ajudou em sua carreira.

Não podem ser esquecidos, nessa ressonância quase magnética das paixões forenses, o Ministério Público (advogado da sociedade no painel de 1988), a Defensoria Pública (advogada dos que, em grande contingente humano, se apresentam como hipossuficientes econômicos), as Procuradorias dos diversos entes públicos (vale dizer, os advogados da União, dos Estados e dos Municípios) e os serventuários judiciais (que têm sobre seus ombros a tarefa de carregar a pedra de Sísifo colina acima, sempre em número diminuto para o geométrico crescimento da demanda judicial), cada qual com seu papel inconfundível nesse panorama da cena judiciária.

Enfim, sem nenhum desdouro aos demais personagens do mundo jurídico, e numa linguagem quase crua, o futuro da Justiça no nosso país depende, em dimensão substancial, do comportamento e do exemplo de

magistrados e advogados. Somos parceiros numa empreitada que as circunstâncias dos dias atuais nos apresentaram: o Poder Judiciário é o portão de entrada para o país mais justo, seguro e forte que desejamos para nossos filhos e netos. E o encargo está em nossas mãos, juízes e advogados, protagonistas na luta para a efetividade dos direitos fundamentais e das garantias outorgadas pela Carta da República. Em suma, justiça e democracia são irmãs gêmeas, e, como na velha parábola, juízes e advogados não estão apenas colocando tijolo sobre tijolo. Estão juntos, construindo uma catedral. ❖

Tripartição semântica do poder e dualidade fática?

Emerson Garcia

Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Education Law and Policy pela European Association for Education Law and Policy (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Membro da International Association of Prosecutors (Haia – Holanda).

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA

É sabido que a divisão das funções estatais garante a especialização e a independência no seu exercício, o que evita os conhecidos e inevitáveis males da concentração do poder. Não se trata unicamente de princípio de especificação de órgãos e funções. É, em essência, princípio de coordenação e manutenção da unidade e organicidade do Estado, mostrando-se indispensável à salvaguarda das liberdades e dos direitos individuais. Ante a inafastabilidade da divisão, a ordem constitucional disciplina as diferentes funções estatais de modo que cada uma exerça suas próprias atribuições e obedeça a esfera das demais, o que afastará a oposição de óbices recíprocos e permitirá a coadjuvação e a comunhão entre todas as funções. Pode-se afirmar que independência e harmonia não são premissas conceituais que se excluem; pelo contrário, integram-se e complementam-se.

A divisão dos poderes é o epicentro de qualquer organização estatal, fonte de equilíbrio e diretriz de concretização dos princípios fundamentais do Estado¹. Divisão mal dimensionada ou deturpada, com sobreposição de poderes ou preeminência de estruturas de poder, é fonte constante de conflitos institucionais, isso sem olvidar o próprio comprometimento do princípio democrático, consequência inevitável sempre que, por exemplo,

1 Cf. TROPER, Michel. *La Séparation des Pouvoirs et l'Histoire Constitutionnelle Française*, Paris: L.G.D.J., 1973, p. 11-16.

o Poder Legislativo seja enfraquecido nessa divisão. Cada órgão estatal deve exercer o poder na medida em que o recebeu. Como ressaltou Rui Barbosa,² “*onde se estabelece uma Constituição, como delimitação da autoridade para cada um dos grandes poderes do Estado, claro é que estes não podem ultrapassar essa autoridade, sem incorrer em incompetência, o que em direito equivale a cair em nulidade. Nullus est major defectus quam defectus potestatis*”.

É recorrente, na técnica constitucional, a utilização de cláusulas distributivas para a partição de competências entre as estruturas estatais de poder. A outorga de competência a uma estrutura importa a sua correlata interdição às demais. Como é recorrente no direito norte-americano, “*the powers confided to one department cannot be exercised by the other.*” Nesse particular, a utilização de cláusulas negativas não é nada usual (v.g.: ao Legislativo é defeso julgar; ao Judiciário, legislar etc.). Quando muito, verificada a possibilidade de a interpretação constitucional alcançar conteúdos ampliativos ou de a legislação infraconstitucional incursionar na matéria, são utilizados alguns advérbios de reforço, tais como “*privativamente*” e “*exclusivamente*”. Ressalte-se que o emprego desses advérbios em algumas passagens do texto constitucional não deve legitimar todo e qualquer argumento *a contrario*, de modo a não visualizar privatividade ou exclusividade de competências em situações ínsitas e indissociáveis do sistema. Esses advérbios, quando contemplados, refletem um *plus*, não um *minus* em relação às disposições constitucionais que não os contemplaram.

Para que as distintas estruturas orgânicas coexistam de modo harmônico é necessário que cada uma delas respeite a esfera de competências das demais e, quando, por imposição constitucional, devam interagir, o façam com zelo e respeito mútuos, sempre com o espírito de colaboração, jamais de confronto ou concorrência. No *Federalist* nº 47,³ Madison observava que “*a acumulação de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos, não importa se de um, alguns ou muitos, ou se hereditário, escolhido ou eleito, pode ser considerada a melhor definição de tirania*”. Reconhecia, no entanto, que, apesar de separados, os

2 *Commentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires, v. I, “Das Disposições Preliminares”, São Paulo: Saraiva & Cia., 1932, p. 8.

3 HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. *The Federalist*. New York: Barnes & Noble Classics, 2006, p. 267.

poderes não atuam de forma isolada, sendo necessária a existência de mecanismos de supervisão e de pressão entre eles, condição indispensável à manutenção do equilíbrio. No *Federalist* nº 51⁴ acresceu que os diversos departamentos do governo devem ser divididos e organizados “*de modo que cada um possa ser o controlador do outro*”. É o sistema dos *checks and balances*.

Com o objetivo de garantir a integridade dos fins do aparato estatal e a pureza dos meios utilizados pelas funções constituídas, são estabelecidos mecanismos de integração entre elas, o que permite a implementação de um sistema de controle recíproco e o legítimo exercício de atividades anômalas, ontologicamente pertencentes a determinada função, mas constitucionalmente outorgadas a outra. É o denominado sistema dos freios e contrapesos (*systeme de freins et de contrapoids* ou *checks and balances*), que busca proscrever o arbítrio e a tirania, práticas deletérias que se veriam condicionadas ao improvável conluio entre autoridades independentes e que apresentam um certo grau de interpenetração em suas atividades. Desse modo, tem-se um sistema de controle mútuo (“*Le pouvoir arrête le pouvoir*”) que preserva a harmonia norteadora da coexistência das diferentes funções estatais. Como acentuado pelo Tribunal Constitucional alemão, o objetivo é tornar o Estado moderado e proteger a liberdade dos indivíduos (“*die Staatsmacht gemäßigt und die Freiheit des Einzelnen geschützt wird*”)⁵ Ainda releva observar que nenhuma função pode fiscalizar as demais sem ser fiscalizada, pois “*qui custodit custodem?*”.

Apesar das inegáveis contribuições de Aristóteles⁶ e Locke,⁷ a honra maior dessa sistematização coube a Montesquieu,⁸ que, esmiuçando as instituições inglesas, demonstrou, cabalmente, a necessidade de a divisão funcional do poder ser associada à divisão orgânica, de modo que as distintas funções não possam ser exercidas pelo mesmo órgão. Essa divisão, em sua expressão mais simples, indica que o Poder Legislativo (*die Gesetzgebung*) edita a lei a ser observada por todos; o Poder Executivo (*die vollziehende Gewalt*) cumpre os seus comandos, praticando os

4 *Op. cit.*, p. 287.

5 *BVerfGE* 9, 268/279f.

6 **A Política**, trad. de FERREIRA, Roberto Leal. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 127 e ss..

7 **The second treatise of government: essay concerning the true original, extent and end of civil government**, 3ª ed., Norwich: Basil Blackwell Oxford, 1976, §§ 143 a 148.

8 **De L'Ésprit des Lois**, *Tome 1^{er}*. Paris: Garnier Frères, 1949, p. 163 e ss..

atos administrativos necessários à realização desse objetivo, e o Judiciário (*die Rechtsprechung*) julga, em caráter definitivo, os conflitos de interesses que sejam submetidos à sua apreciação.⁹ Há, nesse caso, uma divisão horizontal do poder, isso por estarem os diferentes órgãos em posição de igualdade, não sendo divisada qualquer hierarquia ou absorção, somente existindo uma relação de dependência entre eles nas hipóteses indicadas na ordem constitucional. Com isso, busca-se estabelecer condicionamentos recíprocos de modo a preservar o equilíbrio institucional e a obstar o surgimento do arbítrio.

Ainda sob a ótica horizontal, também seria possível falar, ao menos teoricamente, em divisão “*flexível*” (v.g.: o modelo parlamentar europeu) e em divisão “*rígida*” (v.g.: o modelo presidencial americano), o que, respectivamente, corresponderia, ou não, à capacidade de destruição recíproca do Legislativo e do Governo: com a dissolução da Assembleia ou a censura do Governo.¹⁰ Esse modelo, evidentemente, apresenta inúmeras nuances quando transposto para a realidade, o que inviabiliza a formação de arquétipos rígidos a seu respeito. De qualquer modo, é inegável que o princípio da divisão dos poderes apresentará contornos que variarão conforme os sistemas de organização do poder político: sistemas parlamentar, presidencial e a variante do semi-presidencialismo, que tenderá a se aproximar de um ou outro.

Pois bem, a Constituição brasileira, ao menos no plano semântico, adotou, em seu art. 2º, a tripartição do poder. O problema é que, após a reconstrução democrática do País, estamos caminhando, a passos largos, rumo a um sistema dual, sem o Poder Legislativo. O objetivo dessas breves linhas é simplesmente o de chamar a atenção para a existência do problema e, quem sabe, despertar o interesse da classe política brasileira para a necessidade de enfrentá-lo.

2. A EXISTÊNCIA MERAMENTE SEMÂNTICA DO PODER LEGISLATIVO BRASILEIRO

Observa-se, inicialmente, que padecemos de males semelhantes àqueles vivenciados por incontáveis Estados contemporâneos, sendo o principal deles a substituição da tensão dialética, de natureza institucional,

9 Cf. JARASS, Hans D. e PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*. 10 ed., München: C. H. Beck, 2009, p. 487.

10 Cf. FAVOREU, Louis, GAÏA, Patrick, GHEVONTIAN, Richard, MESTRE, Jean-Louis, PFERSMANN, Otto, ROUX, André e SCOFFONI, Guy. *Droit Constitutionnel*, 6ª ed., Paris: Éditions Dalloz, 2003, p. 339.

entre “Legislativo e Executivo”, pela contraposição, de natureza partidária, entre “bloco de governo e bloco de oposição”, o que termina por anular qualquer postura independente do Legislativo quando o partido alçado à Chefia do Executivo (com a colaboração dos partidos aliados) nele também se instala e assume caráter dominante.

Enquanto a expressão “*partido político*” indica o conjunto de pessoas, dotadas de semelhanças ideológicas, que se reúnem para conquistar e manter o poder, o designativo “*partitocracia*” (*Parteienstaat* para os alemães, *Stato di Partiti* ou *Partitocrazia* para os italianos) significa, em sentido lato, “*o governo dos partidos*”¹¹ As decisões já não são mais tomadas pelos parlamentares, mas, sim, pelos dirigentes dos seus partidos, cuja influência é diretamente proporcional à sua falta de visibilidade para a opinião pública. Quando ocupam cargos no governo e são flagrados em escândalos de corrupção, retiram-se e passam a atuar nos bastidores, influenciando as decisões do partido, de modo que possam voltar ao poder em momento político mais favorável. As instituições, com isso, deixam de ser o epicentro estrutural do poder, cedendo lugar aos partidos políticos, que dominam a cena política e absorvem as instituições.

Além dos problemas sistêmicos inerentes a qualquer democracia, o nosso sistema tem sido campo fértil ao florescer desse vício. Basta lembrar que teimamos em atribuir funções legislativas ao Poder Executivo.

No passado, tínhamos os “*decretos-lei*”: decretos por emanarem do Executivo, lei por tratarem de matérias que o direito público contemporâneo têm tradicionalmente outorgado às câmaras legislativas e por terem força derogatória sobre as normas legais preexistentes. Não obstante a similitude semântica, essa espécie normativa sempre assumiu, no continente latino americano, especificidades que a distinguiam de outros paradigmas de análise. Na sóbria constatação de Giuseppe Viesti,¹² nos regimes democráticos, os decretos-leis sempre tiveram a sua difusão associada aos sistemas de governo do tipo parlamentar, caracterizados pela relação de confiança existente entre os órgãos executivo e legislativo, de modo que a vontade externada pelo primeiro era vista como o entendimento do último; nos sistemas presidenciais, por sua vez, reservava-se o seu uso às situações particularíssimas, que “*integram os extremos da mais absoluta necessidade e urgência*”, como aquelas que colocam em

11 FERNANDEZ DE LA MORA, Gonzalo. *La Partitocracia*. Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1977, p. 149.

12 Viesti, Giuseppe. *Il decreto-leggi*. Napoli: Jovene, 1967, p. 13-20.

risco “a independência nacional, a integridade do território, o funcionamento das instituições constitucionais e a execução de tratados internacionais”; na forma de governo do tipo monárquico, em franco desuso na atualidade, o decreto-lei era uma opção natural para o soberano absoluto que consentiu com a presença de uma assembleia representativa. O autor italiano ainda observa que, após o segundo conflito mundial, o denominado Estado autoritário, caracterizado pela concentração de poderes, teve franca expansão, sofrendo posterior retração face ao reconhecimento da democracia enquanto ideal universal e à crescente proteção aos direitos humanos.

A Carta ditatorial de 1937 foi responsável pela introdução dos decretos-lei no direito brasileiro: entre 1937 e 1946 foram publicados 9.908 Decretos-Lei, a quase totalidade pelo Presidente Getúlio Vargas, alguns poucos pelo Presidente interino José Linhares (outubro de 1945 a janeiro de 1946), isto após a queda de Vargas, e outros pelo Presidente eleito Emílio Gaspar Dutra (fevereiro a setembro de 1946). Os Decretos-Lei ressurgiram com o Golpe de 1964, tendo ornado a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/1969, perdurando até a Constituição de 1988. Não é necessário um aguçado espírito científico para se constatar que, no Brasil, sempre que a democracia se fez ausente, o decreto-lei emergiu com inegável vigor.

No último período em que adotado no constitucionalismo brasileiro, o Decreto-Lei, após a sua edição e imediata entrada em vigor, era submetido à apreciação do Congresso Nacional, que deveria apreciá-lo em 30 dias, prazo posteriormente prorrogado para 60 dias, isso sob pena de aprovação pelo decurso do prazo. Esse sistema foi modificado pela Emenda Constitucional nº 22/1982, passando a ser imperativa a inclusão, do decreto-lei, na ordem do dia, nas dez sessões subsequentes, em dias sucessivos, sempre que não tivesse sido aprovado no prazo de 60 dias. Se, ao final dessas sessões, não fosse apreciado, seria considerado aprovado. Apesar da limitação das matérias passíveis de serem reguladas por Decreto-Lei (segurança nacional, finanças públicas, incluindo normas tributárias, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos – EC nº 1/1969, art. 55, I a III), o Supremo Tribunal Federal realizava um controle meramente empírico, o que estimulava o Executivo a dispensar interpretação extremamente ampla aos conceitos constitucionais, estendendo em demasia o potencial expansivo dessa espécie normativa.

Após a reconstrução democrática do País, o que era estranho à democracia foi por ela referendado, desta feita com o pomposo nome de “*medida provisória*”: medida por ter alguma funcionalidade, provisória por ter eficácia por apenas trinta dias e estar sujeita à posterior rejeição pelo Legislativo. Face à ausência de restrições em relação às matérias passíveis de serem reguladas por esse instrumento, à inércia do Legislativo em apreciá-las e à inacreditável inexistência de limites para a reedição da mesma medida provisória, o resultado foi catastrófico: em pouco mais de uma década foram editadas milhares de medidas provisórias, algumas delas reeditadas quase uma centena de vezes, não raro com alterações no texto anterior, o que causava calafrios no mais dedicado dos operadores do direito. Afinal, como transitar nesse manancial de medidas definitivas, ditas provisórias? Para “amenizar” esse “pequeno problema”, que faria melhor figura num anedotário, não na ordem constitucional de um Estado Democrático de Direito, foi promulgada a Emenda 32/2001, a qual, longe de extinguir o cancro, aplicou-lhe alguns poucos lenitivos: excluiu algumas matérias do alcance das medidas provisórias; eliminou a possibilidade de reedição, permitindo, apenas, a prorrogação de sua vigência por sessenta dias no caso de inércia do Congresso; e estabeleceu uma consequência para o caso de não apreciação pelo Legislativo, o sobrestamento da pauta. Como o Executivo continuou a editar medidas provisórias e o Legislativo continuou lento, o resultado foi o trancamento da pauta – somente a partir de 17 de março de 2009 o Legislativo passou a adotar o entendimento de que o sobrestamento alcançava, apenas, as deliberações que versassem sobre matérias passíveis de serem reguladas por medida provisória, decisão que foi monocraticamente mantida no âmbito do Supremo Tribunal Federal (MS nº 27.931-1/DF, rel. Min. Celso de Mello). Para “compensar” as concessões ao regime democrático, a reforma constitucional manteve em vigor, indefinidamente, todas as medidas provisórias editadas até o seu advento.

Não bastasse a anomalia das medidas provisórias, é difícil imaginar que o Legislativo brasileiro volte a protagonizar episódio semelhante ao *impeachment* do Presidente Collor. Na atualidade, a mera convocação de um Ministro de Estado para prestar esclarecimentos já se transforma em uma odisseia. Com o domínio do bloco de governo, raramente se aprova o que não convém ao Presidente da República.

Nas poucas ocasiões em que o avassalador predomínio do Poder Executivo não se impõe sozinho, as dificuldades existentes (ou propositalmente criadas) não são superadas com os olhos voltados à satisfação do interesse público. O objetivo, quase sempre, é negociar a aprovação de matéria de interesse do bloco de oposição ou atender à voracidade das legendas partidárias no preenchimento do elevado quantitativo de atraentes cargos em comissão e funções de confiança que, tal qual arroz em época de chuva, brota em todos os rincões do nosso País. Basta lembrar, por exemplo, que o salário anual dos diretores da Petrobras se aproxima de um milhão de reais. Outra prática comum é a apresentação de emendas ao orçamento, igualmente “negociadas” com o Executivo, para a canalização de recursos aos nichos eleitorais dos aliados de plantão.

Acresça-se que Ministros de Estado e Secretários Estaduais, Distritais ou Municipais, bem como chefes de missão diplomática temporária, podem ser recrutados, pelo Executivo, no seio do Congresso Nacional. Em *terra brasilis*, ainda não aprendemos o que franceses e norte-americanos aprenderam já no final do século XVIII: é incompatível o estatuto do congressista com o exercício de funções inerentes ao Executivo. E porquê? Há muito respondeu o clássico João Barbalho:¹³ porque constitui “*uma barreira contra a corrupção pelo poder executivo*”. De acordo com o sistema vigente, apesar de o povo escolher os parlamentares, estes, caso escolhidos pelo Executivo, cedem lugar a outros parlamentares, que recebem um quantitativo de votos inferior e que ostentam, por conseguinte, menor prestígio junto ao povo. E se o Parlamentar escolhido for um Senador, a situação ainda é mais grave: assumirá o suplente, normalmente um parente ou compadre do eleito, cuja identidade raramente é conhecida pelo eleitor, mas que teve a feliz oportunidade de compor a chapa do Senador, sempre eleito com dois suplentes.

3. EPÍLOGO

A situação atual, por certo, é muito atrativa para o fisiologismo de inúmeras legendas partidárias e de não poucos parlamentares, atraídos que são pelas benesses do Executivo. Espera-se, no entanto, que os parlamentares sérios do Legislativo brasileiro, pertençam, ou não, ao “bloco

13 *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*. Rio de Janeiro: Companhia Litho-Typographia, 1902, p. 72.

de oposição”, consigam frear a nossa jornada, aparentemente sem volta, rumo à bipartição do poder. Enquanto isso, as negociatas prosseguem (*é dando que se recebe...*) e o nosso Congresso Nacional continua a esfacular a sua imagem junto à opinião pública, opção sempre perigosa quando lembramos que a ditadura há pouco findou e o nosso povo ainda carece de uma verdadeira consciência democrática. ❖

A Prescrição no Direito Civil após a Lei 11.280/06

Fábio Macedo Nascimento

Advogado no Estado do Rio Janeiro. Ex-aluno da EMERJ. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Universidade Estácio de Sá e EMERJ.

RESUMO

Com o advento da Lei nº. 11.280/06, o legislador fez inserir o § 5º ao art. 219 do Código de Processo Civil, no qual se previu que o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição. A inovação também revogou o art. 194 do Código Civil, que dispunha exatamente o contrário. Diante de tantos assentamentos consolidados acerca da prescrição, a alteração trouxe a preocupação doutrinária de como explicar a possibilidade de o juiz reconhecer de ofício a prescrição, já que se trata de instituto que sempre fora pautado em bases privatísticas.

INTRODUÇÃO

Nos quase cem anos de vigência do Código Civil de 1916, doutrina e jurisprudência jamais chegaram a um consenso sobre a identificação dos casos de prescrição e de decadência. Entretanto, conseguimos ao longo dos tempos desenvolver conceitos e atribuir efeitos a tais institutos, de modo que a partir das diferenças vislumbradas se pudesse melhor efetuar o trabalho de identificação dos casos práticos.

Quando as divergências acerca da matéria pareciam definitivamente desaparecer, notadamente porque o *novel* legislador do Código Civil de 2002 ajudou a delinear um método para não haver dúvida quanto à espécie de prazo, a Lei nº. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, ao revogar o art. 194 do atual Código Civil e inserir o art. 219, § 5º no Código de Processo Civil, acabou causando perplexidade a toda comunidade jurídica diante do temor de um grande retrocesso na elucidação das questões atinentes aos institutos da prescrição e decadência. Isso porque tais dispositivos colocaram em xeque ou pelo menos abalaram muitos daqueles conceitos

e efeitos que até então tinham servido como parâmetro para dirimir as controvérsias. O presente trabalho, nessa linha, adota como tema central justamente o tratamento das alterações trazidas pelo legislador da Lei nº. 11.280/06 ao instituto da prescrição no direito privado.

Com a nova possibilidade de o juiz reconhecer de ofício a prescrição, parte da argumentação utilizada para diferenciar os institutos pareceu, a princípio, entrar em colapso, o que fez surgir contradições no sistema. Diante disso, alguns defendem que, não obstante a alteração, nada mudou efetivamente nas bases de sustentação teórica dos institutos, enquanto outros vislumbraram a tese de profunda revisão nos conceitos até então conhecidos. Portanto, importante definir as vantagens e os contrassensos advindos com a Lei 11.280/06, até mesmo para se saber como a comunidade jurídica brasileira deve se posicionar para uniformizar as novas propostas processuais. A depender do posicionamento adotado, várias e diferentes implicações surgem ao desenvolvimento processual, sendo certo que numa ou noutra linha pode-se estar a reduzir princípios de ordem constitucional, como o da efetividade do processo e de sua celeridade enquanto garantia ao jurisdicionado, bem como o do contraditório e o da demanda.

A DOGMÁTICA DA PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Todo diferencial estabelecido entre prescrição e decadência sempre se pautou no fato de que a prescrição esteve a serviço de um interesse privado da parte beneficiada pela inércia, ao passo que a decadência a serviço eminentemente do interesse público de não eternizar um direito de opção.

Com a prescrição, o legislador visava a consolidar um estado de fato, transformando-o em estado de direito, ao passo que a decadência sempre significou limitar no tempo a possibilidade de exercer um direito que modificaria uma situação jurídica. Daí que a decadência seria, portanto, decorrente da inobservância de um ônus de observância peremptória de um termo, no exercício de um direito potestativo; e a prescrição, a falta do exercício do direito subjetivo violado em certo tempo¹.

Mas a distinção mais importante adveio dos Direitos alemão e suíço, quando colocaram a prescrição no terreno da extinção da pretensão, e a decadência, no da extinção do próprio direito. Por consequência, o direito

1 AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.562/563.

material sempre considerou a prescrição como insuscetível de aplicação *ex officio* pelo juiz², ao contrário da decadência, que, estabelecida por lei, deverá sempre o juiz conhecê-la de ofício.

Quanto à natureza da ação, a prescrição só poderia ensejar uma ação condenatória, já que se fala numa relação em que o credor exigiria a reparação do seu direito subjetivo violado pelo devedor inadimplente, enquanto a decadência decorreria de uma ação constitutiva, vez que o direito potestativo permite a criação de uma nova situação jurídica a partir da opção manifestada por seu titular.

E, por fim, vale dizer que sempre foi pacífico que a decadência não se suspende ou se interrompe, operando-se de maneira fatal, atingindo irremediavelmente o direito, ao passo que a prescrição envolve matérias fáticas que fazem suspender ou interromper o seu curso³, o que enseja a participação ativa das partes de modo a esclarecer sobre eventuais suspensões e interrupções no prazo extintivo por questões de ordem fática.

A EVOLUÇÃO COM O CÓDIGO CIVIL DE 2002

O velho Código de 1916 trazia no artigo 178 vários prazos sem fazer distinção se se tratava de prazo decadencial ou prescricional. Já o

2 O art. 194 do Código Civil de 2002, ora revogado, dispunha que “o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”.

3 Código Civil Brasileiro de 2002

Art. 197. Não corre a prescrição:

- I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;
- II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;
- III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Art. 198. Também não corre a prescrição:

- I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;
- II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;
- III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:

- I - pendendo condição suspensiva;
- II - não estando vencido o prazo;
- III - pendendo ação de evicção.

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

- I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;
- II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;
- III - por protesto cambial;
- IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;
- V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
- VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

novo código referiu-se a dois artigos (205 e 206) que, claramente, contêm todos os prazos prescricionais. Portanto, o que estiver fora desses artigos será prazo decadencial. Com essa técnica legislativa mais moderna, evoluímos ao ponto de que a importância da diferenciação entre direito subjetivo e direito potestativo não mais se fazia necessária, pois essa diferenciação era utilizada para saber se se tratava de um tipo de prazo ou de outro. Agora, já havendo dispositivos que digam expressamente por quais direitos cabe prescrição, não seria mais preciso ficar diferenciando o que é direito subjetivo e o que é direito potestativo.

Ainda assim, o novo código firmou de uma vez por todas a conceituação da prescrição como a perda da pretensão⁴, não deixando mais qualquer dúvida sobre se saber se a prescrição atingiria o próprio direito ou a pretensão. Enquanto a prescrição conduz à extinção da pretensão, a decadência provoca diretamente a extinção do próprio direito material da parte. Correção, contudo, há de ser feita quando se afirma grosseiramente que a prescrição faz extinguir a pretensão pelo decurso do tempo, afinal, ela apenas atribui ao devedor a faculdade de que possa ele alegá-la, por meio de defesa (exceção), para provocar a neutralização da pretensão exercida pelo credor. Assim, o que inibe a pretensão, de tal sorte, é a exceção de prescrição e não propriamente a prescrição.

Por outro lado, a simples consumação do prazo de aperfeiçoamento da prescrição não faz desaparecer o direito subjetivo, e tampouco anula a pretensão dela emergente, enquanto o obrigado não fizer atuar a exceção respectiva. Simplesmente se conferiu ao devedor uma defesa especial, exercitável em nome da conveniência jurídica de não eternizar as disputas em torno de obrigações que permaneceram inexigidas durante longo tempo⁵. É por isso que Barbosa Moreira, com sua notória acuidade jurídica, conclui que “a prescrição não subtrai arma alguma ao credor: cinge-se a fornecer ao devedor um escudo, do qual se poderá servir-se ou não, a seu talante”⁶.

4 CC/02. Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular da pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206.

5 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As Novas Reformas do Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.57.

6 MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O Novo Código Civil e o Direito Processual” in **Revista Forense**, v. 364, p.186, *apud* THEODORO JÚNIOR, *op.cit.* p. 58.

A LEI 11.280/06: PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO

A prescrição sempre foi matéria reservada para arguição em defesa, pelo devedor, somente havendo permissão para decretação *ex officio* no caso de direitos não patrimoniais. Portanto, sempre se explicou a inadequação da regra *iura novit curiae* pela circunstância de que a prescrição não é tema apenas de direito, pois envolve necessariamente matéria de fato, razão pela qual pertence exclusivamente às partes.

Deixando de ser oposta a respectiva exceção, não cabia ao juiz a discricionariedade de apreciá-la *ex officio*.

Sem embargo de todo esse longo e laborioso esforço para clarear e precisar a natureza e a linha de separação entre as duas categorias de direito material, em atitude revolucionária, o legislador da Lei nº. 11.280/06 introduziu as seguintes inovações em termos de prescrição:

a) alterou o § 5º do art.219 do CPC, dando-lhe o seguinte enunciado: *“O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”*.

b) Revogou o art.194 do Código Civil, cujo texto dispunha: *“O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz.”*

Segundo Humberto Theodoro Júnior, o propósito da reforma, de acordo com a Exposição de Motivos do respectivo projeto legislativo, foi claramente o de permitir ao juiz decretar de ofício a prescrição, sem necessidade de provocação das partes, em qualquer caso. Com isso, aproximar-se-iam muito os conceitos de prescrição e decadência, já que deixaríamos de perquirir se o direito abarcado no reconhecimento da prescrição tutelava interesse exclusivamente privado.

A alteração trouxe a preocupação doutrinária de como explicar a possibilidade de o juiz reconhecer a prescrição de ofício, já que ela é instituída com vista a interesses particulares. Com efeito, se algo é construído em bases privatísticas é porque as partes interessadas podem livremente dispor, senão seria deixado ao interesse público. Se as partes podem livremente dispor de seus interesses privados, a princípio não seria coerente que o juiz lhes retirasse a possibilidade de escolher o rumo de seus direitos.

Ademais, passaríamos a entender que a prescrição no direito civil não ataca mais a pretensão, mas o próprio direito material, uma vez que o juiz, ao decretá-la de ofício, retiraria da parte adversa a possibilidade de

fazer remanescer a obrigação a título natural acaso a parte beneficiada pela prescrição não alegasse. Ou seja, será que o juiz poderia se imiscuir a tal ponto na autonomia da vontade daquele que por questões particulares preferiria renunciar à prescrição para discutir a questão? Isso de alguma forma não afetaria o contraditório cooperativo?

Como conferir ao juiz a decretação da prescrição de ofício, antes da manifestação do titular da pretensão, se somente este tem condições de invocar e demonstrar a ocorrência de alguma causa de interrupção ou suspensão da possível prescrição? Porque será que o legislador não fez a opção de revogar expressamente o art.191 do Código Civil, já que esse dispositivo possibilita a renúncia tácita da prescrição por parte daquele que por ela seria beneficiado? Como ele poderia renunciar a prescrição se ao juiz cabe o dever de decretá-la de ofício?

Esses, portanto, são os dilemas que passaram a atormentar os civilistas e processualistas brasileiros, haja vista o enorme choque ocorrido entre o intento do legislador da Lei nº. 11.280/06 e o sistema da prescrição traçado pelo direito material.

UMA TENTATIVA REVISIONISTA

Inicialmente, vislumbrou-se uma possível alteração na dogmática até então conhecida. Chegou-se a cogitar que a discussão acerca de saber se a prescrição atinge a pretensão ou o próprio direito material é questão de política legislativa e, por isso, poderia ser transmutada de acordo com a opção do legislador.

Fredie Didier alertou para a possibilidade de que o conhecimento *ex officio* da prescrição é uma opção legislativa e não uma exigência teórica⁷, embora não tenha se filiado a uma postura revisionista. Apenas lembrou que a prescrição no âmbito dos direitos penal e tributário sempre pôde ser conhecida de ofício, justamente porque são ramos que trabalham com o direito de punir e com o direito de cobrar, não sendo razoável remanescesse, mesmo após a prescrição, alguma espécie de obrigação natural para com o jurisdicionado beneficiado pela inércia.

Daí que não se deve guardar nenhum resquício após o reconhecimento da prescrição. Por isso que não há mal algum no reconhecimento de ofício pelo juiz, pois não há mesmo porque aguardar o requerimento

7 DIDIER JR. Fredie. **Regras Processuais no Código Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

da parte interessada sob o argumento de que a parte *ex adversa* pudesse ainda se beneficiar com resquício da obrigação natural, se nem mesmo direito existirá ao final do processo.

O problema estaria, portanto, na prescrição civil, em âmbito de direito privado. O cerne é saber se o legislador pretendeu ou não inverter a opção de política para o ramo do direito privado, passando a conceber o instituto da prescrição assim como nos ramos do direito público, em que a prescrição atinge o próprio direito.

Embora seja esse o raciocínio que mais se coadunaria com as tendências modernas do processo, de maior celeridade na prestação jurisdicional e economia processual, não encontrou adesão da doutrina pátria. Isso porque processualistas e civilistas sempre defenderam um arquétipo que inviabilizaria ter a prescrição como uma causa de extinção do direito material do credor.

Pensar que a prescrição não mais atinge a pretensão, mas sim o próprio direito, seria rever toda a sistemática conhecida até agora. No direito privado, sede na qual sempre vigorou a autonomia das vontades, a política legislativa sempre fora diferente. Admitia-se que mesmo sendo patente a prescrição, só deveria ser reconhecida se de vontade do interessado.

Nada obstante, passaremos aqui a elencar alguns argumentos em favor da completa revisão sistemática da prescrição.

Em tese, nada está a impedir que, por questão de política legislativa, tenha passado a prescrição no direito privado também a atingir o próprio direito material. Como dito, a alteração proposta pela Lei 11.280/06 pode significar uma revisão da política legislativa, haja vista que o processo civil caminha a passos largos rumo a uma maior publicização. Prima-se, atualmente, cada vez mais pela duração razoável do processo, bem como pela economia processual e pela efetividade da prestação da tutela jurisdicional. Começa-se a perceber que o serviço de prestação jurisdicional oferecido pelo Judiciário nada mais é que um serviço administrativo disponibilizado aos cidadãos, e que assim deve ser visto segundo os princípios que norteiam a Administração Pública, notadamente o princípio da eficiência.

Outro ponto a ressaltar é que se o reconhecimento de ofício da prescrição atacar o próprio direito, ainda assim há de se entender que perfeitamente poderia remanescer o interesse do devedor em pagar a

dívida. Com efeito, pagá-la ou não depois de reconhecida a prescrição, seja tal instituto visto como aniquilador da pretensão, seja como do próprio direito, o que determinará o pagamento a *posteriori* será a consciência moral do devedor.

Ademais, o cotidiano do Judiciário demonstra que o suposto devedor que é beneficiado pela prescrição, na maioria dos casos, a alegaria. Afinal, se realmente estivesse inadimplente, seria enormemente beneficiado pela inércia de seu credor. Se não o fosse e por isso quisesse um provimento judicial afirmando tal condição, também estaria satisfeito, pois o provimento da prescrição é com resolução do mérito, isto é, faz coisa julgada e não importa necessariamente em reconhecimento de culpa (da dívida). Portanto, dizer que haverá devedor que não alegará a prescrição seria querer tutelar uma parcela irrisória, o que não faz sentido diante dos outros argumentos mais nobres de celeridade e economia processual.

Demais disso, quanto ao devedor que se esquecesse de alegar a prescrição e acabasse beneficiado pelo reconhecimento de ofício, nada mais se fez senão garantir-lhe que a inércia do autor de pleitear seu direito foi fatal. Ou seja, já que ambos “dormiram”, por opção legislativa, preferiu-se não socorrer aquele que dormiu primeiro – o credor. E, quanto àquele que não alegou a prescrição porque realmente achava que não poderia ser devedor e por isso queria, com o processo, tirar a limpo tal condição, que procure sua certeza nas suas convicções, pois o Judiciário não é órgão de consulta.

Com base nesse contexto de argumentos pró-revisionismo é que poderia ser cogitado de eventual revogação tácita do art. 191 do Código Civil⁸, o qual permite ainda a possibilidade de renúncia da prescrição por parte do devedor. Não faria mais qualquer sentido, diante das ideias aqui expostas, a coexistência de tal permissão, sob pena de desconfigurar a reforma pretendida com a alteração do art. 219, § 5º do CPC e a revogação do art. 194 do CC.

A MANUTENÇÃO DA VELHA SISTEMÁTICA

Pode-se dizer que a esmagadora doutrina pátria passou a defender fervorosamente a velha sistemática da prescrição contra o burburinho re-

⁸ CC/02. Art.191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumir; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

formador que surgia, criticando com veemência a atitude do *novel* legislador ao instaurar a possibilidade de conhecimento de ofício pelo juiz.

Humberto Theodoro Júnior falou em “enorme estrago que a açodada lei processual reformadora poderia acarretar no sistema material da prescrição”; Elpídio Donizetti disse “que nenhum juiz, em sã consciência, aplicará tal regra, porquanto fere princípios que norteiam a atividade jurisdicional, sobretudo o princípio da inércia”; outros doutrinadores foram menos radicais, apenas sugerindo soluções que compatibilizariam a reforma envidada com o sistema clássico reconhecido.

Como ponto nodal dessa visão conservadora e tradicionalista, destacamos como argumento inicial o fato de que o art. 194 do Código Civil, agora revogado, não criava privilégio para o devedor nem benesse para o credor, tampouco restringia aleatoriamente os poderes do juiz, ao vedar sua iniciativa em matéria de aplicação dos efeitos extintivos da prescrição. A interdição do decreto *ex officio* da prescrição decorria, lógica e necessariamente, da própria natureza do instituto, isto é, daquela mesma natureza que lhe conferia a qualidade de remédio de defesa (exceção), livremente disponível.⁹

Assim, se ao juiz, portanto, se passa a conferir o poder de aplicar, de ofício, a prescrição no campo dos direitos patrimoniais disponíveis, simplesmente se terá abolido o caráter de defesa e facultatividade que a história do direito milenarmente construiu para a importante figura jurídica da prescrição. Seria como permitir que o juiz passasse sobre a vontade do devedor de não arguir a prescrição, o que acarretaria a abolição do direito potestativo previsto no art.191 do Código Civil e a consequente desestruturação do sistema prescricional do direito privado, consagrado em base universal.

Com efeito, se cabe ao devedor renunciar à prescrição já consumada, de forma expressa ou tácita¹⁰; se a parte a quem aproveita a prescrição pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição¹¹; se o devedor não pode reaver o que houver pago para solver dívida prescrita¹²; se o credor,

⁹ THEODORO JÚNIOR, *op.cit.*, p.59.

¹⁰ CC/02. Art.191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

¹¹ CC/02. Art.193. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.

¹² CC/02. Art.882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.

na hipótese de prescrição decretada, ficará desincumbido de arcar com o dobro da dívida prescrita que pleiteou¹³, a conclusão a que se chega é a de que o sistema do Código Civil está todo comprometido com a livre disponibilidade da prescrição.

Diante desse contexto, seria desastroso afirmar, assim como se pretendeu a inovação legislativa da Lei 11.280/06, que não só o art. 191 do Código Civil estaria revogado, mas vários outros dispositivos do diploma civil, como os artigos 193, 882 e 940.

Portanto, mantém-se a concepção tradicional de que somente por força da vontade autônoma do beneficiário da prescrição é que esta será anulada.

A revogação pura e simples do art.194 do Código Civil não conduz à automática implantação de uma regra em sentido contrário, se se atentar para o enfoque lógico, histórico, sistemático e teleológico da regulamentação da prescrição como um todo. Não será apenas pelo fato de eliminar a regra que expressamente proibia o juiz de declarar a prescrição *ex officio* que se terá de entender que terá sido instituída a possibilidade de fazê-lo, sempre, sem provocação da parte interessada.

Como visto, existe todo um sistema de direito material que não autoriza a imediata extinção do direito do credor. Veja, por exemplo, que com o art. 882 do Código Civil realmente fica difícil sustentar que se inverteu a política legislativa para que a prescrição no direito privado passasse a atingir o próprio direito. Ele consagra o fato de que o devedor que não alega a prescrição e resolve pagar a dívida prescrita o faz a título de obrigação natural, não podendo, por isso, cobrar de volta o que pagou, pois não se considera um pagamento indevido. Afinal, a sentença que eventualmente ignore a prescrição não seria propriamente injusta, pois ainda persiste existente o direito subjetivo.

É nessa linha, por conseguinte, que se conclui que a natureza jurídica do instituto da prescrição é, inquestionavelmente, a de uma exceção de direito material, quer se mantenha ou não a disposição do art.194 da lei substancial. Daí a irrelevância da sua supressão se o caráter de exceção se conserva íntegro na disciplina global e sistemática da prescrição. Basicamente, não se permite ao magistrado o conhecimento de ofício de exceções substanciais por serem elas espécie de contradireito do réu em

13 CC/02. Art.940. Aquele que demandar (...) ou pedir mais do que for devido ficará obrigado a pagar ao devedor (...) o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

face do autor e, como o contradireito pode ser objeto de demanda autônoma, uma investida do juiz significaria invariavelmente uma ofensa ao princípio da demanda.¹⁴

O propósito do novel legislador não foi a alteração da natureza jurídica da prescrição de exceção de direito material para uma modalidade de extinção da obrigação, mas sim apenas visou à aceleração sistemática dos processos. Por isso que Elpidio Donizetti é enfático quando afirma que:¹⁵

Na incessante busca pela celeridade, o legislador estabeleceu mais uma exceção aos princípios da demanda, do dispositivo e da congruência, entre outros, prevendo a ingerência estatal, sem a provocação do interessado, em questão de direito material disponível. Nos últimos tempos, o que se vê, em nome dos mais diversos interesses, nem sempre justificáveis, é a nulificação da autonomia privada pela intervenção estatal. Não obstante o empenho de se imprimir maior celeridade ao processo, nada justifica a interferência do juiz, sem qualquer provocação, a fim de declarar a perda de pretensão de exigir o direito violado do devedor relapso. Somente a preocupação exacerbada com a conclusão do processo, como se a efetividade tivesse apenas a dimensão temporal, explica o injustificável: a proteção ao mau pagador.

Com base nisso tudo, também, é que Humberto Theodoro é preciso ao concluir que no plano sistemático e teleológico do direito positivo, a debilitação, e não a extinção, é a única explicação aceitável para a postura legal que assegura a renunciabilidade da prescrição pelo devedor, legítimo detentor do controle da conveniência ou não de fazê-la atuar no caso concreto.

Ademais, o juiz não teria mesmo condições seguras para, de ofício, decretar a prescrição, já que inúmeras situações de fato redundam em suspensão ou interrupção da prescrição, e só o credor está em condições de invocá-las e demonstrá-las. Admitir que o juiz agisse à revelia do credor e do devedor é dizer que pode conhecer situação fática sem qualquer ale-

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, *op.cit.*, p.64.

¹⁵ DONIZETTI, Elpidio. **A Última Onda Reformadora do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

gação das partes, o que põe o juiz em posição flagrantemente violadora da inércia. Por isso é que uma das mais sensíveis diferenças entre prescrição e decadência reside no princípio de que, enquanto a prescrição é naturalmente sujeita à suspensão e interrupção, a decadência não sofre por quaisquer desses eventos.

Portanto, há um aparente conflito entre o clássico sistema da prescrição e a reforma envidada, o que certamente precisará de uma interpretação sistêmica, histórica e teleológica para solucioná-lo.

APLICANDO A INOVAÇÃO LEGISLATIVA

Tendo em vista o evidente contrassenso trazido com a reforma proporcionada pela Lei 11.280/06, mister se reconhecer que a inovação legislativa, acarretada pela revogação do art.194 do Código Civil e pela alteração do art. 219, § 5º do CPC, apenas ganhará espaço no mundo jurídico após uma necessária interpretação legislativa segundo os critérios da hermenêutica.

Vários foram os doutrinadores que buscaram coadunar o novo ideário de celeridade processual no reconhecimento da prescrição e o tradicional sistema para o seu conhecimento, tendo-se que todos eles seguiram uma orientação aproximada, senão vejamos:

Gustavo Tepedino, por exemplo, diz que a prescrição só pode ser decretada de plano se houver elementos suficientes que comprovem, ainda ao tempo da inicial, que ocorreu o fato jurídico prescricional. Sempre que pairar qualquer dúvida sobre a ocorrência de causa suspensiva ou interruptiva da prescrição, o magistrado deve aguardar e formar melhor a sua convicção, não se prestando a prescrição adequadamente à hipótese da improcedência de plano, até porque recomenda o legislador que a mesma seja aplicada quando a questão for unicamente de direito, o que não é o caso da prescrição. Além disso, vale lembrar que, conquanto tenha sido introduzido o reconhecimento de ofício da prescrição, não houve extinção da renúncia à prescrição. Resultam disso duas consequências: a primeira, que se na resposta do réu houver renúncia à prescrição, deve prosseguir a ação, e que não pode haver suprimento judicial, valendo a renúncia, e não o reconhecimento de ofício; a segunda, que se o ajuizamento de uma ação, por si só, importar em renúncia à prescrição, não é

possível o reconhecimento de ofício. Isso ocorrerá, por exemplo, na ação de consignação em pagamento.¹⁶

Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues escreveram obra alegando, em síntese, que não obstante o silêncio do texto normativo, o magistrado deve, antes de pronunciar *ex officio* a prescrição, em homenagem à garantia do contraditório e respeitando o processo cooperativo, ouvir o demandante sobre a questão. Andaria melhor o legislador se repetisse a regra constante na Lei de Execução Fiscal, que expressamente prevê o respeito ao contraditório, não obstante se trate de questão que possa ser conhecida de ofício pelo magistrado. Em razão disso, permanece em vigor o art.191 do CC, que permite expressamente a possibilidade de renúncia da prescrição. A não arguição consumada é uma forma de renúncia. A regra do § 5º do art. 219 do CPC deve ser aplicada apenas antes da citação do réu, no momento de exame da petição inicial. Após a apresentação da resposta pelo réu, o magistrado deve esperar a sua provocação. Se a matéria é disponível, não há sentido em conferir-se ao magistrado o poder de exercitar um direito pelo réu, que, estando e podendo exercê-lo, não o exerceu. A possibilidade de renúncia da prescrição também é um direito do demandado e deve, pois, ser respeitado. Seria excessivo poder de intervenção estatal na esfera privada, autoritarismo processual que não se pode admitir. Parece que essa é a única interpretação que compatibiliza as regras materiais (arts. 191 e 882 do CC, principalmente) e processuais (art. 219, § 5º do CPC) da prescrição.¹⁷

Didier, em seu manual, alega que a regra do art. 219, § 5º do CPC, dever ser aplicada, em nenhuma hipótese, em sentido desfavorável àqueles sujeitos protegidos constitucionalmente (consumidor, índio, idoso, trabalhador). Lembra, ainda, que a aplicação de tal regra só faz sentido quando se tratar de reconhecimento de prescrição que envolva direitos indisponíveis. Por fim, faz uma comparação com outra inovação recente trazida ao bojo do art. 112, parágrafo único, do CPC, que contém semelhante identidade de *ratio*, e por isso permite analogia. Afinal, cuida também de norma protetiva do réu com o objetivo de defendê-lo da dificul-

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 457-459.

¹⁷ JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39-41.

dade de atuar num processo em que o foro determinado em contrato de adesão lhe seja desfavorável.¹⁸

Luiz Rodrigues Wambier caminha no mesmo sentido quando afirma que a solução reside em o juiz, ao constatar de ofício o decurso do prazo prescricional, antes de decretar a prescrição, abrir vistas às partes, intimando-as de sua constatação. Nesse momento, se desejar, o réu poderá noticiar sua renúncia à prescrição – hipótese em que o juiz estará impedido de decretá-la. Ainda quando não houver a renúncia, tal prévia concessão de vista às partes permitirá também que o próprio autor, se for o caso, aduza razões que convençam o juiz de que, ao contrário de sua impressão inicial, não houve ainda o decurso do prazo de prescrição.¹⁹

Gustavo Tepedino, em obra conjunta com Maria Celina Bodin de Moraes e Heloisa Helena Barboza, aduz que a solução legislativa atual, embora criticável do ponto de vista dogmático, prestigia a celeridade na solução dos litígios judiciais, permitindo que o juiz decrete de plano a prescrição, sem depender da arguição da parte. De todo modo, diz que a conservação do direito pelo credor e, em consequência, do poder de exigí-lo, decorre da admissão de renúncia à prescrição pelo devedor, que pode manifestá-la expressa ou tacitamente, antes ou após a citação judicial. A rigor, portanto, não perde o autor, com a prescrição, o poder de exigir. Com o decurso do prazo prescricional, é dado ao réu neutralizar a pretensão do autor, opondo-se a ela, devendo o juiz, uma vez constatada a procedência da defesa, extinguir o processo.²⁰

Nessa direção, comenta sobre o enunciado 295, aprovado pela IV Jornada de Direito Civil (2006), promovida pelo Centro de Estudos Judiciário do Conselho de Justiça Federal, conforme transcrito *in verbis*:

295 – Art. 191. A revogação do art. 194 do Código Civil pela Lei nº 11.280/06, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no art. 191 do texto codificado.

18 DIDER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo de Conhecimento*, v.1, 10ª ed. Bahia: Jus Podivm, 2008, p. 440-446.

19 WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). *Curso Avançado de processo Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, v.1, 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006/2007, p. 292.

20 TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, v.1, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 356-357.

Yussef Said Cahali também diz que Teresa Arruda Alvim Wambier entende que o pronunciamento judicial deve ser de provocação do réu para que este se manifeste dizendo se pretende ou não renunciar a esse direito, conforme dispõe o art.191 do CC, não revogado. Continua, alegando que conquanto razoável essa providência, a questão se desloca para os efeitos da manifestação do réu, pois se o demandado, instado, declarar que não pretende renunciar à prescrição, implicitamente estará pretendendo o seu reconhecimento, e já então não será decretada de ofício, restando a questão para o caso de ausência de manifestação ou de manifestação contrária ao decreto prescricional.²¹

CONCLUSÕES

Segundo a doutrina majoritária que comenta a referida inovação legislativa, conclui-se que houve um equívoco ideológico de premissa da reforma.

Com efeito, todos sabem que o direito de ação se manteve na esfera da autonomia da vontade²², deixando-se ao juiz o comando do movimento do processo rumo ao provimento postulado²³. Tendo sido imputado ao juiz não apenas o comando do processo, mas o dever de velar pela rápida solução do litígio, pensou-se que, ampliando cada vez mais a interferência autoritária do juiz, poder-se-ia superar a enorme e crônica morosidade da prestação jurisdicional. Nessa esteira, as últimas reformas processuais concentraram-se no incremento da iniciativa judicial e na redução da autonomia das partes. Com isso, predicamentos preciosos como o contraditório e o papel exclusivo desempenhado no diálogo entre as partes foram desprezados, trazendo-se inovações arrojadas que olvidaram que o maior interesse na composição do litígio pertence às partes.²⁴

É como se ninguém soubesse que a morosidade da Justiça pouco tem a ver com os procedimentos da lei, mas se deve mais ao anacronismo dos serviços forenses e à indiferença dos que neles operam pelas modernas técnicas de administração.

21 CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e Decadência**. 1ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 43-44.

22 CPC, art.2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.

23 CPC, art.262. O processo começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

24 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo de Conhecimento e Processo de Conhecimento**, v.1. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 356-359.

O que acontece, portanto, é que o legislador reformista parte de premissas equivocadas, em profundo desvio ideológico, na tentativa de buscar celeridade e economia processual, mas esquece que não será concedendo excessivo poder autoritário ao juiz na condução do processo que restaurará o tempo ideal para uma tomada de decisão justa. Afinal, sabe-se que o que provoca a enorme duração do processo são os chamados “tempos mortos” – aquelas etapas entremeadas no curso do processo que condenam os processos à hibernação nos escaninhos das secretarias do juízo ou do gabinete dos juizes.

Foi nesse quadro que a Lei 11.280/06 simplesmente passou por cima da autonomia da vontade, quebrando um sistema cujo núcleo nem se situa no direito processual, mas no direito material, em que reconhecidamente não predomina a ordem pública, mas sim prevalece a liberdade do titular de faculdade de caráter nitidamente privado. A simples celeridade processual não justifica tamanha supressão da iniciativa individual. A publicização do direito processual não significa a extinção do traço da autonomia privada no direito material. A vontade das partes é muito importante para delinear o rumo e o destino do debate processual, sem a qual, certamente, nos distanciaríamos do Estado Democrático de Direito, que hoje, mais do que nunca, prima pelo contraditório cooperativo.

Portanto, como bem apontado por Humberto Theodoro, a Lei 11.280/06 inadvertidamente relegou a nada a vontade daquele sob cuja autonomia a lei material deposita o poder de invocar e dispor livremente de uma exceção que a mais ninguém diz respeito.

Conclui-se, pois, diante dos princípios de hermenêutica que preconizam a compreensão das normas legais, que a revogação do art. 194 do Código Civil por uma lei de reforma do Código de Processo não quebra o conceito e a natureza do instituto da prescrição. Afinal, como vimos, a sistemática do regime normativo substancial da prescrição se sustenta com o mecanismo da *exceção*, manejável pelo devedor, caso a caso, segundo suas conveniências e na oportunidade que lhe aprouver, conforme os artigos 191 e 193 do Código Civil.

Ademais, a decretação autoritária e sumária da prescrição, sem a necessária provocação da parte, ofende a garantia do devido processo legal por não respeitar interesses do credor, já que o surpreende sem lhe dar oportunidade de adequada demonstração das objeções que legalmente possa opor a uma causa extintiva que não é automática e que, em,

regra, envolve complexos elementos fáticos. Outrossim, também surpreende o devedor na medida em que lhe impõe o reconhecimento de uma obrigação (dívida) e uma exoneração que nem sempre correspondem a seus desígnios éticos e jurídicos.

Por isso que Humberto Theodoro e Fredie Didier entendem que o conhecimento de ofício da prescrição somente deve ocorrer nos casos em que a lei material considere indisponível o direito patrimonial ou quando a própria lei material determine a aplicação *ex officio*, como ocorre na Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80, art. 40, § 4º).

Contudo, como bem vimos no tópico anterior, outras soluções plausíveis são cogitadas pelos doutrinadores, de modo que também retem abarcados pela inovação da Lei nº. 11.280/06 os direitos patrimoniais disponíveis. Tanto assim que se fala em abrir vistas às partes ao constatar o juiz o decurso do prazo prescricional. Daí, nesse momento, se desejar, o réu poderá noticiar sua renúncia à prescrição – hipótese em que o juiz estará impedido de decretá-la. Ainda quando não houver a renúncia, tal prévia concessão de vista às partes permitirá também que o próprio autor, se for o caso, aduza razões que convençam o juiz de que, ao contrário de sua impressão inicial, não houve ainda o decurso do prazo de prescrição.²⁵

Com isso, embora seja fascinante e indicativa a postura revisionista diante das alterações legislativas envidadas pela Lei nº. 11.280/06, parece que a ela não aderiu a doutrina pátria, sendo cedo ainda para se delinear que rumo a jurisprudência pátria consolidará. Fato é que, pelo menos por enquanto, há alguns julgados indicativos no STJ no sentido aparente de se adotar a postura revisionista, senão vejamos:

(...)

3. Empós, a 1ª Turma do STJ reconsiderou seu entendimento no sentido de que o nosso ordenamento jurídico material e formal não admite, em se tratando de direitos patrimoniais, a decretação, de ofício, da prescrição.

4. Correlatamente, o art. 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80 foi alterado pela Lei nº 11.051/04, passando a vigorar desta forma: “Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pú-

25 WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). *Op.cit.*, p. 292.

blica, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.”

5. Porém, com o advento da Lei nº 11.280, de 16/02/06, com vigência a partir de 17/05/06, o art. 219, § 5º, do CPC, alterando, de modo incisivo e substancial, os comandos normativos supra, passou a vigor com a seguinte redação: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

6. Id est, para ser decretada a prescrição de ofício pelo juiz, basta que se verifique a sua ocorrência, não mais importando se refere-se a direitos patrimoniais ou não, e desprezando-se a oitiva da Fazenda Pública. Concedeu-se ao magistrado, portanto, a possibilidade de, ao se deparar com o decurso do lapso temporal prescricional, declarar, ipso facto, a inexigibilidade do direito trazido à sua cognição.

7. Por ser matéria de ordem pública, a prescrição há ser decretada de imediato, mesmo que não tenha sido debatida nas instâncias ordinárias. In casu, tem-se direito superveniente que não se prende a direito substancial, devendo-se aplicar, imediatamente, a nova lei processual.

(...)

(REsp 1036756 – Relator: Ministro Humberto Martins; Data da Publicação: 02/04/2008)²⁶

Porém, não se pode afirmar com absoluta certeza que essa desnecessidade de se consultar o credor será ponto pacífico, afinal, a quase totalidade dos julgados consultados no âmbito da Corte Especial que enfrenta o tema o faz apenas em sede de direito tributário, o qual sabemos, como já vimos, tratar de ramo de direito em que a prescrição, por opção legislativa, ataca o próprio direito, sendo certo que a não consulta às partes não ensejaria maiores problemas como o discorrido acerca do direito civil. Ademais, essas decisões, pela natureza do direito em jogo, nem mesmo tocam na intimação do devedor.

²⁶ Julgado consultado em 06.06.2009, no endereço eletrônico oficial do Superior Tribunal de Justiça <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc>, o qual se tem como paradigma a vários outros.

Por fim, certo é que enquanto não se define com precisão qual será a linha que seguirá os Tribunais do país, mais coerente é permanecer com o sistema clássico de adesão universal e milenar, qual seja o regime privado que norteia as relações entre os indivíduos, pautado na autonomia da vontade e na pacificação dos conflitos jurídicos segundo o interesse das partes litigantes. Assim pelo menos é como se posiciona a esmagadora opinião dos especialistas na matéria. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e Decadência**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito processual civil**. 14ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v.1.

CHAVES, Cristiano & ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil - Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIDIER JR. Fredie. **Regras Processuais no Código Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo de Conhecimento**. 10ª ed. Bahia: Jus Podivm, 2008, v.1.

DONIZETTI, Elpídio. **A Última Onda Reformadora do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 9ª ed. rev., ampl. São Paulo: RT, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2007.

_____. ; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As Novas Reformas do Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo de Conhecimento e Processo de Conhecimento**. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, v. 1.

Do não cabimento do Mandado de Segurança em sede de Juizado Especial Cível (Lei 9.099/95).

Precedente da Turma Recursal do Estado do Rio de Janeiro, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal: elogio ao posicionamento adotado no RE 576.847/BA

Fernando Rocha Lovisi

Juiz de Direito Titular do VIII Juizado Especial Cível da Capital - RJ

Tormentosa é a questão envolvendo a impugnação imediata das decisões interlocutórias prolatadas em sede de Juizado Especial Cível, sob a égide da Lei 9.099/95

Vinham se digladiando os entendimentos de que contra as interlocutórias caberia o Recurso de Agravo de Instrumento ou a ação constitutiva do Mandado de Segurança.

No Rio de Janeiro, o entendimento da Turma Recursal é no sentido do cabimento do Mandado de Segurança, pois a Lei 9.099/95 somente previu o Recurso Inominado, e para a sentença. Das decisões interlocutórias, não caberia recurso.

Contudo, o que outrora parecia uníssono na Turma Recursal, pode tomar outro rumo.

E tudo por conta de entendimento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 576.847/BA:

RE 576.847/BA - BAHIA RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. EROS GRAU - Julgamento: 20/05/2009 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Publicação

REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO

DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009

RTJ VOL-00211- PP-00558

EMENT VOL-02368-10 PP-02068

LEXSTF v. 31, n. 368, 2009, p. 310-314

Ementa

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. DECISÃO LIMINAR NOS JUIZADOS ESPECIAIS. LEI N. 9.099/95. ART. 5º, LV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. 1. Não cabe mandado de segurança das decisões interlocutórias exaradas em processos submetidos ao rito da Lei n. 9.099/95. 2. A Lei n. 9.099/95 está voltada à promoção de celeridade no processamento e julgamento de causas cíveis de complexidade menor. Daí ter consagrado a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, inarredável. 3. Não cabe, nos casos por ela abrangidos, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, sob a forma do agravo de instrumento, ou o uso do instituto do mandado de segurança. 4. Não há afronta ao princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV da CB), vez que decisões interlocutórias podem ser impugnadas quando da interposição de recurso inominado. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

De fato, após a manifestação do pretório excelso, o excelente Juiz Marcello Alvarenga Leite, da Terceira Turma Recursal Cível deste Estado, entendeu no mesmo sentido.

Transcrevo o entendimento exposto no Mandado de Segurança nº 2009.700071639-0, sendo Impetrante BV Financeira S.A. e Impetrado o VIII Juizado Especial Cível da Capital:

“VOTO

MANDADO DE SEGURANÇA. Impetrante que objetiva a reforma da decisão monocrática que deferiu o pedido de anteci-

pação da tutela para determinar que esta se abstinhasse de incluir o nome da parte autora nos cadastros de inadimplentes, sob pena de multa única no valor de R\$ 3.000,00 em caso de descumprimento. RELATADOS. PASSO A VOTO. A pretensão não merece ser acolhida haja vista recente decisão do E. Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 576.847, fixou que não cabe mandado de segurança contra decisão que defere ou indefere o pedido de antecipação da tutela no Juizado Especial Cível. Frise-se que se trata de hipótese em que o STF reconheceu a repercussão geral da matéria, devendo-se ser aplicado aos casos semelhantes, nos termos do artigo 543-B do Código de Processo Civil. Assim, VOTO pelo indeferimento da petição inicial e consequente extinção do processo, sem resolução de seu mérito, na forma do inciso I do artigo 267 do CPC. Condeno o impetrante no pagamento das custas processuais, observado o artigo 12 da Lei nº 1.060/50. Sem honorários, haja vista o teor da súmula 105 do STJ.”

Tal entendimento, além de demonstrar uma alteração jurisprudencial significativa, também mostra uma tendência, que a meu sentir, está em sintonia fina com o que se espera do Poder Judiciário para o futuro.

Realmente, o Poder Judiciário está cada vez mais preocupado com a celeridade e efetividade de suas decisões.

Na atual fase histórica e conjuntura que vivemos, é inaceitável que fique o Poder Judiciário fora das grandes decisões do País e tampouco deixe de resolver as questões da população em geral.

Desnecessário citar o comando constitucional que diz não escapar do Poder Judiciário a apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito.

Para tanto, há preocupação constante com o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, pois do contrário não se terá meios para atender a tal comando, dado o aumento exponencial das demandas, em especial, no Juizado.

A própria Lei 9.099/95 foi um esforço nesse sentido.

Também a criação do Conselho Nacional de Justiça, a quem compete formular políticas para esse aperfeiçoamento.

Por exemplo, cito as metas criadas pelo aludido Órgão.

Em especial, a meta de número 02, que prestigia, dentre outros princípios, o da celeridade.

Ora, com base nessa atual linha diretiva e tomando como certo que o Juizado Especial é o setor da Justiça que mais volume de processos possui, e, portanto, é a vitrine do Poder Judiciário, não há razão para atravancá-lo.

Inexiste motivo para ocupar seus julgadores, já sobrecarregados, com mais esta ação, que possui efeito prático do Recurso de Agravo de Instrumento, de fato, vedado pela Lei 9.099/95.

Certo ou errado, a irrecorribilidade imediata das interlocutórias foi vontade do legislador, devendo ser respeitada.

E, a toda evidência, a intenção foi retirar dos ombros dos julgadores de 1º e 2º graus esse pesado fardo, para ser agilizado o julgamento do processo, bem como do Recurso Inominado e, portanto, resolver a lide em si, de forma mais ágil.

Realmente, é considerável o tempo que se gasta para prestar informações, no caso do juiz de 1º grau, tendo, inclusive, de relatar todo o processo, bem como do julgador de 2º grau. Ambos deixam de proferir sentença e voto em outros feitos, respectivamente.

Não se trata de suprimir direitos ou amesquinhar princípios constitucionais.

Penso ser justamente o oposto, o que submeto ao crivo dos eminentes leitores.

Realmente, adotando-se, pela Turma Recursal, o entendimento de que não cabe o Mandado de Segurança, ela estará bem respaldada, pois tal é posicionamento da Suprema Corte.

É cediço que o ingresso no Juizado Especial Cível, regido pela Lei 9.099/95, é uma opção do autor.

Assim, o autor, já sabedor de que nesse microsistema não poderá impugnar as decisões interlocutórias imediatamente, poderá escolher propor sua lide na Vara Cível, onde caberá o Agravo de Instrumento para tal.

O autor, de antemão, saberá as regras do jogo e, pelo princípio da legalidade, não poderá alegar seu desconhecimento e, portanto, qualquer cerceamento.

Ele poderia ter ingressado no Juízo Comum.

Por oportuno, noto que vários jurisdicionados optam pela Vara Cível, pois lá cabe o Recurso Especial.

Também é de conhecimento de todos que nesse microsistema não cabe o recurso extremo para o Superior Tribunal de Justiça.

E que, em muitas questões, o entendimento da Turma Recursal diverge do STJ.

Então, o jurisdicionado que opta por ingressar no Juizado pode ver sua lide dirimida de forma diferente do que o STJ vem decidindo e, friso, pelo princípio da legalidade e até por lealdade, não poderá queixar-se.

De fato, é isso o que vem ocorrendo com relação ao Recurso Especial.

De outro giro, cito mais exemplos.

A não possibilidade de citação por hora certa e edital.

O não cabimento de perícia judicial tradicional.

A não possibilidade de representação, devendo as partes comparecer pessoalmente ao Juizado, sob pena de extinção, no caso do autor, e revelia do réu.

O de não caber expedição de ofício para encontrar o executado na execução, que é extinta com base no artigo 53, parágrafo 4º., da Lei 9.099/95.

A parte já sabe que, se o executado não for encontrado no endereço que ela indicar, não caberá investigação para saber de seu paradeiro, como ocorre corriqueiramente na Vara Cível.

É um risco que se corre no Juizado, para atender ao princípio da celeridade, uma vez que, por óbvio, o processo nesse microsistema não deve levar o mesmo tempo do Juízo Comum.

Realmente, qual seria a vantagem da criação de um rito processual especial que levasse o mesmo tempo do rito processual comum?

Está claro que, para ser mais rápido, devem existir peculiaridades que o diferenciem do comum.

E o enfoque dos princípios e garantias constitucionais e processuais deve ser outro, para que não se caia na mesmice e torne um rito que era para ser especial em comum.

Argumento, ainda, que as leis do juizado federal e da fazenda pública, nesse sentido, não podem servir para contradizer esse entendimento.

É que nessas duas leis existe um fator que não aparece na Lei 9.099/95. É o interesse público, pois o Estado encontra-se na lide.

Deve haver maior cautela com o dinheiro público, por razões óbvias.

Portanto, natural haja diferença do juizado, que envolve apenas interesse de particulares.

Por último, arremato que, na prática, não se percebe qualquer lesão à parte pelo fato de não caber o Recurso de Agravo de Instrumento ou o Mandado de Segurança para atacar imediatamente as decisões interlocutórias no Juizado da Lei 9.099/95.

Realmente, enquanto a comunidade jurídica discute fervorosamente o cabimento de *writ* no juizado da Lei 9.099/95, o jurisdicionado passa ao largo, pois encontrou meio bem mais eficaz que a ação mandamental para amparar seu direito a ampla defesa.

De fato, como exemplo que submeto ao pensamento e à reflexão de todos, digo que, mesmo que o autor proponha sua lide consumerista no juizado de seu domicílio e tenha a tutela antecipada indeferida e até impetre Mandado de Segurança sem, contudo, lograr êxito, pode desistir da demanda, (sendo certo que nesse microssistema a desistência sequer necessita da concordância do réu já citado), para propô-la no juizado do foro do prestador de serviço ou na Vara Cível e reverter a situação, como se vê em muitos casos.

Esse expediente é de larga utilização, como se tem notícia, e tem como aspecto prático a possibilidade da parte recorrer, não só uma vez, mas inúmeras vezes, com inegável gasto de tempo dos escassos juízes.

Então, para o autor, não há qualquer prejuízo.

Com relação ao réu, é cediço que as tutelas antecipadas são concedidas com cautela e parcimônia, sendo certo que cabe pedido de reconsideração, o que, na prática, é concedido em vários casos. E logo vem a sentença para dirimir de uma vez a questão.

Assim, também não há que se falar em cerceamento de defesa para o réu.

De outro giro, na fase imediatamente posterior à sentença e remessa para o 2º grau, no caso de Recurso, não há outras dificuldades que a preparada Magistratura de 1º grau não saiba ou possa resolver de forma justa.

No juizado, a crise do processo é na sentença.

Na execução, existem os meios de impugnação próprios, cabendo Recurso Inominado para a Turma Recursal, inclusive da sentença que extingue a execução.

Sem falar no princípio de que a execução deve se dar pelo meio menos gravoso para o executado, o que, por si só, presume maior cautela do julgador na constrição, que, atualmente, sequer é pressuposto para impugnar a execução.

São as considerações que submeto ao crivo dos eminentes leitores, acreditando que o posicionamento da Suprema Corte é de vanguarda e realmente é um grande passo para desafogar o Juizado Cível da Lei 9.099/95. ❖

Impossibilidade de Comissão Parlamentar de Inquérito Conduzir Coercitivamente Testemunhas e Advogados para Prestar Depoimentos. Indispensabilidade de Decisão Judicial*

Flávio de Araújo Willeman

Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Candido Mendes e da EMERJ. Autor do livro “Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras” pela editora Lumen Juris.

EMENTA: COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO (CPI). PODERES DE INVESTIGAÇÃO PRÓPRIOS DAS AUTORIDADES JUDICIAIS. LIMITES. LEI FEDERAL Nº 1.579/52. APLICAÇÃO A TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. REGIMENTOS INTERNOS DO SENADO FEDERAL. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, CÓDIGO PENAL E ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB. IMPOSSIBILIDADE DE REQUISIÇÃO DE FORÇA POLICIAL PELAS CPI'S PARA CONDUÇÃO DE TESTEMUNHA. NECESSIDADE DE DECISÃO JUDICIAL. RECEPÇÃO DO ARTIGO 1º, § 1º, DA LEI FEDERAL Nº 1.579/52 PELA CRFB/88. ARTIGO 5º, XV E LIV DA CRFB/88. SIGILO PROFISSIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONVOCAÇÃO E DE CONDUÇÃO COERCITIVA DE ADVOGADO PARA DEPOR

* Este trabalho acadêmico derivou de um Parecer jurídico proferido pelo Autor na Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, que recebeu VISTO positivo da Chefia da Instituição.

COMO TESTEMUNHA EM CPI NA QUAL SE INVESTIGA FATO RELACIONADO A PROCESSO EM QUE ATUOU OU ATUA PROFISSIONALMENTE.

INTRODUÇÃO

Em passado não muito distante, foi possível assistir, pela televisão, à atuação de algumas Comissões Parlamentares de Inquérito que tramitaram no Congresso Nacional. Eram, permitam a comparação, verdadeiros espetáculos que expuseram ao país vergonhosos fatos que refletiam desvio de condutas e de dinheiro público, bem assim políticos que utilizaram o espaço televisivo e os temas objetos das investigações para autopromoção.

A grande quantidade de CPIs instauradas no Congresso Nacional e nos Poderes Legislativos estaduais e municipais fez com que discussões jurídicas aflorassem e fossem objeto de estudos e de decisões pela doutrina e pelos Tribunais do país, respectivamente.

Dentro desse contexto e de modo objetivo, este artigo buscará enfrentar a discussão jurídica que circunda a competência das Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs para conduzirem testemunhas a prestar depoimentos no Poder Legislativo, mais especificamente se podem tais Comissões implementar esta providência autonomamente, via requisição da autoridade policial competente, ou se necessita de prévia intervenção do Poder Judiciário.

Adiante-se que, *contrariamente ao que se pretende sustentar neste trabalho*, existem argumentos para que se atribua competência ampla às CPIs, inclusive o de condução coercitiva de testemunhas. Tais argumentos se baseiam na tese jurídica que proclama a não recepção da regra contida no artigo 3º, § 1º, da Lei Federal nº 1.579/52¹ pela Constituição Federal de 1988, mais especificamente pela regra do artigo 58, § 3º, que confere às Comissões Parlamentares de Inquérito os poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias. Como consequência, seria possível às CPIs solicitarem auxílio

1 Art. 3º. Indiciados e testemunhas serão intimados de acordo com as prescrições estabelecidas na legislação penal.

§ 1º Em caso de não comparecimento da testemunha sem motivo justificado, a sua intimação será solicitada ao juiz criminal da localidade em que reside ou se encontre, na forma do art. 218 do Código de Processo Penal. (Renumerado pela Lei nº 10.679, de 23.5.2003).

policial para condução forçada de testemunha que, injustificadamente, deixar de comparecer à convocação realizada pelo Poder Legislativo.

Conforme anteriormente mencionado, esta não é a conclusão a que este artigo chegará.

BREVE HISTÓRICO DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

A Comissão Parlamentar de Inquérito, segundo PAULO HAMILTON SIQUEIRA JR.², é um *instituto de Direito Processual Constitucional* que tem como meta a preservação da Constituição e do Estado de Direito, se configurando como instrumento de aprimoramento da democracia pelo controle das ações do governo. Exerce a CPI a função de fiscalização extraordinária, visando à informação, ao esclarecimento, à sindicância e à averiguação de fatos irregulares relacionados às **atividades públicas**.

A Comissão Parlamentar de Inquérito, como órgão de investigação do Poder Legislativo, surgiu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1934, que distinguia as *comissões parlamentares em permanentes e temporárias*³. Aquelas seriam destinadas a organizar as contas do Presidente em mora de prestá-las, e as *temporárias* seriam as Comissões de Inquérito sobre fatos determinados, as quais, segundo a Carta Constitucional, deveriam aplicar as normas de processo penal indicadas no Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Também as Constituições de 1946⁴ e de 1967/69⁵ trouxeram referências às Comissões de Inquérito, mas sem fazer remissão à necessidade de observância das normas próprias do processo penal.

2 Comissão Parlamentar de Inquérito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 1 e 14.

3 Art. 29 - Inaugurada a Câmara dos Deputados, passará ao exame e julgamento das contas do Presidente da República, relativas ao exercício anterior.

Parágrafo único - Se o Presidente da República não as prestar, a Câmara dos Deputados elegerá uma Comissão para organizá-las; e, conforme o resultado, determinará as providências para a punição dos que forem achados em culpa.

Art. 36 - A Câmara dos Deputados criará Comissões de Inquérito sobre fatos determinados, sempre que o requerer a terça parte, pelo menos, dos seus membros.

Parágrafo único - Aplicam-se a tais inquéritos as normas do processo penal indicadas no Regimento Interno.

4 Art. 53 - A Câmara dos Deputados e o Senado Federal criarão Comissões de inquérito sobre fato determinado, sempre que o requerer um terço dos seus membros.

Parágrafo único - Na organização dessas Comissões se observará o critério estabelecido no parágrafo único do art. 40.

5 Art. 30. A cada uma das Câmaras compete elaborar seu regimento interno, dispor sobre sua organização, polícia e provimento de cargos de seus serviços.

Parágrafo único. Observar-se-ão as seguintes normas regimentais:

(...)

d) não será criada comissão parlamentar de inquérito enquanto estiverem funcionando concomitantemente pelo menos cinco, salvo deliberação por parte da maioria da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

A Lei Federal nº 1.579/52 (melhor dizer Lei Nacional) foi editada para regular as Comissões Parlamentares de Inquérito, e, na esteira dos dispositivos constitucionais, estabeleceu que a tais Comissões fossem conferidas competências para os fatos determinados que motivarem as suas instalações, explicitando, nos arts. 2º, 3º e 6º, que:

“Art. 2º. No exercício de suas atribuições, poderão as Comissões Parlamentares de Inquérito determinar as diligências que reportarem necessárias e requerer a convocação de Ministros de Estado, tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, ouvir os indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar de repartições públicas e autárquicas informações e documentos, e transportar-se aos lugares onde se fizer mister a sua presença.”

“Art. 3º. Indiciados e testemunhas serão intimados de acordo com as prescrições estabelecidas na legislação penal.

§ 1º **Em caso de não comparecimento da testemunha sem motivo justificado, a sua intimação será solicitada ao juiz criminal da localidade em que reside ou se encontre, na forma do art. 218 do Código de Processo Penal**⁶. (Remunerado pela Lei nº 10.679, de 23.5.2003)” – grifei.

“Art. 6º. O processo e a instrução dos inquéritos obedecerão ao que prescreve esta Lei, no que lhes for aplicável, às normas do processo penal.”

Considerando possuir a Comissão Parlamentar de Inquérito a natureza jurídica de um *instituto de Direito Processual Constitucional* (e não de um simples procedimento administrativo), a Lei Federal nº 1.579/52 deve regular as CPIs de todos os entes políticos do país, na medida em que é da União Federal a competência para legislar sobre Direito Processual, nos termos do artigo 22, I, da CRFB/88. Entender de modo diverso significa impor a todos os Estados e Municípios da federação a obrigação de editar leis (que podem ser diferentes uma das outras !) para regular as

⁶ “Art. 218. Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública.”

Comissões Parlamentares de Inquérito, o que, certamente, não obedece ao espírito de simetria constitucional federativa que o instituto reclama.⁷

A vigente Constituição da República de 1988 dedicou uma *Seção* inteira (*Seção VII*) às Comissões no Congresso Nacional e em suas Casas, dispondo, no art. 58, § 3º, sobre a criação, as funções e os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito:

“Artigo 58 (...)

(...)

§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, **que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais**, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, **para a apuração de fato determinado** e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

Assim, conclui-se parcialmente, em breve histórico, que as Comissões Parlamentares de Inquérito foram idealizadas como instrumento de fiscalização e controle das atuações administrativas dos Poderes Públicos, sobretudo do Poder Executivo, pelo Poder Legislativo, para apuração de fatos determinados e vinculados ao interesse público, em prazo determinado, cabendo-lhes, para tanto, utilizar dos meios e procedimentos próprios de investigação das autoridades judiciárias.

Resta saber se a expressão “*poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*”, prevista no artigo 58, § 3º da CRFB/88, infirma a regra do § 1º do artigo 3º da Lei Federal nº 1.579/52, no sentido de permitir que as testemunhas que se recusam a comparecer à CPI possam ser

7 Em sentido diverso, entendendo que a Lei Federal nº 1.579/52 se aplica apenas à União Federal, está a doutrina de José Wanderley Bezerra Alves, in **Comissões Parlamentares de Inquérito. Poderes e Limites de Atuação**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 256/257. Pela tese do autor citado, somente após a edição de leis estaduais e municipais, os Poderes Legislativos dos Estados e Municípios estariam obrigados a solicitar ao Poder Judiciário a condução coercitiva de testemunha. Conforme será exposto, o dever de solicitação de condução forçada de testemunha ao Poder Judiciário é extraído da própria Constituição da República e não, simplesmente, da Lei Federal nº 1.579/52. Ademais, a tese do autor mencionado pode, igualmente, conduzir ao raciocínio de que também seria necessária lei estadual autorizando a CPI a conduzir, por si, sem prévia decisão judicial, uma testemunha coercitivamente. Em outras palavras: somente seria possível a instalação de CPI estadual ou municipal após a edição das leis que regulassem suas atuações. Esta, respeitada a opinião em sentido contrário, não é a melhor interpretação para conferir efetividade ao instituto da CPI.

conduzidas por força policial, a partir de simples requisição da Comissão, dispensando-se a intervenção judicial.

LIMITES DOS PODERES DAS CPIs. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 58, § 3º DA CRFB/88. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 3º, § 1º DA LEI FEDERAL Nº 1.579/52

Desde a Constituição brasileira de 1934, se discute, na doutrina e na jurisprudência, o limite dos poderes de investigação das CPIs.

Inicialmente, como observou FÁBIO KONDER COMPARATO, a Constituição de 1934 conferiu *“implicitamente a tais comissões, por intermédio de disposições regimentais, os poderes inquisitórios previstos na legislação processual penal, poderes, esses, que, como sabido, são próprios da polícia judiciária e dos magistrados com competência criminal.”*⁸

As Constituições de 1946 e de 1967/69, como mencionado acima, não detalharam as atribuições das Comissões Parlamentares de Inquérito e nem fizeram referência à observância da legislação processual penal. A Constituição da República de 1988, apesar de também não ter detalhado as competências das CPIs, pontuou que a elas sobressaem os mesmos “poderes” de investigações das autoridades judiciárias.

A Lei Federal nº 1.579/52, todavia, previu amplos poderes às CPIs, determinando a aplicação subsidiária da legislação penal e processual penal. Com efeito, o artigo 3º, § 1º, Lei Federal nº 1.579/52 exige que o Poder Legislativo, diante de injustificado comparecimento de testemunhas às CPIs, **busque junto ao Poder Judiciário decisão que autorize a condução forçada.**

Autores há que sustentam que o artigo 3º, § 1º da Lei Federal nº 1.579/52 não foi recepcionado pela CRFB/88, na medida em que a condução forçada de testemunhas por deliberação única das CPIs se inclui nos poderes próprios de investigação das autoridades judiciárias, tal qual permitido pelo artigo 58, § 3º da CRFB/88⁹.

Nada obstante o acima exposto, crê-se, modestamente, que esta não é a melhor orientação jurídica para a questão em debate.

⁸ In *Revista Trimestral de Direito Público* – 5. Malheiros Editores, 1994, p. 68.

⁹ Confira-se, a propósito, Paulo Hamilton Siqueira Jr. In *Comissão Parlamentar de Inquérito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 123.

A condução **coercitiva de uma pessoa para a prática de um ato jurídico importa, por certo, na restrição de um direito fundamental**, qual seja, o direito de locomoção, mais especificamente o direito de ir e vir, assegurado aos cidadãos brasileiros no artigo 5º, incisos XV e LIV da CRFB/88.

Partindo da premissa de que a condução coercitiva de testemunha é ato restritivo de direito que recai sobre a pessoa humana, não há como afastar-se a reserva de jurisdição para sua concretização a partir da interpretação extensiva da aberta regra “*poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*” contida no § 3º do artigo 58, da CRFB/88.

Deste modo, existindo na legislação brasileira regra (artigo 3º, § 1º, da Lei Federal nº 1.579/52) que imponha procedimento para condução de testemunhas que se recusam, injustificadamente, a depor em Comissões Parlamentares de Inquérito, **exigindo prévia decisão do Poder Judiciário**, crê-se que não há que se falar em sua inaplicação (por não recepção constitucional), na medida em que está a dar efetividade ao fundamental direito dos cidadãos previsto no artigo 5º, incisos XV e LIV, da CRFB/88, antes citado.

Se assim é, o procedimento previsto no artigo 3º, § 1º, da Lei Federal nº 1.579/52 é compatível com o artigo 58, § 3º, da CRFB/88, que deve ser interpretado teleologicamente com os direitos e garantias individuais dos cidadãos, previstos no artigo 5º da CRFB/88, máxime os previstos nos incisos XV e LIV.

Importante informar que até onde a pesquisa para este trabalho pode alcançar, não foi possível localizar decisões judiciais, sobretudo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, declarando, expressamente, a não recepção do artigo 3º, § 1º, da Lei Federal nº 1.579/52, pelo que se sustenta a sua constitucionalidade e plena vigência.

Consigne-se, de outro lado, que o **Supremo Tribunal Federal** possui decisão antiga sufragando a regra contida no artigo 3º, § 1º, da Lei Federal nº 1.579/52, isto é, reconhecendo às CPs poderes para determinar diligências e convocar pessoas para depor. E mais: na ausência injustificada da testemunha, impõe-se ao Poder Legislativo a obrigação de solicitar a condução forçada ao Poder do Judiciário. Confirma-se a ementa do acórdão proferido no **RHC 32678-DF**, julgado em 31/12/69, cuja relatoria competiu ao Ministro **Mario Guimarães**:

“EMENTA: “COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. COMISSÕES PARLAMENTARES. PODERES. SOBERANIA. ATRIBUIÇÃO DA COMISSÃO E ALÇADA DO PODER JUDICIÁRIO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA CONHECER DO PEDIDO DE ORDEM DE *HABEAS CORPUS* EM QUE A COMISSÃO É APONTADA COMO AUTORIDADE COATORA. COMPETE AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, E NÃO A JUÍZES SINGULARES, CONHECER, ORIGINARIAMENTE, DO PEDIDO DE *HABEAS CORPUS* EM QUE SE APONTE, COMO AUTORIDADE COATORA, QUALQUER DAS CÂMARAS LEGISLATIVAS OU SUAS COMISSÕES PARLAMENTARES. SÃO TAIS COMISSÕES O PRÓPRIO PODER LEGISLATIVO, QUE, POR MOTIVOS DE ECONOMIA E EFICIÊNCIA DE TRABALHO, FUNCIONA COM REDUZIDO NÚMERO DE MEMBROS. NO ENCARGO QUE LHE ESTÁ AFETO, A COMISSÃO DE INQUÉRITO É TÃO PRESTIGIOSA COMO O CONGRESSO. TÃO SOBERANA COMO ESTE, DENTRO DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. EXTREMADAS FICARAM, PELA LEI 1.579, DE MARÇO DE 1952, ATRIBUIÇÕES DA COMISSÃO E COMPETÊNCIA DOS JUÍZES. DETERMINAR DILIGÊNCIAS, REQUERER CONVOCAÇÃO DE MINISTROS DE ESTADO, TOMAR O DEPOIMENTO DE QUAISQUER AUTORIDADES FEDERAIS, ESTADUAIS OU MUNICIPAIS, OUVIR OS INDICIADOS, INQUIRIR TESTEMUNHAS SOB COMPROMISSO, REQUISITAR DE REPARAÇÕES PÚBLICAS E AUTÁRQUICAS INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS, TUDO ISSO, PELO ART.2º DA LEI 1.579, É COMETIDO À COMISSÃO. OBRIGAR AS TESTEMUNHAS FALTOSAS A COMPARECER, COMUNICAR-LHES A PENA DEVIDA, PROCESSÁ-LAS E PUNI-LAS, SE HOVEREM OMITIDO A VERDADE, É DA ALÇADA DO JUDICIÁRIO. LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE INQUIRIR DAS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS IMPERTINENTES. SANÇÃO CONTRA OS QUE RECUSAM DIZER A VERDADE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE *HABEAS CORPUS*.”¹⁰

Igual posição adotou o **Supremo Tribunal Federal** em 07/04/1994, quando do julgamento do **HC 71039/RJ**, tendo por relator o Ministro **Paulo Brossard**:

¹⁰ Notícia extraída do sítio [HTTP://www.jusbrasil.com.br/jurisprudência/646249/recurso-em-habeas-corporus-rhc-32678](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudência/646249/recurso-em-habeas-corporus-rhc-32678). Busca realizada em 19/10/11.

“EMENTA: Ao Supremo Federal compete exercer, originariamente, o controle jurisdicional sobre atos de comissão parlamentar de inquérito que envolvam ilegalidade ou ofensa a direito individual, dado que a ele compete processar e julgar *habeas corpus* e mandado de segurança contra atos das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, art. 102, I, i, da Constituição, e a comissão parlamentar de inquérito procede como se fora a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal ou o Congresso Nacional. Construção constitucional consagrada, MS 1959, de 1953 e HC 92.678, de 1953. Às câmaras legislativas pertencem poderes investigatórios, bem como os meios instrumentais destinados a torná-los efetivos. Por uma questão de funcionalidade, elas os exercem por intermédio de comissões parlamentares de inquérito, que fazem as suas vezes. Mesmo quando as comissões parlamentares de inquérito não eram sequer mencionadas na Constituição, estavam elas armadas de poderes congressuais, porque sempre se entendeu que o poder de investigar era inerente ao poder de legislar e de fiscalizar, e sem ele o Poder Legislativo estaria defectivo para o exercício de suas atribuições. O poder investigatório é auxiliar necessário do poder de legislar; *conditio sine qua non* de seu exercício regular. Podem ser objeto de investigação todos os assuntos que estejam na competência legislativa ou fiscalizatória do Congresso. Se os poderes da comissão parlamentar de inquérito são dimensionados pelos poderes da entidade matriz, os poderes desta delimitam a competência da comissão. Ela não terá poderes maiores do que os de sua matriz. De outro lado, o poder da comissão parlamentar de inquérito é coextensivo ao da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional. São amplos os poderes da comissão parlamentar de inquérito, pois são os necessários e úteis para o cabal desempenho de suas atribuições. Contudo, não são ilimitados. Toda autoridade, seja ela qual for, está sujeita à Constituição. O Poder Legislativo também, e com ele, as suas comissões. A comissão parlamentar de inquérito encontra na jurisdição constitucional do Congresso seus limites.

Por uma necessidade funcional, a comissão parlamentar de inquérito não tem poderes universais, mas limitados a fatos determinados, o que não quer dizer não possa haver tantas comissões quantas as necessárias para realizar as investigações recomendáveis, e que outros fatos, inicialmente previstos, não possam ser aditados aos objetivos da comissão de inquérito, já em ação. O poder de investigar não é um fim em si mesmo, mas um poder instrumental ou ancilar relacionado com as atribuições do Poder Legislativo. Quem quer o fim dá os meios. A comissão parlamentar de inquérito, destinada a investigar fatos relacionados com as atribuições congressuais, tem poderes imanentes ao natural exercício de suas atribuições, como de colher depoimentos, ouvir indiciados, inquirir testemunhas, notificando-as a comparecer perante ela e a depor; a este poder corresponde o dever de, comparecendo a pessoa perante a comissão, prestar-lhe depoimento, não podendo calar a verdade. Comete crime a testemunha que o fizer. A Constituição, art. 58, § 3º, a Lei 1579, art. 4º, e a jurisprudência são nesse sentido. **Também pode requisitar documentos e buscar todos os meios de provas legalmente admitidos. Ao poder de investigar corresponde, necessariamente, a posse dos meios coercitivos adequados para o bom desempenho de suas finalidades; eles são diretos, até onde se revelam eficazes, e indiretos, quando falharem aqueles, caso em que se servirá da colaboração do aparelho judiciário.** Os poderes congressuais, de legislar e fiscalizar, hão de estar investidos dos meios apropriados e eficazes ao seu normal desempenho. O poder de fiscalizar, expresso no inciso X do art. 49 da Constituição, não pode ficar condicionado a arrimo que lhe venha a dar outro Poder, ainda que, em certas circunstâncias, ele possa vir a ser necessário. A comissão parlamentar de inquérito se destina a apurar fatos relacionados com a administração, Constituição, art. 49, X, com a finalidade de conhecer situações que possam ou devam ser disciplinadas em lei, ou ainda para verificar os efeitos de determinada legislação, sua excelência, inocuidade ou nocividade. Não se destina a apurar crimes

nem a puni-los, da competência dos Poderes Executivo e Judiciário; entretanto, se no curso de uma investigação, vem a deparar fato criminoso, dele dará ciência ao Ministério Público, para os fins de direito, como qualquer autoridade, e mesmo como qualquer do povo. Constituição, art. 58, § 3º, *in fine*. **A comissão parlamentar de inquérito tem meios para o desempenho de suas atribuições e finalidades. Procede regularmente com os seus meios, intimando testemunhas, requisitando papéis, servindo-se dos meios ordinários e habituais, o contacto direto do relator, o telefone, o ofício, a intimação por funcionário seu, posto à sua disposição, e só por exceção se serve da colaboração de outro poder.** Dificilmente a comissão poderia cumprir sua missão se, a todo momento e a cada passo, tivesse de solicitar a colaboração do Poder Judiciário para intimar uma testemunha a comparecer e a depor. **Em casos de resistência ou recalcitrância ou desobediência, comprovados e certificados pela comissão, por meio de seu funcionário, solicitada a colaboração do aparelho entre os Poderes, não lhe pode negar. Lei 1579, art. 3º parágrafo único.** Se a comissão parlamentar de inquérito não tivesse meios compulsórios para o desempenho de suas atribuições, ela não teria como levar a termo os seus trabalhos, pois ficaria à mercê da boa vontade ou, quiçá, da complacência de pessoas das quais dependesse em seu trabalho. Esses poderes são inerentes à comissão parlamentar de inquérito e são implícitos em sua constitucional existência. Não fora assim e ela não poderia funcionar senão amparada nas muletas que lhe fornecesse outro Poder, o que contraria a lógica das instituições. A comissão pode, em princípio, determinar buscas e apreensões, sem o que essas medidas poderiam tornar-se inúteis e quando viessem a ser executadas cairiam no vazio. Prudência, moderação e adequação recomendáveis nessa matéria, que pode constituir o *punctum dollens* da comissão parlamentar de inquérito no exercício de seus poderes, que, entretanto, devem ser exercidos, sob pena da investigação tornar-se ilusória e destituída de qualquer sentido útil. Em caso de desacato, à entidade ofendida cabe tomar as

providências devidas ato contínuo, sem prejuízo do oportuno envio das peças respectivas ou do atuo correspondente ao Ministério Público para a instauração do processo criminal. Ninguém pode escusar-se de comparecer a comissão parlamentar de inquérito para depor. **Ninguém pode recusar-se a depor. Contudo, a testemunha pode escusar-se a prestar depoimento se este colidir com o dever de guardar sigilo. O sigilo profissional tem alcance geral e se aplica a qualquer juízo, cível, criminal, administrativo ou parlamentar.** Não basta invocar sigilo profissional para que a pessoa fique isenta de prestar depoimento. É preciso haver um mínimo de credibilidade na alegação e só *a posteriori* pode ser apreciado caso a caso. A testemunha, não pode prever todas as perguntas que lhe serão feitas. O Judiciário deve ser prudente nessa matéria, para evitar que a pessoa venha a obter HC para calar a verdade, o que é modalidade de falso testemunho. Prisão decretada pelo presidente da CPI que extravasa claramente os limites legais. *Habeas Corpus* concedido para cassar o decreto ilegal, sem prejuízo do dever de seu comparecimento à Comissão, para ser inquirido como testemunha ou ouvido como indiciado.

Em decisão mais recente, o Ministro **Marco Aurélio Mello**, no exercício da Presidência do **Supremo Tribunal Federal**, ao decidir monocraticamente o **HC 99893 MC** – extensão-segunda/AM Amazonas, pontuou que não é legítimo às CPIs conduzirem coercitivamente investigados/indiciados, sendo, porém, necessário observar o rito do artigo 3º, § 1º, da Lei Federal nº 1.579/52 para a condução coercitiva de testemunhas. Confira-se:

“Diante do não comparecimento, o paciente foi reconvocato (fl. 7), tendo a Comissão aprovado previamente requerimento para que seja conduzido coercitivamente.

O art. 3º da Lei 1.579/52 determina que indiciados e testemunhas sejam intimados de acordo com as prescrições estabelecidas na legislação penal, comando do qual não destoam o art. 148 do Regimento Interno do Senado.

No § 1º do art. 3º da Lei 1.579/52, resta estabelecido o procedimento para que as testemunhas sejam conduzidas coercitivamente, não se estendendo tal possibilidade para os indiciados.

É o que também faz o Código de Processo Penal que estabelece hipótese de condução coercitiva apenas para as testemunhas (art. 218, CPP), a demonstrar que a condução coercitiva não é providência legítima quando se trata de investigado”. – grifei.

Em outra oportunidade, o **Supremo Tribunal Federal**, quando do julgamento do **MS nº 23.454-DF**, que teve como Relator o Ministro **Marco Aurélio Mello**, entendeu que os poderes de investigação conferidos à CPI não importam na outorga de poderes para os parlamentares realizarem constrição de bens ou de pessoas privadas. Nesta hipótese, necessário socorrer-se ao Poder Judiciário. Confira-se parte da decisão:

“(…)

A Carta da República confere às Comissões Parlamentares de Inquérito “... poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas ...” (§ 3º do artigo 58). **Ao primeiro exame, a referência aos poderes de investigação - e melhor seria de direção das investigações - não alcança, em si, atos que possam repercutir de forma direta, consubstanciando constrições, em pessoas e bens integrantes de patrimônio privado.** O que se contém no § 3º do artigo 58 da Constituição Federal, relativamente ao vocábulo *poderes*, não pode ser dissociado do fim último das Comissões Parlamentares de Inquérito, ou seja, a investigação. A partir do momento em que elementos tidos por indispensáveis, pela Comissão Parlamentar de Inquérito, dependam da prática de atos que impliquem efetivo constrangimento, atingindo a liberdade e a privacidade de pessoas de direito privado, há de atentar-se para a necessária atuação do Estado-Juiz, de quem competir a função jurisdicional. Impõe-se a consideração do sistema da Carta da República, alicerçado que se encontra na cláusula

reveladora da separação e harmonia dos Poderes, artigo 2º. Em jogo a liberdade do cidadão, há de ter-se presente a regra do inciso LXI do artigo 5º do Diploma Fundamental, segundo a qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar, ou crime propriamente militar definidos em lei”. **Fazendo-se presente invasão da vida privada, há de observar-se, visando ao afastamento da inviolabilidade, assegurada constitucionalmente, o crivo equidistante do Judiciário. Todo e qualquer ato de constrição, seja qual for o órgão incumbido da investigação, extravasa os poderes alusivos a esta última, exigindo, por isso mesmo, a análise e definição por órgão investido do ofício judicante. A este cabe decidir, diante das peculiaridades do caso, a oportunidade, ou não, de implementá-lo, fixando-lhe os parâmetros. (...)**

(MS 23454 / DF - DISTRITO FEDERAL - MANDADO DE SEGURANÇA - Relator(a): Min. MARCO AURELIO - Julgamento: 29/05/1999)¹¹

O Ministro **Cesar Peluso**, do **Supremo Tribunal Federal**, quando apreciou a **Petição nº 3756/MG**, que pretendia a condução coercitiva de um Deputado Estadual para depor em uma CPI municipal, **reafirmou o entendimento da Corte Constitucional brasileira de que é necessário solicitar ao juiz criminal a condução coercitiva de testemunha**, bem assim a aplicação do disposto no artigo 3º, § 1º, da Lei Federal nº 1.579/52, inclusive no âmbito municipal:

“DECISÃO: 1. Trata-se de petição formulada pela Comissão Processante nº 001/2006, da Câmara Municipal de Alfenas/MG, **pela qual se requer a condução coercitiva de testemunha faltosa, o Deputado Federal Odair José da Cunha, bem como remessa de cópias deste expediente à Procuradoria-Geral da República, para apuração de eventual delito de desobediência por parte do Parlamentar.** Notificado por aquela Comissão Processante, o Prefeito Municipal de Alfenas/MG

11 Informação colhida no sítio do STF (www.stf.jus.br) no dia 24/10/11 dá conta de que a segurança foi concedida e a decisão transitou em julgado. “O TRIBUNAL, POR UNANIMIDADE, DEFERIU O MANDADO DE SEGURANÇA. VOTOU O PRESIDENTE. FALOU PELOS IMPETRANTES O DR. ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA.”

apresentou defesa e arrolou o Deputado Federal Odair José da Cunha como testemunha (fls. 26-27). Diante disso, e em razão do disposto no art. 211 do Código de Processo Penal, a Comissão Processante enviou, em 28 de agosto p.p., ofício ao Parlamentar, solicitando-lhe que indicasse dia, horário e local para depoimento, com a ressalva de que tal diligência ocorresse no prazo máximo de 20 (vinte) dias, a fim de viabilizar a instrução do feito no prazo legal assinalado (fls. 29). (...).

Reunida no dia 25 de setembro p.p., em Boa Esperança/MG, para ouvi-lo, o Parlamentar não compareceu, tendo, então, a Comissão decidido “requisitar judicialmente, junto ao Supremo Tribunal Federal, a condução coercitiva da citada testemunha, para prestar depoimento no dia 27.09.06 (quarta-feira), às 20:00 horas, novamente na sede da Câmara Municipal de Boa Esperança-MG, com a conseqüente cópia ao Procurador da República, para que fosse apurada possível responsabilidade da testemunha, caso houvesse” (fls. 33). (...). Ante o exposto, a Comissão Processante requer seja ordenado à Polícia Federal que proceda à condução coercitiva do Deputado Federal Odair José da Cunha para prestar depoimento amanhã, 27 de setembro de 2006, às 20:00 horas, na Câmara Municipal de Boa Esperança/MG, bem como seja determinada remessa de cópia deste expediente à Procuradoria-Geral da República, para verificar a possibilidade de instauração de procedimento criminal contra o Parlamentar, por crime de desobediência. 2. Incognoscível o pedido de condução coercitiva. **A Lei nº 1.579/52, que dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito, estabelece, no art. 3º, que “iniciados e testemunhas serão intimados de acordo com as prescrições estabelecidas na legislação penal”. É o que basta por aplicar ao caso o disposto no art. 221, caput, do Código de Processo Penal. Estabelece, ainda, o § 1º do art. 3º da Lei nº 1.579/52, que, “em caso de não-comparecimento da testemunha sem motivo justificado, a sua intimação será solicitada ao juiz criminal da localidade em que resida ou se encontre, na forma do art. 218 do Código de Processo Penal”, de sorte que incompetente esta Corte para atender**

ao reclamo formulado pela Comissão Processante. Caso houvesse de requerer a condução coercitiva do Deputado Federal, deveria fazê-lo perante o juízo criminal da localidade em que reside ou se encontra o Parlamentar, sendo o Supremo Tribunal Federal incompetente para conhecer e processar esta petição. 3. Indefiro, outrossim, o pedido de envio de cópias deste expediente à Procuradoria-Geral da República, para que proceda à investigação de eventual prática do delito de desobediência. (...).

As intimações de indiciados e testemunhas, por Comissões Parlamentares de Inquérito, devem obedecer às normas processuais penais aplicáveis, conforme estabelece o já referido art. 3º da Lei nº 1.579/52. (...) Assim, tendo-se em conta que o Parlamentar foi intimado na sexta-feira a prestar depoimento na segunda-feira seguinte, às 08:00 horas, não há como deduzir prática de desobediência a comando legal, que pode ter-se tornado inexecutável em razão da ausência de prazo razoável para comparecimento. 4. Ante o exposto, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF, nego seguimento ao pedido de condução coercitiva, em razão da incompetência desta Corte para conhecê-lo, e indefiro o pedido de extração de cópias e remessa de peças à Procuradoria-Geral da República, por não visualizar indícios de prática de conduta típica no caso. Arquive-se. Publique-se. Int. Brasília, 26 de setembro de 2006. Ministro CEZAR PELUSO Relator”

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro possui a mesma orientação:

“COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. CÂMARA MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. RECLAMAÇÃO. PROCEDÊNCIA. Reclamação. **Comissão parlamentar de inquérito municipal. Decisão do Juízo de primeiro grau que indefere pedido de intimação, sob pena de condução coercitiva, de testemunha, por entender impossível a instauração de CPI em âmbito municipal. Decisão que merece reforma.** Pedido que se julga procedente. 1. Sendo o poder-dever de fiscalizar uma das funções típicas do Poder Legislativo, e tendo

a Constituição da República, em seu artigo 58, par. 3., autorizado a criação de comissões parlamentares de inquérito pela Câmara Federal, pelo Senado, ou por ambas as Casas do Congresso, com o fim de apurar fatos que competem ao Poder Legislativo Federal, impõe-se o reconhecimento de tal prerrogativa, também, ante o princípio da simetria, às Câmaras Municipais, para que, dentro dos limites legais, possam investigar questões de competência e de interesse de seus respectivos municípios, conforme entendimento já pacificado no Supremo Tribunal Federal. 2. **Não tendo a testemunha - sócia majoritária de empresa que se acha sob fundada suspeita de omissão de receitas como forma de suprimir o recolhimento de impostos municipais -, apesar de regularmente intimada, comparecido perante a Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro, para apresentar documentos e prestar declarações - deixando de justificar a sua ausência -, é de se deferir a medida judicial pleiteada pela reclamante, no sentido de que seja determinada a intimação da citada testemunha, para comparecer à CPI, em data a ser designada, sob pena de condução coercitiva. 3. Reclamação procedente.” (0017134-91.2007.8.19.0001 (2007.077.00014) - CORREIÇÃO PARCIAL - DES. JOSE AUGUSTO DE ARAUJO NETO - Julgamento: 06/11/2007 - SEGUNDA CAMARA CRIMINAL).**

O **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná** também endossa a mesma posição:

“DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade, em conhecer e deferir a correção parcial, de acordo com o voto do Relator. EMENTA: CORREIÇÃO PARCIAL. COMISSÃO ESPECIAL DE INQUÉRITO. CÂMARA MUNICIPAL. APURAÇÃO DE IRREGULARIDADES NA ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. MALVERSAÇÃO DE DINHEIRO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO DE TESTEMUNHA. NÃO COMPARECIMENTO. **PEDIDO DE PROVIDÊNCIA AO PODER JUDICIÁRIO. CONDUÇÃO COERCITIVA.** NEGATIVA. INSURGÊNCIA. FUNDA-

MENTO LEGAL. ART. 58, CF/88. ART. 62, CE. ART. 3º, § 1º, DA LEI 1.579/52 E ART. 52, § 7º, INCISO I, DO REGIMENTO INTERNO. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. TEORIA DOS PODERES IMPLICITOS. AUSÊNCIA DE ATRIBUIÇÕES JURISDICIONAIS. COOPERAÇÃO ENTRE OS PODERES. CORREIÇÃO PARCIAL DEFERIDA. **A Comissão Municipal Especial de Inquérito não possui atribuições jurisdicionais, razão pela qual necessita da cooperação do Poder Judiciário, que lhe forneça os meios coercitivos adequados para o bom desempenho de suas finalidades**". (Processo: 363816-4 - Relator(a): João Kopytowski - Data do Julgamento: 29/03/2007 15:48:00 - Fonte/Data da Publicação: DJ: 7353 27/04/2007)¹²

A doutrina, apesar de certa divergência, também tem caminhado para concluir pela recepção do artigo 3º, § 1º da Lei Federal nº 1.579/52 pela Constituição da República de 1988, e sua plena vigência.

A propósito, ao analisar a expressão "*terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*", LUÍS ROBERTO BARROSO afirma que esta não pode significar exceção irrestrita à separação, independência e harmonia dos poderes, na medida em que o seu real sentido deve ser "*o de criar para a comissão parlamentar de inquérito o direito ou, antes, o poder de atribuir às suas determinações o caráter de imperatividade*", **mas não de autoexecutoriedade**, devendo ser observados, ainda, os princípios que o próprio constituinte elegeu. E sobre o tema específico deste trabalho, arremata o Constitucionalista citado:

"No Brasil, da mesma sorte, não deve a cláusula ser interpretada como a abdicação de competências do Poder Judiciário em favor do Legislativo. Seria insensato retirar bens e valores integrantes do elenco secular de direitos e garantias individuais do domínio da serena imparcialidade de juízes e tribunais, e arremetê-los para a fogueira das paixões politizadas da vida parlamentar. Não se deve interpretar a

12 No mesmo sentido decidiram: (i) o Tribunal de Justiça do Estado do Amapá – processo nº 83/93- *Habeas Corpus*, Rel. Juiz Convocado Constantino Brahuna, Tribunal Pleno, publicado no DOE nº 0852, de 20/06/94; (ii) Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas (*Habeas Corpus* nº 2003.001656-2; e (iii) Tribunal de Justiça do Distrito Federal (*Habeas Corpus* 686095- DF – Conselho Especial, pub DJU de 16/06/96). Em sentido contrário, isto é, entendendo que é desnecessário obter decisão judicial, decidiram: a) Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (*Habeas Corpus* nº 70022563639 – 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. Constantino Lisbôa de Azevedo, em 24/01/08); e b) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Cível nº 308048.5/2.00 – 5ª Câmara de Direito Privado. Julg. 04/09/2003).

vontade do constituinte contra os princípios que ele próprio elegeu. Além do Estado Democrático de Direito (art. 1º) é princípio fundamental da República Federativa do Brasil a separação, a independência e harmonia dos Poderes. Qualquer exceção a ele deve ser vista com reserva e interpretada restritivamente.

(...)

O que se pretendeu com a inovação foi dar caráter obrigatório às determinações da comissão, ensejando providência como a condução coercitiva em caso de não comparecimento e impondo às testemunhas o dever de dizer a verdade. Mesmo nestas duas hipóteses, contudo, o que se instituiu foi o poder da comissão e o dever do parlamentar. **Não houve outorga de auto-executoriedade à comissão, que, em qualquer caso, haverá de servir-se do Judiciário.** A norma atributiva de poderes de investigação de autoridade judicial tem caráter material, e não processual. Institui o poder de exigir, mas não o de executar.”^{13/14}

O entendimento da doutrina e da jurisprudência, acima colacionado, revela que, apesar de não ser pacífica a interpretação do que vem a significar “*poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*”, a atribuição de poderes de investigação às CPIs representa **norma de exceção ao princípio da separação de Poderes**, e, por isso, **deve ser interpretada de forma restritiva**, alcançando **os poderes próprios das autoridades**

13 BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 114/115.

14 No mesmo sentido está o pensamento de ERIVAL DA SILVA OLIVEIRA: “Se a testemunha se recusa a depor, pode alegar que houve justo motivo e a comissão pode prescindir de seu depoimento. Se achar que é imprescindível, pode intimá-la judicialmente” (OLIVEIRA. Erival da Silva Oliveira. **Comissão Parlamentar de Inquérito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 81). EDSON BROZOZA segue a mesma linha de raciocínio desenvolvido neste trabalho: “Sendo assim, a teor do artigo 218 do Código de Processo Penal, não poderá escusar-se de comparecer à Comissão Parlamentar de Inquérito para depor, sem motivo justificado, a testemunha regularmente intimada para o ato. **Em caso de resistência ou recalcitrância comprovada e certificada pela comissão por meio de seu funcionário, além de incorrer no crime de desobediência insculpido no artigo 320 do Código Penal, poderá, uma vez requerido ao juízo criminal, ser conduzido coercitivamente, inclusive com auxílio de força policial.** No entanto, cumpre ressaltar, que a autoridade judicial “não está compelida a acatar o pedido de condução coercitiva de testemunha recalcitrante formulado pela Comissão Parlamentar de Inquérito. Poderá indeferi-lo desde que o faça consoante o princípio constitucional da fundamentação das decisões dos órgãos públicos (93, IX)” (BROZOZA. Edson. **Comissão Parlamentar de Inquérito Descomplicada**, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010, p. 60. Citação do texto realizada pelo Autor da obra de Uadi Lämmego Bulos. **Comissão Parlamentar de Inquérito – técnica e prática**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 91.)

judiciais explicitados na lei, e não os poderes implícitos dele decorrentes apenas a partir de esforço interpretativo extensivo¹⁵.

Deste modo, tem-se que o direito fundamental de ir e vir do cidadão, previsto no artigo 5º, incisos XV e LIV e a interpretação do artigo 58, § 3º, ambos da CRFB/88, são suficientes para concluir-se pela recepção constitucional do artigo 3º, § 1º, da Lei Federal nº 1.579/52 que, à luz do **princípio da legalidade**¹⁶, deve ser aplicado para regular o procedimento para condução de testemunhas que se recusam, injustificadamente, a comparecer às Comissões Parlamentares de Inquérito.

Em suma: diante da recusa injustificada de testemunha de comparecer para depor em CPI, o Poder Legislativo tem de buscar a condução coercitiva perante o Poder Judiciário e não diretamente à autoridade policial.

CONVOCAÇÃO DE ADVOGADO PARA DEPOR EM CPI

Conforme foi possível depreender do acima exposto, a Constituição da República de 1988 equiparou os poderes materiais de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito aos das autoridades judiciais, o que, por certo, impõe aos parlamentares os mesmos limites legais impostos aos magistrados para atuar. Nesse sentido, já decidiu o PLENO do **Supremo Tribunal Federal**, quando do julgamento do **HC 80.240/RR**. Confira-se trecho da ementa:

“(...) III. Comissão Parlamentar de Inquérito: conforme o art. 58, § 3º, da Constituição, as comissões parlamentares de inquérito, detêm o poder instrutório das autoridades judiciais - e não maior que o dessas - de modo que **a elas se poderão opor os mesmos limites formais e substanciais oponíveis aos juízes, dentre os quais os derivados de direitos e garantias constitucionais.** (...)” (HC 80240 / RR – RORAIMA, *HABEAS*

15 *Revista Trimestral de Direito Público* – 5. Fábio Konder Comparato, Malheiros Editores, 1994, p. 72.

16 Sobre a necessidade de as CPI's cumprirem, com fidelidade, o princípio da legalidade, confira-se a decisão proferida pelo STF quando do julgamento monocrático do MS 25.908:

“Os poderes de investigação atribuídos às CPIs devem ser exercidos nos termos da legalidade. A observância da legalidade é fundamental não apenas à garantia das liberdades individuais, mas à própria integridade das funções --- função como dever-poder --- das CPIs. Essas não detêm simples poder de investigar; antes, estão vinculadas pelo dever de fazê-lo, e de fazê-lo dentro dos parâmetros de legalidade. Vale dizer, a ordem jurídica atribui às CPIs o dever de investigar, sem contudo exceder as margens da legalidade. Em nenhum momento se justifica a afronta a ela, seja pelos investigados, seja por quem investiga.” (trecho da decisão monocrática proferida pelo Min. EROS GRAU em 27/03/2006, no MS 25.908).

CORPUS, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 20/06/2001, Órgão Julgador: Tribunal Pleno). – grifei.

A expressão utilizada pela Constituição da República de 1988 no artigo 58, § 3º menciona, ainda, outros poderes “*previstos nos regimentos das respectivas casas legislativas*”. Não significa isso, porém, que o Regimento Interno de uma Casa Legislativa possa prever e ampliar os poderes das CPIs, que tenham reflexos perante a coletividade, na medida em que a natureza do Regimento Interno é de regulamentação *interna corporis*, podendo apenas disciplinar e regulamentar os poderes já consagrados e delimitados no âmbito da Constituição Federal e da Lei Federal nº 1.579/52¹⁷.

Nesse contexto, faz-se necessário dizer que o Regimento Interno do Senado Federal, na esteira do que já previa a Lei Federal nº 1.579/52, determina a aplicação da legislação processual penal ao procedimento da CPI, inclusive na inquirição de testemunhas, conforme se lê nos arts. 148, §2º, e 153, *verbis*:

“Art. 148. § 2º Os indiciados e testemunhas serão intimados de acordo com as prescrições estabelecidas na **legislação processual penal**, aplicando-se, no que couber, a mesma legislação, na inquirição de testemunhas e autoridades.”

“Art. 153. Nos atos processuais, aplicar-se-ão, subsidiariamente, as disposições do **Código de Processo Penal**.”

O **Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro** prevê, no art. 31, § 5º, que “*O trabalho das comissões parlamentares de inquérito obedecerá às normas previstas neste Regimento, na legislação específica (Lei Federal n.º 1579/52) e, subsidiariamente, no Código de Processo Penal.*”

Por sua vez, o Código de Processo Penal **proíbe** o depoimento de quem, **em razão de sua função, ministério ou profissão**, está obrigado a guardar segredo, como sói acontecer com o advogado. Com efeito, assim dispõe o art. 207 do CPP:

“Art. 207 - “**São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar se-**

¹⁷ Paulo Hamilton Siqueira Jr., ob. cit., p. 93/99.

gredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quise-rem dar o seu testemunho.”

Por outro lado, necessário esclarecer que se alguém proibido de depor vier a fazê-lo, cometerá o crime previsto no artigo 154 do Código Penal, assim disposto:

“Violação do segredo profissional

Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.”

Nota-se, portanto, que **é ilícita** a conduta de advogado – público ou privado - que comparece à CPI para depor sobre fatos que conhece em razão do seu ofício ou profissão.

Desse modo, se a Constituição Federal impõe aos poderes de investigação da CPI os mesmos limites a que se submetem as autoridades judiciais, e o próprio regimento interno do Senado Federal e, no caso específico do Rio de Janeiro, da Assembleia Legislativa - ALERJ preveem que aos atos processuais praticados durante a CPI deve ser aplicada a legislação processual penal, é de se concluir que a convocação de advogado para depor como testemunha em CPI que investiga fato relacionado ao exercício de sua profissão – ou relativo a seus clientes - viola, em primeiro lugar, a Constituição Federal (artigo 58, § 3º da CRFB/88), e, posteriormente, os artigos 207 do CPP e 154 do CP.

Faz-se necessário ainda argumentar que o **Estatuto da Advocacia e da OAB** - Lei Federal nº 8.906, de 04 de julho de 1994 – dispõe, no inciso XIX do art. 7º, ser **direito do advogado** “recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitui sigilo profissional”. (grifei)

Ressalte-se que apesar de o artigo 2º da Lei Federal nº 1.579/52 não prever a exceção da inquirição de advogado como testemunha em

CPI, esta circunstância não excluiu a aplicação da Lei Federal nº 8.906/94, que é norma posterior e especial em relação às prerrogativas do advogado, editada em atenção ao comando do artigo 133 da CRFB/88.

Em verdade, não se está a tratar de conflito de normas no tempo, pois a Lei Federal nº 1.579/52 e a Lei Federal nº 8.906/94 regulam matérias completamente diferentes. Tratam-se, aqui, de normas especiais que disciplinam assuntos diversos, mas que devem ser interpretadas teleologicamente. Assim, se não são incompatíveis – *como não o são* –, subsistem, uma *a par* da outra. Porém, em um conflito aparente de normas (como, repita-se, não acontece na presente hipótese), deve-se buscar interpretação que as compatibilize e, neste caso, sendo a Lei Federal nº 8.906/94 especial em relação aos direitos e deveres do advogado, deve prevalecer o direito estabelecido no art. 7º, inciso XIX do Estatuto da Advocacia, o qual vem sendo observado rigorosamente pelas autoridades judiciais e, por via de consequência, também merece obediência pelos parlamentares que compõem as Comissões Parlamentares de Inquérito.

Assim, se é dever profissional do Advogado – público ou privado – manter sigilo sobre as informações prestadas por seu patrocinado, e se está dispensado e **proibido** de prestar depoimento como testemunha, na forma do Código de Processo Penal e do Estatuto da Advocacia, este direito tem de ser respeitado em processo criminal, em inquéritos civis e, sobretudo, em procedimentos de investigação presidida por Comissão Parlamentar de Inquérito.

Confira-se, por oportuna, decisão do **Supremo Tribunal Federal**, acerca da discussão objeto deste estudo, proferida pelo Ministro MARCO AURÉLIO MELLO:

“COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - INTIMAÇÃO DE ADVOGADO PARA PRESTAR DEPOIMENTO - RELEVÂNCIA DO PEDIDO – LIMINAR DEFERIDA.

1. O advogado Dr. Leonardo Antônio de Sanches ajuíza este *habeas corpus* em benefício de Enrico GIANELLI, tendo em conta ato do senador Efraim Moraes, Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Bingos - CPI dos Bingos -, intimando o paciente para prestar depoimento. Articula o im-

petrante com a justificação do requerimento que desaguou no ato, no qual se fez referência à prestação de serviços, a certa empresa, pelo paciente - que encaminhara ao senador e-mail, informando jamais haver presenciado ato discrepante da ordem jurídica com a finalidade de prorrogar contrato com a empresa Gtech. Ressalta o causídico que, consoante dispõe o inciso XIX do artigo 7º da Lei nº 8.906/94, o advogado pode se recusar a depor como testemunha sobre fato relacionado com o cliente. Diz mais que, de acordo com o artigo 154 do Código Penal, constitui crime a violação de sigilo profissional, a revelação de informações alcançadas em face do desempenho de profissão, remetendo ao que decidido por esta Corte no Mandado de Segurança nº 23.452-1/RJ, relatado pelo ministro Celso de Mello. Requer liminar que implique o cancelamento da convocação e, sucessivamente, que desobrigue o paciente de firmar termo de compromisso na condição de testemunha, de modo a permitir-se permanecer em silêncio toda vez que entender que uma eventual resposta possa implicar a violação de sigilo profissional, concedendo-se no julgamento de fundo, em definitivo, a ordem. À inicial anexou os documentos de folha 12 a 19. Recebi este processo no gabinete às 16 horas e 35 minutos do dia de hoje, sendo certo que a convocação em tela diz com o comparecimento para a assentada da Comissão Parlamentar de Inquérito que se realizará no dia de amanhã, 9 de agosto de 2005, às 10 horas.

2. Colho da justificativa que resultou na mencionada convocação a referência ao fato de o paciente haver atuado como advogado da empresa Gtech (folha 14) - dado suficiente a atrair a incidência do preceito inserto no artigo 7º, inciso XIX, da Lei nº 8.906/94. Consubstancia direito do advogado recusar-se a depor, como testemunha, em processo no qual haja funcionado ou deva funcionar ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem

como sobre fato que caracterize sigilo profissional. A partir da premissa constante, repita-se, da justificativa do requerimento de convocação - o paciente atuou como advogado, na prestação de serviços a certo cliente -, não se tem como placitar o ato da Comissão Parlamentar de Inquérito.

3. Defiro a liminar pleiteada, desobrigando o paciente, ante a convocação, tal como formalizada, de comparecer à Comissão Parlamentar de Inquérito aludida para ser ouvido. (...)

(HC 86429 / DF - DISTRITO FEDERAL - HABEAS CORPUS - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO - Julgamento: 08/08/2005).¹⁸

Percebe-se, portanto, que a convocação de advogado para prestar depoimento em CPI na qualidade de testemunha, sobre fatos em relação aos quais tinha e tem dever de sigilo, viola o Código de Processo Penal, o Estatuto da Advocacia e da OAB, e o Regimento Interno da ALERJ, estando em desacordo, ainda, com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A profissão de advogado, assim como algumas outras (exemplo: padre, médico etc.), exige que seja estabelecida relação de confiança do patrocinado para com o patrono, baseada no sigilo das informações por aquele prestado. Se uma CPI puder excepcionar o sigilo profissional do advogado, fato impensado até mesmo para atuação do Poder Judiciário, restará aniquilada a principal característica desta profissão e, assim, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

18 Este acórdão, por certo, afastou a antiga e isolada, s.m.j., decisão proferida nos autos do **HC 71231 / RJ - RIO DE JANEIRO - Julgamento: 05/05/1994 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno do STF.**

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO: FATO DETERMINADO E PRAZO CERTO. C.F., ARTIGO 58, § 3º. LEI 1.579/52. ADVOGADO. TESTEMUNHA. OBRIGAÇÃO DE ATENDER À CONVOCÇÃO DA CPI PARA DEPOR COMO TESTEMUNHA. C.F., ARTIGO 133; CPP, ART. 207; CPP, ART. 406; CÓD. PENAL, ART. 154; LEI 4.215, DE 1963, ARTIGOS 87 E 89. I. - A Comissão Parlamentar de Inquérito deve apurar fato determinado. C.F., art. 58, § 3º. Todavia, não está impedida de investigar fatos que se ligam, intimamente, com o fato principal. II. - Prazo certo: o Supremo Tribunal Federal, julgando o HC nº 71.193-SP, decidiu que a locução "prazo certo", inscrita no § 3º do artigo 58 da Constituição, não impede prorrogações sucessivas dentro da legislatura, nos termos da Lei 1.579/52. III. - A intimação do paciente, que é advogado, para prestar depoimento à CPI, não representa violência ao disposto no art. 133 da Constituição nem às normas dos artigos 87 e 89 da Lei 4.215, de 1963, 406, CPC, 154, Cód. Penal, e 207, CPP. O paciente, se for o caso, invocará, perante a CPI, sempre com possibilidade de ser requerido o controle judicial, os direitos decorrentes do seu "status" profissional, sujeitos os que se excederem ao crime de abuso de autoridade. IV. - H.C. indeferido."

CONCLUSÃO

As ideias acima desenvolvidas podem ser sintetizadas com as seguintes conclusões:

(i) A Constituição Federal, apesar de ter atribuído ao Poder Legislativo a função atípica de controle e fiscalização do Poder Legislativo, a partir da instituição de Comissões Parlamentares de Inquérito (artigo 58, § 3º da CRFB/88) e do artigo 49, X, da CRFB/88, *v.g.*, não o fez desconsiderando suas demais regras e princípios.

(ii) O procedimento fiscalizatório da CPI deve observar os limites materiais e processuais impostos pela CRFB/88 e pela legislação infra-constitucional, sobretudo os princípios da separação, independência e harmonia dos poderes, da legalidade, da liberdade, do livre exercício da profissão, da ampla defesa, e da razoabilidade.

(iii) A Lei Federal nº 1.579/52 foi recepcionada pela Constituição da República de 1988, e deve ser aplicada para regular as CPIs instaladas nos Poderes Legislativos de todos os entes da federação.

(iv) A condução forçada de testemunha que, injustificadamente, se recusa a comparecer à CPI deve ser objeto de requisição ao Poder Judiciário, nos termos do artigo 3º, § 1º da Lei Federal nº 1.579/52 e do artigo 218 do Código de Processo Penal. Por consequência, não se afigura juridicamente correto, por violação do devido processo legal, a condução forçada de testemunha para depor em CPI a partir de requisição de força policial pelo Poder Legislativo.

(v) Os Regimentos Internos do Senado Federal e, no caso específico do Rio de Janeiro, também o da ALERJ, submetem o procedimento da CPI à Lei Federal nº 1.579/52, e à legislação penal e processual penal vigentes. Por isso, não é possível juridicamente convocar – *e muito menos conduzir coercitivamente* –, sob pena de instigação ao cometimento de crime, advogado para prestar depoimento em CPI que foi instalada para apurar fatos relacionados a seus clientes (presentes ou pretéritos) ou que teve conhecimento decorrente do exercício de sua profissão, na medida em que está obrigado, legal e moralmente, a guardar, sobre eles, o dever **profissional de sigilo**.❖

O Tempo de Serviço sob Condições Especiais no Regime Geral da Previdência Social

Guilherme Bollorini Pereira

Juiz Federal - Titular da 25ª Vara/RJ

I) ORIGENS E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

I.1) Os adicionais de insalubridade e periculosidade

Podemos considerar como antecedente histórico do reconhecimento de direitos específicos dos trabalhadores sujeitos a condições especiais de trabalho a instituição do adicional de insalubridade (Decreto-lei nº 2.162, de 1º de maio de 1940) de 10% (dez por cento), 20% (vinte por cento) ou 40% (quarenta por cento) sobre o salário mínimo, conforme o grau de insalubridade (danos causados à saúde pela exposição cumulativa), respectivamente, mínimo, médio ou máximo, constituindo-se numa das primeiras medidas adotadas em benefício dos trabalhadores que exerciam suas funções expostos aos agentes nocivos ou em ambientes insalubres.

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-lei nº 5.452/1943), instituída pouco tempo depois, em 1º de maio de 1943, recepcionou o adicional de insalubridade e instituiu o adicional de periculosidade (refere-se a um evento incerto, sem qualquer relação com tempo de exposição), que consistiu num acréscimo equivalente a 30% (trinta por cento) do salário do trabalhador.

Com o passar do tempo, percebeu-se que a simples concessão dos adicionais de insalubridade e periculosidade já não satisfazia os trabalhadores, até porque os valores devidos foram sendo absorvidos pelos reajustes salariais, passando a se constituir, apenas, em uma parcela da remuneração que o empregador estava disposto a pagar para ter o empregado a seu serviço.

O grande número de acidentados e de trabalhadores afetados por doenças ocupacionais preocupava e exigia providências.

Assim, sem considerar a insuficiente presença da empresa nas atividades de prevenção de acidentes do trabalho e melhoria das condições do ambiente de trabalho, é que foi incluído, entre os benefícios da previdência social, a aposentadoria especial, que será estudada no item seguinte.

1.2) A Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), Lei nº 3.807/1960

“Art. 31. A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições, tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços, que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo”.

A aposentadoria especial faz parte, desde a edição da Lei nº 3.807, de 5 de setembro de 1960, do rol de benefícios oferecidos pelo regime geral de previdência social. A Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS teve origem no Projeto de lei apresentado pelo Deputado Aluizio Alves, em 1947, e no PL nº 2.119, de 1956, de iniciativa do Poder Executivo. Esse benefício foi inserido na LOPS por emenda parlamentar, pois não constava dos referidos projetos.

Em verdade, trata-se de uma aposentadoria integral por tempo de contribuição, porém concedida com significativa redução do número de anos necessários à aposentadoria comum. Não existe aposentadoria especial proporcional¹.

Enquanto para a aposentadoria por tempo de contribuição o trabalhador tem que comprovar 30 ou 35 anos de contribuição (a Emenda Constituição nº 20, de 16/12/1998 extinguiu a aposentadoria proporcional por tempo de contribuição mas previu regras de transição com a instituição do chamado “pedágio”), conforme se trate de mulher ou homem,

¹ Um benefício de nítido caráter especial, entre outros já mencionados em nota anterior, foi previsto na Constituição de 1969 (EC1 à CF de 1967), quando instituiu aposentadoria aos 25 anos de tempo de serviço ao segurado ex-combatente (art. 197).

obtém-se a aposentadoria especial, conforme o caso, aos 15, 20 ou 25 anos de atividade insalubre, penosa ou perigosa.

O direito ao benefício foi assegurado, quando de sua instituição, a quem satisfizesse as seguintes condições: 50 anos ou mais de idade, carência mínima de 15 anos de contribuição e comprovação do exercício de atividade profissional em serviços considerados penosos, insalubres ou perigosos durante 15, 20 ou 25 anos de serviço, de acordo com ato a ser editado pelo Poder Executivo.

Um quadro anexo ao Regulamento Geral da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 48.959-A, de 19 de setembro de 1960, relacionou esses serviços e indicou o tempo de trabalho exigido. Não havia qualquer indicação de exposição a agentes nocivos, mas somente às atividades consideradas insalubres e a possíveis exposições.

A partir de 25 de março de 1964, o benefício passou a ser concedido levando-se em conta o quadro criado pelo Decreto nº 53.831, que estabeleceu a relação entre o tempo de trabalho mínimo exigido e cada um dos serviços e atividades profissionais classificados como insalubres, perigosos ou penosos, em razão da exposição do segurado aos agentes químicos, físicos e biológicos. Esse foi o primeiro decreto que dividiu, em dois quadros diferentes, as atividades especiais (OCUPAÇÕES) e os agentes físicos, químicos e biológicos, a cuja exposição dava direito à contagem de tempo especial.

A partir de então, o que dava direito à aposentadoria especial era a comprovação do exercício de atividade considerada especial (categoria profissional especial) ou a exposição nociva aos agentes físicos, químicos e biológicos previstos no decreto.

I.3) Idade mínima – a Lei nº 5.440-A/1968

A idade mínima para obtenção do benefício foi extinta pelo disposto no art. 1º da Lei nº 5.440-A, de 23 de maio de 1968.

Essa mudança constituiu um marco importante no estudo desse instituto. A idade mínima funcionava como um anteparo, um limitador. Ninguém podia se aposentar antes de completar cinquenta anos. Por outro lado, como o reconhecimento dos serviços e atividades profissionais que dariam direito ao benefício dependia apenas de ato do Poder Executivo, não é difícil compreender a pressão exercida sobre os gestores para incluir novos serviços e novas atividades profissionais.

I.4) Modificações legislativas posteriores

I.4.1) Decreto nº 63.230/68 – benefícios por incapacidades decorrentes de atividade especial e exclusão de categorias profissionais previstas no Decreto nº 53.831/64, com a criação de uma nova tabela. Previu a possibilidade de conversão de tempo especial em comum.

A partir de setembro de 1968, o Decreto nº 63.230/68 mandou computar como tempo de trabalho insalubre, perigoso ou penoso, os períodos de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez decorrentes do exercício dessas atividades. Também previu, pela primeira vez, a possibilidade de conversão de tempo especial em comum. Esse decreto também criou um novo quadro de ocupações especiais e de agentes físicos, químicos e biológicos a cuja exposição daria direito à aposentadoria especial.

Também foi o primeiro texto que previu a possibilidade de conversão de tempo especial em comum², de acordo com a seguinte regra do § 1º do art. 3º:

§ 1º Quando o segurado houver trabalhado sucessivamente em duas ou mais atividades penosas, insalubres ou perigosas sem ter completado em qualquer delas o prazo mínimo que lhe corresponda, os respectivos tempos de trabalho serão somados, após, quando for o caso, à respectiva conversão, segundo critério de equivalência a ser estabelecido pelos órgãos técnicos competentes do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

I.4.2) A Lei nº 5.527/1968 – reintegrou as categorias previstas no Decreto nº 53.831/64.

Nessa mesma oportunidade – edição do Decreto 63.230/68 – foram excluídas algumas categorias profissionais do novo anexo, que, no entanto, foram reintegradas pela Lei nº 5.527/68. Veja-se o texto legal:

Art 1º As categorias profissionais que até 22 de maio de 1968 faziam jus à aposentadoria de que trata do artigo 31 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, em sua primitiva redação e na forma do Decreto número 53.831, de 24 de março de 1964, mas que foram excluídas do benefício por força da

² A ideia de conversão de tempo especial em comum não está expressa no texto, o que pode dar azo à interpretação de que o referido decreto previa, na verdade, conversão de tempo especial em especial.

nova regulamentação aprovada pelo Decreto nº 63.230, de 10 de setembro de 1968, conservarão direito a esse benefício nas condições de tempo de serviço e de idade vigente naquela data.

I.4.3) A Lei nº 5.890/73 – carência de 5 (cinco) anos.

A seguir, a Lei nº 5.890/73 reduziu a carência³ para apenas cinco anos de contribuição e manteve as demais condições, inclusive a delegação ao Poder Executivo para definir os serviços e atividades profissionais.

I.4.4) O Decreto nº 83.080/1979 – nova tabela de agentes nocivos e atividades especiais.

A consolidação da legislação previdenciária efetuada pelo Decreto nº 83.080/1979 criou nova tabela de agentes nocivos e atividades especiais (categorias profissionais), composta de dois anexos, com isso substituindo as tabelas previstas nos Decretos num. 53.831/1964 e 63.230/1968.

I.4.5) Lei nº 6.887/1980⁴ – conversão de tempo especial em comum.

A Lei nº 6.887/80 introduziu o § 4º ao art. 9º da Lei nº 5890/73, para admitir a conversão do tempo da atividade especial para fins de aposentadoria de qualquer espécie.

Já vimos, porém, que essa possibilidade já havia sido instituída desde o advento do Decreto nº 63.230/1968⁵. A conversão também estava prevista na consolidação do Decreto nº 72.771/1973 (§ 2º do art. 71). No entanto, não houve menção à conversão no Decreto nº 77.077/1976, voltando a figurar no Decreto nº 83.080/1979. Diante dessa instabilidade, resolveu o legislador incluir a conversão em lei ordinária, qual seja, a Lei nº 5.890/1973, na redação da Lei nº 6.887/1980⁶.

Uma diferença, fora a previsão de conversão para fins de concessão de aposentadorias de qualquer espécie, é que a Lei nº 6.887/1980 não previu períodos mínimos de exercício de atividade especial, aos contrário dos decretos anteriormente mencionados, que exigiam, no mínimo, duas

³ Carência é o número mínimo de contribuições mensais que o segurado deve recolher para fazer jus a determinado benefício previdenciário.

⁴ Essa lei foi revogada após o advento da Lei nº 8.213/91, que tratou da matéria no § 3º do art. 57.

⁵ V. nota 3.

⁶ O legislador também espancou dúvidas ao prever a conversão para fins de concessão de aposentadorias “de qualquer espécie”.

atividades especiais (exposição nociva ou categoria profissional) para o segurado fazer jus à conversão.

1.4.6) Decreto nº 89.312/1984 – nova consolidação.

A nova consolidação do Decreto 89.312/1984 manteve a tabela prevista no Decreto nº 83.080/1979, pois o Poder Executivo não criou outra em substituição.

1.4.7) Lei nº 8213/91 – Nova lei de benefícios da previdência social.

O novo Plano de Benefícios do RGPS, instituído pela Lei nº 8.213/91, manteve em linhas gerais as regras anteriores, alterando apenas a carência mínima de 60 para 180 contribuições mensais para os novos segurados. Relativamente aos até então filiados, estabeleceu uma tabela transitória de carências. Como havia previsão de concessão de aposentadoria especial e conversão de tempo especial em comum, o art. 295 do Decreto nº 357/91 mandou aplicar as tabelas dos Decretos num. 53.831/64 e 83.080/79. Da mesma forma, procedeu o decreto que se seguiu, nº 611/92 (art. 292).

1.4.8) Lei nº 9.032, pub. em 29/4/1995 – extinguiu o benefício de aposentadoria especial decorrente do exercício de atividade especial (categoria profissional).

Grande modificação na sistemática de concessão do benefício foi introduzida pela Lei nº 9.032/95. Impôs a obrigação de comprovação de tempo de trabalho permanente (não ocasional nem intermitente) exposto a agentes nocivos químicos, físicos ou biológicos ou associações de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, e proibiu o beneficiário de aposentadoria especial de continuar ou retornar ao exercício da atividade anterior que deu causa à concessão do benefício.

Essa lei acabou com a concessão da aposentadoria especial ou a conversão de tempo especial em comum devido ao exercício de ocupação profissional especial (por categoria profissional) ao impor a comprovação da efetiva exposição ao agente nocivo.

1.4.9) Lei nº 9.528/97 (conversão da MP 1583, de 14/10/1996) – exigência de laudo técnico de condições de trabalho firmado por médico do trabalho ou engenheiro do trabalho.

Seguindo, agora, trajetória diferente daquela imprimida até 1995, a MP 1.523/96 (pub. em 14/10/1996), que foi convertida na Lei nº 9.528/97, passou a exigir que a comprovação da exposição passasse a ser feita mediante apresentação do perfil profissiográfico do trabalhador e laudo técnico de condições do ambiente de trabalho - LTCAT, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, com indicação, inclusive, da existência de tecnologia de proteção coletiva⁷.

I.4.10) A MP 1.663-13 (pub. em 27/8/1998), convertida na Lei nº 9.711/98 (publicada em 21/11/1998), limitou a conversão do tempo de trabalho especial em comum até 28 de maio de 1998, desde que o segurado tivesse implementado um percentual mínimo do tempo necessário ao benefício, que o Decreto nº 2.782/98 fixou em 20%.

Por sua vez, a Lei 9.732/98 instituiu financiamento específico, a cargo exclusivamente do empregador e acrescentou a obrigação de que o laudo técnico (LTCAT) passasse a consignar informação também sobre o uso de equipamento de proteção individual – EPI.

I.4.11) Decreto nº 2.172/1997 – nova tabela de exposição.

O Decreto nº 2.172/97 criou nova tabela de agentes físicos, químicos e biológicos, repetida pela tabela prevista no Decreto nº 3.048/99, que é o regulamento em vigor.

I.4.12) Emenda Constitucional nº 20, de 16/12/1998 – várias alterações.

A EC 20/98, em seu artigo 15, deu *status* de lei complementar aos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91, ratificando o critério pelo qual, enquanto não fosse editada uma lei complementar que dispusesse sobre o tratamento a ser dado aos segurados sujeitos a condições especiais que prejudicassem a saúde ou integridade física do segurado, o benefício seria concedido apenas àquele que comprovasse efetiva exposição ao agente nocivo e, via de consequência, proscrevendo a sua concessão por categoria profissional, dando status constitucional à alteração promovida pela Lei nº 9.032/95.

A redação que a Emenda Constituição nº 20, de 16/12/1998 deu ao § 1º do art. 201 (“É vedada a adoção de requisitos e critérios diferen-

⁷ Veremos que o relatório denominado Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) somente constituiu exigência do INSS após 1º/1/2004.

ciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar”) foi complementada pela Emenda à Constituição nº 47, de 5/7/2005, que previu a contagem especial também aos segurados “portadores de deficiência”.

Não obstante previsto desde 1996 (MP 1.523/1996, convertida na Lei nº 9.528/97), a exigibilidade do formulário denominado perfil profissional ainda não tinha sido implementada, tendo o Decreto nº 4.032/2001 (que alterou o Decreto 3.048/99), acrescentado mais um “p” ao documento, que passou a denominar-se Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP e que deve constituir-se em um formulário com o histórico-laboral do trabalhador, que, entre outras informações, deve conter registros ambientais, resultados de monitoração biológica e dados administrativos.

1.4.13) Advento do Decreto nº 4.827/2003 e a posterior revogação da revogação

Finalmente, o Decreto nº 4.827/03 deu nova redação ao artigo 70 do RPS permitindo a conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum em relação ao trabalho prestado em qualquer período, obedecida a legislação vigente na época da prestação de serviço.

Esse decreto foi, por outro lado, revogado pelo Decreto nº 6.939, publicado em 19/8/2009, mas essa revogação foi tornada sem efeito pelo art. 3º do Decreto nº 6.945, pub. em 24/8/2009. A matéria, portanto, sofreu muitas alterações legais e normativas e, hoje, está disciplinada nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, tendo em vista o previsto no art. 15 da Emenda à Constituição nº 20, de 16/12/1998, que, como visto, deu *status* de lei complementar àqueles dispositivos⁸.

II) REQUISITOS LEGAIS PARA A APOSENTADORIA ESPECIAL – A PROVA

O estudo a respeito da prova a ser produzida para comprovar o direito à aposentadoria especial deve partir da premissa⁹ de que a lei

⁸ Recentemente, a Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003, incluiu o cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção entre os trabalhadores com direito à aposentadoria especial.

⁹ Admitida amplamente pela jurisprudência do **Tribunal Federal de Recursos** (PROC: AC 0146214 UF:SP TURMA:02 AUD:29-08-88 APELAÇÃO CÍVEL Relator Ministro Jesus Costa Lima; PROC: AC 0102055 UF: SP TURMA:01 AUD: 03-10-85 APELAÇÃO CÍVEL Relator Ministro Carlos Thibau; PROC: AC NUM:0091355 UF: SP TURMA:02 AUD:31-10-84 APELAÇÃO CÍVEL Relator Ministro Jose Candido; PROC: AC NUM:0084405 1984 UF: SP TURMA:03 AUD:16-08-84

admitia, até 28/4/1995, tanto a concessão da aposentadoria especial, quanto conversão de tempo especial em comum decorrentes de dois fatores diversos, quais sejam, a exposição aos agentes nocivos previstos nos decretos acima mencionados (com referência às categorias profissionais sujeitas e essa exposição), ou o exercício de atividade considerada especial, independentemente de exposição nociva.

Naturalmente, havia possibilidade de ocorrer uma coincidência entre atividade profissional e exposição nociva, conforme se depreende da leitura do texto dos anexos aos Decretos num. 53.831/64, 63.230/68 e 83.080/79 (ex. atividade de eletricista e exposição à eletricidade), mas não necessariamente (ex. atividades de pescador, vigia, motorista de ônibus etc., ou exposição ao calor, à umidade etc.).

Podemos então dividir o exame dos critérios de prova em duas partes, que, pela sua importância, merecem um estudo destacado para cada uma.

III) EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ESPECIAL (OCUPAÇÃO), CONSIDERADA ATÉ O ADVENTO DA LEI Nº 9.032, DE 28/4/1995

A jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos firmou entendimento sobre a comprovação de exercício de atividade especial nos termos da Súmula 198 (editada em novembro de 1985), *verbis*:

Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida

APELAÇÃO CÍVEL Relator Ministro Helio Pinheiro), pela jurisprudência do **Superior Tribunal de Justiça** (REsp 159817 / MG RECURSO ESPECIAL 1997/0092058-5 Relator(a) Ministro VICENTE LEAL (1103) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento 19/03/1998 Data da Publicação/Fonte DJ 20/04/1998 p. 128; REsp 173589 / MG RECURSO ESPECIAL 1998/0031901-8 Relator(a) Ministro EDSON VIDIGAL (1074) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento 14/09/1999 Data da Publicação/Fonte DJ 11/10/1999 p. 81; REsp 250780 / SP RECURSO ESPECIAL 2000/0022542-8 Relator(a) Ministro JORGE SCARTEZZINI (1113) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento 07/11/2000 Data da Publicação/Fonte DJ 18/12/2000 p. 228 RST vol. 142 p. 71; REsp 413614 / SC RECURSO ESPECIAL 2002/0019273-0 Relator(a) Ministro GILSON DIPP (1111) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento 13/08/2002 Data da Publicação/Fonte DJ 02/09/2002 p. 230; AgRg no REsp 1176916 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2010/0011254-7 Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 11/05/2010 Data da Publicação/Fonte Dje 31/05/2010; REsp 551917 / RS RECURSO ESPECIAL 2003/0109477-6 Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento 21/08/2008 Data da Publicação/Fonte Dje 15/09/2008) e pelo **Tribunal Regional Federal da Segunda Região** (APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 447320 Processo: 2008.51.51.016964-5 UF : RJ Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA Data Decisão: 18/03/2010 Relator Des. Federal Messod Azulay Neto; APELAÇÃO CIVEL - 424267 Processo: 2005.51.01.507390-3 UF: RJ Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA Data Decisão: 15/04/2010 Relatora Des. Federal Liliane Roriz; APELAÇÃO CIVEL 327798 Processo: 2000.51.01.505044-9 UF: RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA Data Decisão: 24/11/2009 Rel. Des. Federal Maria Helena Cisne; APELAÇÃO CÍVEL - 396432 Processo: 2003.51.51.021544-0 UF: RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA Data Decisão: 30/09/2009 Rel. Juiz Convocado Aluisio Gonçalves de Castro Mendes).

pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em regulamento.

Assim, para aquela Corte, mesmo que a atividade profissional (que o decreto denomina OCUPAÇÃO) não fosse considerada especial pelas tabelas dos decretos regulamentares, a prova pericial, constatando a periculosidade ou a insalubridade da mesma, supriria aquela omissão e seria suficiente para caracterizá-la como especial.

Caso a atividade exercida pelo segurado estivesse prevista naqueles regulamentos, a jurisprudência daquela corte admitia como suficiente a prova documental. Nesse sentido, a seguinte ementa:

“PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO. PROVA. APOSENTADORIA ESPECIAL.

1. O CÔMPUTO DE TEMPO DE SERVIÇO RESULTA NÃO SÓ DOS TESTEMUNHOS DE PESSOAS IDÔNEAS, MAS DO INÍCIO DE RAZOÁVEL PROVA DOCUMENTAL.

2. A PROFISSÃO EXERCIDA PELO AUTOR NÃO SE ENCONTRA RELACIONADA COMO PERIGOSA OU INSALUBRE, MOTIVO PELO QUAL SOMENTE PROVA TÉCNICA PODERIA AFASTAR A DUVIDA. 3. RECURSO PROVIDO, EM PARTE.

(RIP:07930712 DECISÃO:11-11-1986 PROC:AC NUM:0115453 ANO: UF:SP TURMA:02, Rel. Ministro Jesus Costa Lima, AUD:04-12-86 APELAÇÃO CÍVEL)

Esse entendimento (considerando o rol de atividades como exemplificativo) foi mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê na seguinte ementa:

“PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. CONVERSÃO. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. COMPROVAÇÃO. LAUDO PERICIAL. PERÍODO ANTERIOR À LEI N.º 9.032/95. DESNECESSIDADE.

1. As Turmas que compõem a Egrégia Terceira Seção firmaram sua jurisprudência no sentido de que é garantida a conversão, como especial, do tempo de serviço prestado em atividade profissional elencada como perigosa, insalubre ou penosa

em rol expedido pelo Poder Executivo (Decretos n° 53.831/64 e n° 83.080/79), antes da edição da Lei n.º 9.032/95, independentemente da produção de laudo pericial comprovando a efetiva exposição a agentes nocivos.

2. Quanto ao lapso temporal compreendido entre a publicação da Lei n.º 9.032/95 (29/04/1995) e a expedição do Decreto n.º 2.172/97 (05/03/1997), e deste até o dia 28/05/1998, há necessidade de que a atividade tenha sido exercida com efetiva exposição a agentes nocivos, sendo que a comprovação, no primeiro período, é feita com os formulários SB-40 e DSS-8030, e, no segundo, com a apresentação de laudo técnico.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido”.

(REsp 503241 / PR RECURSO ESPECIAL Relatora Ministra LAURITA VAZ, pub. DJ 23/6/2003)¹⁰

Portanto, a Corte Superior, a *contrario sensu*, também considera que o rol de atividades especiais previstas nos decretos regulamentares é meramente exemplificativa¹¹.

E que prova documental, mencionada nos julgados acima, era apta a comprovar, perante a Administração, o exercício da atividade considerada especial nos referidos decretos? A autarquia previdenciária aceitava diversos formulários padronizados, tais como o SB-40, o DISES-BE 5235, o DSS-8030 e o formulário DIRBEN 8030.

Para comprovação do exercício da atividade especial, no entanto, qualquer documento idôneo que demonstre que o segurado exerceu habitualmente essa atividade é apto à comprovação desse fato, pois a lei presumia exposição nociva. Pode-se dizer que, nessa matéria, reina absoluta a regra do art. 332 do Código de Processo Civil, *verbis*:

¹⁰ Nesse sentido, o julgamento do RESP 357.737 (Sexta Turma) e RESP 977.400 (Quinta Turma).

¹¹ Um instrumento de pesquisa que pode ser utilizado para se aferir a insalubridade de determinada atividade é a Portaria 3.214, de 8/6/1978, editada pelo Ministério do Trabalho, que aprovou as Normas Regulamentadoras (NR) previstas no Capítulo V da CLT (art. 190). Essa mesma portaria previu que alterações posteriores das NR seriam determinadas pela Secretaria de Segurança e Saúde do Trabalho. Julguei alguns casos que envolviam a atividade de gari com base nesse documento, estando os processos em grau de recurso enquanto escrevo estas linhas.

Art. 332 - Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Pode-se concluir desse modo pela redação dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/91, antes do advento da Lei nº 9.032/95. Vejam-se os textos:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta lei, ao segurado que tiver trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Art. 58. A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região tem julgado também nesse sentido, conforme a seguinte ementa:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. CONVERSÃO DO TEMPO TRABALHADO EM ATIVIDADE ESPECIAL. NÃO COMPROVAÇÃO.

I – A caracterização da especialidade do tempo de labor do segurado deve ser considerada de acordo com legislação vigente à época do exercício da atividade.

II - O tempo de serviço prestado até o início da vigência da Lei nº 9.032-95 pode ser considerado especial com base apenas no rol previsto nos anexos dos atos normativos regulamentadores da legislação previdenciária, mormente os do Decreto nº 53.831-64 e do Decreto nº 83.080-79, os quais nominavam as atividades tidas como prejudiciais à saúde e à integridade física do segurado consoante a exposição a determinados os agentes químicos, físicos e biológicos (itens 1.1.1 a 1.3.2 do anexo do Decreto nº 53.831-64 e anexo I do Decreto nº 83.080-79), bem como aquelas que, de acordo com a categoria profissional, deveriam ser classificadas, por presunção legal, como insalubres, penosas ou perigosas (itens 2.1.1 a

2.5.7 do anexo do Decreto nº 53.831-64 e anexo II do Decreto nº 83.080-79).

III - O não enquadramento da atividade exercida pelo segurado em uma das consideradas presumidamente especiais pelos decretos regulamentadores segundo o grupo profissional (itens 2.1.1 a 2.5.7 do anexo do Decreto nº 53.831-64 e anexo II do Decreto nº 83.080-79) não impede, per si, a caracterização da especialidade do seu tempo de serviço, trabalhado até o advento da Lei nº 9.032-95, acaso fique efetivamente comprovado através de perícia ou documento idôneo a sua insalubridade, periculosidade ou penosidade.

IV- Agravo interno desprovido.

(AC - APELAÇÃO CIVEL - 381531 Processo: 2002.50.01.004271-8 UF: RJ Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Relator Des. Federal André Fontes, pub. E-DJF2R - Data::10/09/2010 - Página: 289)

Portanto, além daqueles documentos padronizados, outros podem ser aceitos, tais como a CTPS com anotações autênticas, na qual conste a atividade exercida pelo segurado, documento público (por exemplo, perícias realizada pelas Delegacias Regionais do Trabalho, certidões emitidas pelo Ministério da Marinha em caso de exercício de mergulho militar), declarações idôneas firmadas por empregador ou ex-empregador (junto com o contrato social no qual conste o nome de declarante), prova oral produzida em audiência (em conjunto com início razoável de prova documental¹²). Enfim, qualquer prova idônea e suficiente para demonstrar o exercício da atividade especial.

Uma nota: caso haja alguma atividade (não exposição nociva a algum agente!) prevista em um decreto regulamentar, que tenha sido retirada ou incluída no decreto seguinte, aplica-se o princípio *tempus regit actum*, ou seja, será considerada a atividade no tempo em que foi exercida. O segurado que continuar exercendo a mesma atividade após

12 A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é tranquila no sentido de que, para comprovar tempo de serviço, a prova oral deve estar corroborada por início razoável de prova documental (Ag Rg no RESP 914.634, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima)

o advento do novo regulamento, ou que tiver exercido atividade que, posteriormente, foi considerada como especial, não terá direito à contagem diferenciada nos períodos não abrangidos pela legislação¹³.

Já vimos, porém, que tanto o Decreto nº 357/91 quanto o Decreto nº 611/92 (que só foi revogado pelo Decreto nº 2172/97, publicado em 6/3/1997) determinaram a aplicação, em conjunto, dos anexos dos Decretos num. 53.831/64 e 83.080/79, razão pela qual caso o segurado tenha exercido, em período anterior ao advento da Lei nº 9.032/95, de 28/4/1995, atividade considerada especial, prevista no Decreto nº 53.831/64 e não prevista no Decreto nº 83.080/79, essa atividade também será considerada no período posterior à entrada em vigor do Decreto nº 83.080/79 (publicado em 29/1/1979)¹⁴.

A legislação atual (§ 1º do art. 70 do Decreto nº 3.048/99, na redação do Decreto nº 4.827/2003) manda aplicar a legislação em vigor na época da prestação do serviço, com o que não se admite mais a aplicação em conjunto daqueles anexos¹⁵.

IV) EXPOSIÇÃO NOCIVA AOS AGENTES FÍSICOS, QUÍMICOS E BIOLÓGICOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO E A PROVA PERTINENTE

Em todos os decretos regulamentares, há um rol de agentes físicos, químicos e biológicos, a cuja exposição nociva dá direito ao segurado de ter contado o tempo como especial.

Em relação à prova a ser produzida para comprovar a exposição, aqui deve haver uma maior rigidez, pois se trata de questão eminentemente técnica, referente a fatos que exigem uma maior acuidade, ao contrário do que ocorre quando se procura demonstrar apenas o exercício de atividade considerada especial.

Isso se explica pelo fato de que, para atividades consideradas especiais, basta consultar as relações previstas nos decretos regulamentares e

13 Nesse sentido o julgamento da APELREEX 442492, Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rel. Juiz Federal Convocado Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.

14 Nesse sentido, AgREsp 848851, Sexta Turma, Rel. Des. Convocado Celso Limongi, pub. DJE 19/4/2010. Deve-se considerar a hipótese de profissionais que, não obstante suas atividades constarem das tabelas previstas nos decretos e até receberem adicionais de insalubridade, ou nunca exerceram atividade de campo ou a exerceram em período anterior àquele informado na prova. Nesse caso, entendo que, tendo em vista que o objetivo da lei é o de permitir a contagem diferenciada em função da insalubridade ou periculosidade, não deve ser considerado o período como de tempo especial.

15 A aplicação conjunta de ambos os decretos foi admitida na redação original do Decreto nº 3.048/99, conforme a redação do parágrafo único do art. 70.

a prova dos autos que demonstre que o segurado exerceu aquela atividade, pois há uma presunção de exposição nociva.

No caso ora examinado não; a exposição precisa ser comprovada e, para isso, não basta simplesmente demonstrar o exercício de atividade; há que se comprovar efetiva e habitual exposição e para isso é imprescindível o parecer técnico, firmado por profissional especializado.

Assim, pode-se dizer que a prova pericial produzida no processo administrativo ou no processo judicial é o meio mais seguro para que o segurado possa comprovar efetiva e habitual exposição nociva aos referidos agentes. Ocorre que nem sempre é possível a comprovação por esse meio de prova, especialmente quando se pretende demonstrar fatos ocorridos em períodos distantes no tempo, pois as condições ambientais do trabalho mudam com o passar dos anos, isso sem falar na hipótese de o ex-empregador não mais existir.

Para esses períodos mais distantes no tempo, é possível a comprovação de exposição pelos documentos SB-40, DSS-8030 e DIRBEN 8030. Até o advento da Ordem de Serviço do INSS nº 600, de 2/6/1998, somente o formulário SB-40 estava apto a comprovar exposição, sendo posteriormente substituído pelo DSS-8030 e pelo DIRBEN-8030, firmado também por profissional habilitado (médico ou engenheiro do trabalho).

Com a alteração trazida pela Lei nº 9032/95, portanto, o enquadramento passou a ser feito exclusivamente com base nos formulários SB-40, DSS-8030 e DIRBEN-8030, independentemente da apresentação de laudo técnico¹⁶.

Entre 14.10.1996 e 31.12.2003 (vigência da MP nº 1.523/1996, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/1997, regulamentada pelo Decreto nº 2.172/1997), o enquadramento passou a ser feito exclusivamente com base nos formulários SB-40, DSS-8030 e DIRBEN-8030, obrigatoriamente acompanhado de laudo técnico de condições ambientais¹⁷, ou seja, o formulário respectivo deve ser preenchido a partir das informações constantes do laudo técnico em questão.

16 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, independentemente da época, a exposição aos agentes ruído e calor não prescinde de laudo técnico. Nesse sentido, os julgamentos do REsp 639.066 (Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma e do Ag Rg no REsp 877.972 (Relator Des. Convocado Haroldo Rodrigues, Sexta Turma)

17 Esse laudo, a partir da edição do Decreto nº 4.882/2003, que acrescentou o § 11 ao art. 68 do Decreto nº 3.048/99, deve ser elaborado com base em parâmetros fixados pela FUNDACENTRO – Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho, conforme § 11 do art. 68 do Decreto nº 3.048/99, na redação dada pelo Decreto nº 4.882/2003.

A partir de 1º/1/2004 (vigência da Instrução Normativa nº 20), além do formulário de comprovação da efetiva exposição habitual e permanente aos agentes nocivos à saúde ou à integridade física, o trabalhador deve apresentar, também, o respectivo PPP – Perfil Profissiográfico Previdenciário. O PPP poderá conter informações de todo o período trabalhado, ainda que exercido anteriormente a 1º/1/2004.

Como visto supra, outros documentos também podem ser aptos para comprovar exposição nociva aos agentes previstos, como, por exemplo, laudos das Delegacias Regionais do Trabalho, laudos técnicos produzidos por profissionais capacitados e promovidos pela própria empresa empregadora, desde que sigam os parâmetros legais¹⁸.

Quanto à contemporaneidade dos laudos, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região tem admitido laudos extemporâneos, a fim de não inviabilizar a comprovação do próprio direito material¹⁹.

IV.1) Inclusão ou exclusão de agente nocivo

A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, pelas Primeira e Segunda Turmas Especializadas, firmou entendimento pelo qual aplica-se o princípio *tempus regit actum* para considerar os agentes nocivos previstos nos Decretos num. 53.831/64 e 83.080/79, ou seja, mesmo que decreto posterior (no caso, o Decreto nº 2.172/97) venha a excluir algum agente, deve-se reconhecer o tempo especial na época em que o trabalho foi exercido²⁰.

A legislação atual (§ 1º art. 70 do Decreto nº 3.048/99, na redação do Decreto nº 4.827/2003), conforme já mencionado, manda aplicar a legislação em vigor na época da prestação do serviço, revogando a redação original do decreto regulamentar, que previa, no parágrafo único do art. 70, a possibilidade de utilização, em conjunto, das tabelas previstas nos Decretos num. 53.831/64 e 83.080/79²¹.

18 V. nota anterior.

19 Nesse sentido, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 468551 **Processo:** 2007.51.01.810367-8 **UF:** RJ **Órgão Julgador:** PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA **Data Decisão:** 07/04/2010, Rel. Juiz Federal Convocado Marcelo Ferreira de Souza Granado, APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 469527 **Processo:** 2008.51.04.000421-9 **UF:** RJ **Órgão Julgador:** SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA **Data Decisão:** 23/08/2010, Relator Des. Federal Messod Azulay Neto.

20 AC - APELAÇÃO CÍVEL - 408784 **Relator Juiz Federal Convocado** MARCELLO FERREIRA DE SOUZA GRANADO - PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, pub. E-DJF2R - Data: 16/07/2010 - Página: 37; AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 64889, **Relatora Juiz Federal Convocado** MARCO FALCÃO CRITSINELIS, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, pub. DJU - Data: 21/12/2007 - Página: 168)

21 Até 5/3/1997, quando entrou em vigor a nova tabela prevista no Decreto nº 2.172/97.

Quanto à hipótese de inclusão de novo agente, tenho para mim que esse tempo merece ser convertido se o segurado comprovou exposição nociva ao referido agente em período anterior à mudança da legislação, pois se a legislação posterior considerou a exposição a esse agente como nociva, isso significou um avanço nos conhecimentos acerca da exposição do trabalhador aos agentes até então não estudados ou desconhecidos. Essa inclusão de novos agentes pode ocorrer, por exemplo, devido a novas atividades econômicas criadas, novas indústrias, novos laboratórios etc.

V) CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM

Trata-se de um benefício criado na legislação previdenciária para os casos em que o segurado não consiga obter o benefício de aposentadoria especial, mas que comprove o exercício de atividade considerada especial (até 28/4/1995), ou a exposição nociva ao(s) agente(s) físico(s), químico(s) ou biológico(s) previstos nos decretos acima mencionados.

Esse tempo especial incompleto é transformado em dias e multiplicado por determinado fator de conversão, previsto em tabela publicada pelo Poder Executivo, que leva em conta três faixas de aposentadoria especial, de 15, 20 ou 25 anos previstas nos decretos acima citados, tudo a depender da atividade exercida (até 28/4/1995) ou do agente nocivo envolvido; o resultado daquela operação diminuído do tempo efetivamente trabalhado é o tempo a ser acrescido ao total de tempo de serviço apurado. Disso resulta uma contagem fictícia, mas admitida pela Constituição para esses casos²².

Trata-se de matéria recorrente na Justiça Federal, que tem trazido muitas questões a respeito das possibilidades de conversão, especialmente seus limites temporais.

A primeira lei que previu essa possibilidade, como visto acima, foi a nº 6.887/80, que introduziu o § 4º ao art. 9º da Lei nº 5.890/73, para admitir a conversão do tempo da atividade especial para fins de aposentadoria de qualquer espécie.

Já vimos, porém, que essa hipótese já havia sido instituída desde o advento do Decreto nº 63.230/1968 e prevista também na consolidação

22 Art. 201...§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

do Decreto num. 72.771/1973 (§ 2º do art. 71)²³. No entanto, como visto, o Decreto nº 77.077/1976 foi omissivo nessa matéria, que foi novamente veiculada no Decreto nº 83.080/1979. Diante desse quadro variável, resolveu o legislador incluir a conversão em lei ordinária (na Lei nº 5.890/1973, na redação da Lei nº 6.667/1980).

A diferença é que, repita-se, a Lei nº 6.887/1980 não previu períodos mínimos de exercício de atividade especial, ao contrário dos decretos anteriormente mencionados, que exigiam, no mínimo, duas atividades especiais (exposição nociva ou categoria profissional) para o segurado fazer jus à conversão.

V.1) Fatores de conversão e tabelas – homem e mulher

A Lei nº 6.887/1980 foi regulamentada pelo Decreto 87.374/82²⁴, que estabeleceu a seguinte tabela com os índices de conversão, a saber:

ATIVIDADES A CONVERTER	MULTIPLICADORES			
	PARA 15	PARA 20	PARA 25	PARA 30
DE 15 ANOS	1	1,33	1,67	2
DE 20 ANOS	0,75	1	1,25	1,5
DE 25 ANOS	0,6	0,8	1	1,2
DE 30 ANOS	0,5	0,67	0,83	1

Note-se que nessa tabela era possível converter tempo especial em tempo especial (de 15 anos para 20 ou 25; de 20 anos para 15 ou 25; e de 25 anos para 15 ou 20) ou converter tempo especial (15, 20 ou 25) para tempo comum.

Como a mulher, naquela época, somente se aposentava com tempo integral aos trinta anos de serviço (assim como o homem), para a conversão do tempo especial em comum ou comum em especial, era utilizado o mesmo índice de conversão do homem (1,2), sem qualquer distinção.

²³ V. nota 3, *supra*.

²⁴ Embora houvesse previsão de conversão de tempo especial, o autor não conseguiu obter qualquer ato normativo, ou do INPS ou do Ministério da Previdência Social, que estabelecesse qualquer tabela de conversão.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, houve previsão expressa em seu artigo 202 para a concessão da aposentadoria integral para a mulher aos trinta anos de serviço e para o homem aos trinta e cinco anos.

Sendo assim, o Decreto 357/91, que foi o primeiro decreto que regulamentou a Lei nº 8213/91²⁵, criou uma nova tabela de conversão, mantendo a possibilidade também de conversão de tempo especial em tempo especial.

ATIVIDADE A CONVERTER	Para 15 anos	Para 20 anos	Para 25 anos	Para 30 anos (Mulher)	Para 35 anos (Homem)
De 15 anos	1,00	1,33	1,67	2,00	2,33
De 20 anos	0,75	1,00	1,25	1,50	1,75
De 25 anos	0,60	0,80	1,00	1,20	1,40
De 30 anos (Mulher)	0,50	0,67	0,83	1,00	1,17
De 35 anos (Homem)	0,43	0,57	0,71	0,86	1,00

A Lei 9.032/95, como vimos, modificou e criou vários dispositivos legais referentes à aposentadoria especial e conversão de tempo especial em comum. O decreto seguinte, nº 2.172/97, trouxe nova tabela de conversão, dessa vez permitindo apenas a conversão do tempo especial em tempo comum ou do tempo comum em tempo especial:

ATIVIDADE A CONVERTER	Para 15 anos	Para 20 anos	Para 25 anos	Para 30 anos (Mulher)	Para 35 anos (Homem)
De 15 anos	1,00	1,33	1,67	2,00	2,33
De 20 anos	0,75	1,00	1,25	1,50	1,75
De 25 anos	0,60	0,80	1,00	1,20	1,40

²⁵ Primeira lei de benefícios após a Constituição de 1988.

O Decreto 3.048/99 trouxe de volta a tabela de conversão de atividade especial em especial, dessa vez utilizando tabelas separadas, uma para esta hipótese (art. 66) e a outra para a conversão de tempo comum em especial (art. 70). Vejam-se as tabelas:

1) Tempo especial para tempo especial

TEMPO A CONVERTER	MULTIPLICADORES		
	PARA 15	PARA 20	PARA 25
DE 15 ANOS	-	1,33	1,67
DE 20 ANOS	0,75	-	1,25
DE 25 ANOS	0,60	0,80	-

2) Tempo especial para comum

TEMPO A CONVERTER	MULTIPLICADORES	
	MULHER (PARA 30)	HOMEM (PARA 35)
DE 15 ANOS	2,00	2,33
DE 20 ANOS	1,50	1,75
DE 25 ANOS	1,20	1,40

Como a grande maioria das ações que envolvem a conversão de tempo especial em comum refere-se a períodos trabalhados com exposição nociva aos agentes ou exercício de atividades especiais, cuja aposentadoria especial, se fosse concedida, seria aos 25 anos, os casos mais frequentes que são trazidos à Justiça Federal no Rio de Janeiro dizem respeito à aplicação dos fatores de conversão 1,2 ou 1,4²⁶.

²⁶ O tempo de serviço dos segurados que não cumpriram integralmente o período de trabalho necessário para as atividades que dão direito a aposentadoria especial aos 15 anos, será multiplicado pelo fator igual a 2 para cada ano trabalhado (se for mulher), ou 2,33 (se for homem). Já quem não cumpriu integralmente o período para aposentadoria especial aos 20 anos de trabalho terá esse tempo convertido na proporção de 1,5 para a mulher e de 1,75 para o homem. Para as atividades exercidas sob condições especiais que dão direito à aposentadoria especial aos 25 anos de trabalho, a tabela de conversão utiliza os fatores de 1,2 para a mulher e de 1,4 para o homem, caso esse prazo não tenha sido cumprido integralmente.

Vimos que, inicialmente, tanto para o homem, quanto para a mulher, o fator inicial de conversão era de 1,2, passando, a partir da edição do Decreto nº 357/91, para 1,4 para homem e 1,2 para mulher.

Entendo que o estabelecimento do fator de conversão deve obedecer à legislação em vigor à época do requerimento de aposentadoria, eis que, não obstante os Decretos 53.831/64 e 83.080/79 fixarem um índice menor (1,2), a legislação posterior (a partir do Decreto 357/91) entendeu que, tendo em vista principalmente o fato de a aposentadoria integral para o homem ter o tempo de serviço estendido para 35 anos, criou novo fator de multiplicação, passando para 1,4²⁷.

V.2) Limites temporais de conversão

Até o final do ano de 2007, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estava pacificada no sentido de que a conversão de tempo especial em comum deveria findar em 28/5/1998, tendo em vista o disposto no art. 28 da Lei nº 9.711/98²⁸.

A partir do julgamento do RESP 956.110/SP (Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJ de 22/10/2007, p. 367) e do AgRg no RESP 746.102/SP (Rel. Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, pub. Dje de 7/12/2009), parecia que o Superior Tribunal de Justiça alteraria definitivamente sua jurisprudência, permitindo-se, assim, a conversão posterior a 28/5/1998.

No entanto, em recente julgamento, a Sexta Turma da Corte Superior novamente expressou entendimento pelo qual não seria possível a conversão posterior àquela data, conforme o julgado do AgRg no RESP

27 Jurisprudência pacificada no Tribunal Regional Federal da 2ª Região: APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO – 446530, Relator Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, pub. E-DJF2R de 28/04/2010 Página: 30; APELAÇÃO CÍVEL – 414555, Relatora Juíza Federal Convocada MÁRCIA HELENA NUNES, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, pub. DJU - Data: 24/08/2009 - Página: 117.

Há, porém, julgado do Superior Tribunal de Justiça entendendo que o fator de conversão deve obedecer ao princípio *tempus regit actum* (AgRg no RESP 1148271/MG, Sexta Turma, Relator Desembargador Convocado Celso Limongi, pub. Dje de 14/6/2010, v. 31, p. 115).

28 Publicada em 21/11/1998. O art. 28 tem a seguinte redação: “O Poder Executivo estabelecerá critérios para a conversão do tempo de trabalho exercido até 28 de maio de 1998, sob condições especiais que sejam prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos termos dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 1991, na redação dada pelas Leis nºs 9.032, de 28 de abril de 1995, e 9.528, de 10 de dezembro de 1997, e de seu regulamento, em tempo de trabalho exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha implementado percentual do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria especial, conforme estabelecido em regulamento”. Esse texto inserido na lei resultou da conversão da medida provisória nº 1663-13, publicada em 27/8/1998.

1162225/RS, Rel. Desembargador convocado Celso Limongi, pub. no Dje de 7/6/2010. Aguardemos uma definição da Corte Superior²⁹.

Há dois entendimentos a respeito da possibilidade de conversão após 28/5/1998:

a) o primeiro refere-se ao advento do Decreto nº 4.827/2003, cujo § 2º do art. 1º trouxe a seguinte redação: “As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período.”

Esse decreto foi revogado pelo Decreto nº 6.939, publicado em 19/8/2009. Mas essa revogação foi tornada sem efeito pelo art. 3º do Decreto nº 6.945, pub. em 24/8/2009.

Entendo que esse argumento não é válido, tendo em vista o princípio da hierarquia dos atos normativos emanados do Estado. Se a Lei nº 9.711/98 prevê a possibilidade de conversão até 28 de maio de 1998 é o legislador que poderá, a seu talante, alterar a referida regra legal, não o Poder Executivo.

b) O outro argumento é constitucional. A redação original da Constituição da República não previa expressamente (a atual também não) a possibilidade de conversão de tempo especial em comum. A regra sobre tempo especial veio estabelecida no inciso II do art. 202, do seguinte teor:

Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedidas as seguintes condições:

...

II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei.

29 No âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a jurisprudência já se firmou nas duas turmas especializadas, conforme os seguintes julgados: APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO – 446532, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Rel. Juiz Federal Convocado Marcello Ferreira de Souza Granado, pub. E-DJF2R - Data::03/05/2010 - Página: 45/46); APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO – 424607, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Rel. Desembargadora Federal Liliâne Roriz, pub. E-DJF2R - Data: 24/03/2010 - Página: 141/142).

A Carta Magna, portanto, previa a possibilidade de concessão de aposentadoria especial, mas não a conversão, deixando essa hipótese, que não vedava expressamente, à disposição do legislador.

A Emenda Constituição nº 20, de 16/12/1998, introduziu a seguinte regra no texto do art. 201 da Carta Magna:

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar³⁰.

Há uma diferença em relação à redação anterior (inciso II do art. 202), eis que, aqui, a ressalva é feita de forma genérica, para qualquer aposentadoria, sem qualquer menção ao tempo de serviço (30 ou 35 anos)

Pois bem, como a regra constitucional exigia a edição de lei complementar, o art. 15 da EC 20/98, já prevendo dificuldades nessa área e desejando fazer valer imediatamente o comando constitucional, dispôs da seguinte forma:

Art. 15. Até que a lei complementar a que se refere o art. 201, § 1º, da Constituição Federal, seja publicada, permanece em vigor o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, na redação vigente à data da publicação desta Emenda.

O que interessa aqui é verificar a redação do § 5º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91. Ao tempo da publicação da emenda (16/12/1998), era assim a dicção do referido artigo:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte)

30 Essa redação foi alterada pela EC 47/2003, que introduziu a expressão “e quando se tratar de segurados portadores de deficiência”, que não interessa ao presente estudo.

ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

...

§ 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

Pois bem, vimos que a MP 1.663-13 (pub. em 27/8/1998), convertida na Lei nº 9.711/98 (publicada em 21/11/1998), limitou a conversão do tempo de trabalho especial em comum somente até 28 de maio de 1998 (art. 28). Mas por que essa data especificamente? Porque em 28 de maio de 1998 foi editada a medida provisória nº 1.663-10 (publicada em 29/5/1998), que revogou o § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, daí a limitação estabelecida.

Assim, desde a edição da MP 1.663-10 até a edição da MP 1.663-12, constava a seguinte regra:

Art. 28. Revogam-se a alínea “c” do § 8º do art. 28 e os arts. 75 e 79 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, o § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e o art. 29 da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994.

Com a supressão do texto original desse artigo 28, outro foi introduzido pela MP 1.663-13, convertida na Lei nº 9.711/98 (publicada em 28/11/98) e por esta mantido, cujo texto, já transcrito em nota de rodapé, merece repetição:

“O Poder Executivo estabelecerá critérios para a conversão do tempo de trabalho exercido até 28 de maio de 1998, sob condições especiais que sejam prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos termos dos arts. 57 e 58 da Lei no 8.213, de 1991, na redação dada pelas Leis nos 9.032, de 28 de abril de 1995, e 9.528, de 10 de dezembro de 1997, e de seu regula-

mento, em tempo de trabalho exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha implementado percentual do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria especial, conforme estabelecido em regulamento”.

Esse texto inserido na lei resultou da conversão da medida provisória nº 1663-13, publicada em 27/8/1998.

Pode-se dizer que houve um descuido do legislador ao esquecer de manter a redação original do art. 28 da referida medida provisória, que revogava o § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, mas a regra está lá, limitando a conversão até 28 de maio de 1998.

Então, o argumento a favor da conversão após 28 de maio de 1998 baseia-se no seguinte raciocínio: se a nova versão da MP 1663 (13ª edição) não mais previa a revogação do § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, este, evidentemente, volta a vigor em toda sua plenitude, possibilitando a conversão, e como o novo artigo 28 (introduzido pela MP 1.663-13 e mantido pela Lei nº 9.711/98) foi criado em função da revogação anteriormente prevista (cujas medidas provisórias foram editadas justamente em 28/5/1998) e, o mais importante, o § 1º do art. 201 não diferencia entre aposentadoria especial e aposentadoria por tempo de serviço, mas ressalva as atividades exercidas em condições especiais, fica evidente que a conversão é possível após 28 de maio de 1995.

Sendo assim, este último argumento é o definitivo, pois a regra do art. 28 da Lei nº 9.711/98 é claríssima pela possibilidade de conversão somente até aquela data³¹.

V.3) Julgamento *extra petita*³²

Nos casos que envolvem concessão de aposentadoria especial ou conversão de tempo especial em comum, podem ocorrer algumas situações das quais façam surgir questões relativas a julgamentos *extra petita*, face ao disposto nos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil. Tentaremos analisar algumas hipóteses:

31 Deve ser observado que toda essa legislação que culminou com a edição da Lei nº 9.711/98 foi publicada antes do advento da Emenda à Constituição nº 20, de 16/12/1998.

32 Na lição de Humberto Theodoro Junior, comentando os artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil “o pedido é a condição e o limite da prestação jurisdicional, de maneira que a sentença, como resposta ao pedido, não pode ficar aquém das questões por ele suscitadas (decisão *citra petita*), nem se situar fora delas (decisão *extra petita*), nem tampouco ir além delas (decisão *ultra petita*)”; in **Curso de Direito Processual Civil**, 48ª edição, Forense, Rio de Janeiro, p. 582).

a) autor pede a concessão de aposentadoria especial e a sentença concede o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral – nesse caso entendo que não há julgamento *extra petita*, mas sim pela procedência parcial do pedido, tendo em vista que ambos os benefícios são de aposentadoria integral (idênticas RMI), sendo esse o ponto de ligação entre os dois benefícios, suficiente a meu ver, para esse julgamento favorável parcialmente ao autor. No entanto, se o autor fez ressalva expressa, como nos casos em que alguns fundos de pensão exigem como requisito para conceder certo benefício a concessão, pelo INSS, da aposentadoria especial, entendo que o julgamento deve ser pela improcedência do pedido³³;

b) autor pede a concessão de aposentadoria especial, sem qualquer ressalva, e a sentença concede o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição proporcional (casos admitidos pela EC 20/98) – nessa hipótese, acredito que o julgamento seja *extra petita*, pois o benefício proporcional pode não ser aquele almejado pelo autor. Para espantar dúvidas, é de bom alvitre, antes da prolação da sentença, intimar a parte a se pronunciar sobre essa possibilidade, tal como é feito no processo administrativo;

c) na hipótese inversa, ou seja, o autor pede a condenação do INSS a conceder aposentadoria integral por tempo de contribuição. Nesse caso, havendo possibilidade de concessão de aposentadoria especial, creio não haver julgamento *extra petita*, pelo fato de ambos os benefícios serem de aposentadoria integral, como visto acima;

d) se o autor pede a condenação do INSS a conceder aposentadoria por tempo de contribuição, mas não a conversão de tempo especial em comum, acredito que, provada a exposição nociva ou o exercício de atividade considerada especial (até 28/4/1995), também nessa hipótese não há julgamento *extra petita*, tendo em vista a relevância da questão social envolvida em matéria previdenciária³⁴. ❖

33 APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO – 446532. PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, pub. E-DJF2R - Data: 03/05/2010 - Página: 45/46, Rel. Juiz Federal Convocado Marcello Ferreira de Souza Granado.

34 Superior Tribunal de Justiça REsp 824075 / PR, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, pub. DJ 04/12/2006 p. 369)

BIBLIOGRAFIA E CONSULTAS

Fontes: ***www.previdenciainjusta.com.br*** - monografia de João Donadon; Trabalho publicado pela advogada, mestre em direito previdenciário pela PUC-SP e professora Adriane Bramante de Castro Ladenthin no sítio ***http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2795;jurisprudência*** do Tribunal Federal de Recursos, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, além de excertos de sentenças proferidas pelo palestrante.

Desistência da Pretensão Recursal no Julgamento por Amostragem em Recursos Repetitivos e o Novo CPC*

Haroldo Lourenço

Advogado. Mestrando na Universidad de Jaén (Espanha). Pós-graduado em Direito Processual Civil (UFF) e em Processo Constitucional (UERJ). Professor de Direito Processual Civil nos seguintes cursos (presencial, telepresencial e on line): Rede de ensino LFG, Praetorium/BH, Forum, Lexus, Atualização e Capacitação Profissional na Advocacia Cível da OAB-RJ, no CEPAD - Complexo Educacional Damásio de Jesus), Ênfase Praetorium, Foco Treinamento Jurídico, Centro de Estudos Guerra de Moraes, Multiplus Cursos e Concursos.

RESUMO

O direito processual civil brasileiro vem passando por diversas modificações, em que cada vez mais se busca uma harmonização com o espírito da Constituição, consagrando princípios como a segurança jurídica e efetividade, buscando uma uniformidade e estabilidade da jurisprudência. A partir da EC 45/04 ocorreram inúmeras minirreformas, dentre elas destaca-se o julgamento por amostragem, aplicável aos recursos repetitivos. O julgamento por amostragem, juntamente com outros dispositivos, se contextualiza nos ditames do sistema da *common law*, em que os precedentes judiciais representam o entendimento a ser seguido por todo o Judiciário. A adoção desse novo sistema, em alguns momentos, tem

* Uma primeira versão do presente artigo (“Desistência da pretensão recursal no julgamento por amostragem em recursos repetitivos. Uma proposta”) foi publicada na **Revista Forense**, v. 404, Ano 105, Julho-Agosto de 2009, p. 587 e pela Academia Brasileira de Direito Processual, disponível em: <http://www.abdpc.org.br>. A versão atual foi reescrita, principalmente por força do Projeto para a elaboração de um Novo Código de Processo Civil, onde a posição defendida naquele trabalho parece ter sido adotada.

esbarrado em outros institutos, como a desistência recursal, que é um ato processual unilateral, independente da anuência da parte contrária ou da discricionariedade judicial. Tal ponto foi enfrentado pelo STJ, sendo o objeto do presente artigo a análise da posição adotada, divergindo da mesma e propondo novos contornos, em análise sistemática de diversos outros institutos processuais, como a dimensão coletiva dos recursos extraordinários, os deveres das partes, os atos de *contempt of court*, os efeitos dos atos processuais e a desistência da pretensão recursal.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. INFLUÊNCIAS DO *STARE DECISIS*

Com o notório objetivo de debelar o que se costuma designar de *crise da justiça*, nossa legislação processual vem sendo, sucessivamente, reformada. Hoje, o objetivo de qualquer processualista é buscar meios de colaborar com a celeridade processual, a efetividade da tutela jurisdicional sem contudo, afastar-se de valores e garantias processuais mínimas.

A expressão utilizada, *crise da justiça*, pode soar excessiva e imprópria ou como uma vazia crítica ao Judiciário. Não é esse o propósito. Na esteira do defendido por Araken de Assis¹, “*Na verdade, busca-se nela expressar que a prestação jurisdicional prometida pelo Estado, no Brasil e alhures, tarda mais do que o devido, frustrando as expectativas dos interessados.*”

Como é cediço – sendo enfadonha uma eventual digressão sobre o tema – o advento da Emenda Constitucional 45/2004 foi um marco na atividade legislativa de reforma da lei processual, notadamente a civil.

Um grande marco em nosso ordenamento foi a adoção do sistema de súmulas vinculantes, em que, na forma do art. 103-A da CR/88, o STF poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula 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.

1 "Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil". In: **Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. Coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006. P. 196.

Sempre se afirmou que o Brasil se encontra filiado ao sistema jurídico conhecido por *civil law*, justamente por emprestar especial relevo à norma escrita e não se submete ao império do *stare decisis*, em que os precedentes firmados pelos tribunais superiores exercem força vinculante nos juízos inferiores.

A partir de então se percebeu, definitivamente, que não se adotava mais no Brasil o sistema da *civil law* puro, sendo bastante mitigado e influenciado pelo sistema da *common law*.

Nesse contexto, uma das características de grande parte dessas leis é a tentativa de adoção, tanto quanto possível, da uniformização de soluções para situações uniformes. O legislador incorporou as decisões judiciais por amostragem para a sociedade de massa. Assim foi com o art. 285-A (julgamento liminar de mérito ou improcedência *prima facie*), com o art. 518, § 1º (súmula impeditiva de recurso), com os arts. 543-A e 543-B (repercussão geral por amostragem no recurso extraordinário), com a Lei 11.417/2006 (súmula vinculante) etc.

Desde a edição das Leis nº 11.418/06 e nº 11.672/08, as quais incluíram, respectivamente, os artigos 543-B (repercussão geral por amostragem²) e 543-C ao CPC, a análise de recursos especiais e extraordinários repetitivos, quanto à questão combatida, ganhou um novo procedimento; o denominado julgamento por amostragem.

Nesse sentido, havendo multiplicidade de recursos, com fundamento em idêntica questão de direito, um ou mais serão selecionados e encaminhados ao STJ e ao STF para representarem a controvérsia, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo. Assim, tal previsão legal alcança todo e qualquer recurso cuja matéria de fundo seja estritamente de direito e tenha grande volume de demandas com o mesmo objeto em discussão no Poder Judiciário. Realizado o julgamento nos recursos por amostragem, os demais terão o mesmo destino daqueles que foram destacados para julgamento.

Tais inovações legislativas não são inéditas no cenário mundial, como noticia José Carlos Barbosa Moreira³, pois, a Argentina, através da

2 DIDIER Jr., FREDIE; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 3. ed. Salvador: Podivm, 2007, v. 3. p. 272.

3 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *in* **Comentários ao Código de Processo Civil**, Volume V. Forense: RJ, 2008, p. 615 e SS.

Lei 23.774, de 5 de maio de 1990, e os Estados Unidos, 28U.S.C., § 1.257; *Rule 10* das *Rules of the Supreme Court*, são exemplos de como vem sendo enfrentado o problema do acúmulo de trabalho nas Cortes Supremas.

As técnicas de recursos repetitivos (art. 543-B e 543-C do CPC) e da repercussão geral (art. 102 § 3º da CRFB/88 e 543-A e B do CPC) se encaixam no perfil das chamadas “causas piloto” ou “processos teste” (*Pilotverfahren ou test claims*), no qual, para resolução dos litígios em massa, “*uma ou algumas causas que, pela similitude na sua tipicidade, são escolhidas para serem julgadas inicialmente, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais*”⁴. Esse método é utilizado pela Alemanha, Áustria, Dinamarca, Noruega e Espanha (nesta, só para contencioso administrativo)⁵.

Essa nova conotação adotada pelo nosso legislador demonstra, nitidamente, que o “Código-Buzaid”, aos poucos, vem sendo derogado pelo novo Direito Processual Civil, que é, na essência, um Direito Processual Constitucional, invariavelmente.

O modelo de legislação seguido por Buzaid começou a enfraquecer principalmente com as reformas introduzidas pelas Leis nº 8.952/94, 10.444/02 e 11.232/05.

Inicialmente, um grande salto evolutivo foi consumado, a tutela de urgência, antes concentrada no processo de cautelar e em procedimentos especiais, foi generalizada no procedimento ordinário, como se observa do art. 273 e § 3º do art. 461, permitindo-se, ainda, no bojo do procedimento padrão, a prática de atos executivos.

Posteriormente, tais alterações foram “aperfeiçoadas”, em que foi alterada a tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer, iniciada pelo CDC, art. 84 e generalizada no art. 461, § 5º do CPC.

Finalmente, o paradigma liebmaniano foi rompido, o dogma da necessidade de um processo autônomo para a execução ruiu; pugna-se pela divisão dos processos pelas funções exercidas e não pela atividade.

Com efeito, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁶ fazem a seguinte síntese sobre a nova era do processo civil brasileiro:

4 CABRAL, Antonio do Passo. “O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) Alemão: uma alternativa às ações coletivas”. In: DIDIER JR, Fredie. **Leituras complementares de processo civil**. Salvador: Juspodvm, 2008, p. 146.

5 GRINOVER, Ada Pellegrini. **O tratamento dos processos repetitivos. O processo: estudos e pareceres**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 31.

6 **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. RT: SP, 2008, p. 93.

“A efetividade do processo é um dos valores centrais do novo direito processual civil brasileiro. Essa nova impositão, todavia, não desampara a outros valores igualmente fundamentais para conformação de nosso formalismo, como a segurança jurídica, a participação das partes e do juiz no processo e a autonomia individual. Todos são igualmente prestigiados na construção da tutela jurisdicional adequada aos casos concretos levados a juízo. O formalismo do processo civil é um formalismo valorativo. O sincretismo entre a atividade cognitiva e aquela destinada a realização prática dos direitos, a inserção de técnicas processuais antes reservadas, tão-somente, aos procedimentos especiais no procedimento comum (como, por exemplo, a tutela satisfativa antecipada), o estímulo à cooperação ao longo do processo do juiz com as partes e das partes com o juiz e a flexibilização das exigências formais em atenção à obtenção da justiça do caso concreto marcam o Código Reformado”.

2. JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS NO NOVO CPC

O Projeto de Lei para um Novo CPC, elaborado por uma comissão de juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux parece ter caminhado por essa trilha, prevendo no art. 953 e seguintes do anteprojeto o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

A ideia central parece ser a mesma, ou seja, sempre que houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente do tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao STF ou ao STJ independentemente de juízo de admissibilidade, ficando suspensos os demais recursos até o pronunciamento definitivo do tribunal superior.

Caso o tribunal de origem não adote tal postura, o relator no tribunal superior, ao identificar que sobre a questão de direito já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

Há, contudo, previsão de um prazo máximo de suspensão correspondente a doze meses, salvo decisão fundamentada do relator. De igual modo, o anteprojeto regulamenta a desistência recursal para a hipótese, porém, mais a frente enfrentaremos o ponto.

Por fim, considera-se julgamento de casos repetitivos tanto o dos recursos especial e extraordinário repetitivos, como o do incidente de resolução de demandas repetitivas. Pretende-se criar, buscando prevenir ou compor divergência a respeito de relevante questão de direito ou controvérsia sobre a qual penda multiplicidade de recursos buscando o mesmo resultado (art. 865 do Anteprojeto). Tal incidente muito se assemelha com o incidente de uniformização de jurisprudência existente nos arts. 476 a 479 do atual CPC, contudo, tem à vantagem de ser vinculante para todos os órgãos fracionários⁷.

3. DIMENSÃO COLETIVA DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Notoriamente, com a edição de tais procedimentos, onde se adotou um julgamento por amostragem nos Recursos Extraordinários e Especial, foi ratificada a dimensão coletiva dos recursos excepcionais⁸. Tais recursos guardam como missão fundamental buscar a inteireza da interpretação do direito constitucional federal e do direito infraconstitucional federal em todo o território nacional. Nesse contexto, têm como finalidade primeira a aplicação do direito positivo na espécie em julgamento, e não, propriamente, a busca da melhor solução para o caso concreto⁹.

Tal dimensão, mesmo nos que não repetitivos, ostenta a nobre função de resguardar o direito objetivo, mantendo a coesão do ordenamento jurídico. É, a rigor, uma consequência inafastável do sistema político nacional, em razão da necessidade de uniformização na aplicação e interpretação do direito constitucional federal e do direito infraconstitucional federal em todo o território nacional.

Não podemos nos afastar da ideia original de que nosso recurso extraordinário foi extraído diretamente do *writ of error* do direito saxônico,

7 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 176.

8 Estamos nos referindo, ao usar a expressão recursos extraordinários, contida no art. 467 do CPC, ao recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência, muito embora tal classificação seja criticada doutrinariamente, por ser desprovida de valor científico: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 115.

9 BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil**, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 237.

que nasceu na Inglaterra, com a finalidade de, segundo José Afonso da Silva, “*corrigir erros de direito em favor da parte prejudicada*”, desenvolveu-se e passou às colônias inglesas, entre as quais os Estados Unidos da América do Norte.

Na maioria das legislações comparadas o recurso extraordinário se presta a atacar decisões transitadas em julgado¹⁰, todavia, em nosso ordenamento tem natureza de recurso, prolongando o direito de ação, pois, interno à relação jurídica processual.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, criado pelo constituinte de 1988, com o escopo de desafogar o crescente número de recursos extraordinários, está ontologicamente associado ao Supremo Tribunal Federal; basta, para tanto, conferirmos alguns Enunciados do STF que continuam a influenciar indiretamente no juízo de admissibilidade do recurso especial, em razão da própria origem deste, valendo-se o STJ da longa experiência vivida pelo STF, como bem observou Marcelo Abelha Rodrigues¹¹. À guisa de ilustração confira-se o Enunciado 400 STF.

Com a criação da repercussão geral (CR/88, art. 102, § 3º, acrescentado pela EC 45/04, dispositivo regulamentado pela Lei nº 11.418/06) e, posteriormente, com a expansão da análise por amostragem também para o STJ, na forma do art. 543-C, introduzida pela Lei nº 11.672/08, como já citado, tornou-se indene de dúvidas a dimensão coletiva de tais recursos.

Ao ser selecionado um recurso especial ou extraordinário para julgamento por amostragem acentua-se a sua dimensão coletiva, assemelhando-se à tutela jurisdicional prestada em demandas coletivas (ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo), visando à fixação de uma tese jurídica geral, em simetria ao que ocorre em processos coletivos em que se discutam direitos individuais homogêneos, os denominados na feliz expressão de Barbosa Moreira, “*direitos acidentalmente coletivos*”¹².

Não obstante o Brasil, no campo do processo coletivo, possuir farta legislação, com inúmeros instrumentos aptos a proteger os interesses

10 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 115.

11 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil – Teoria geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1º e 2ºs graus; recursos; execução; tutela de urgência**. 4. Ed. reform., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 561.

12 Pois, por ficção jurídica, o legislador permitiu que em casos específicos de interesse social fossem tais direitos tratados de modo coletivo, visando a uma maior efetividade e economia processual.

coletivos (ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo etc.), existem propostas de um código de processo coletivo, tendo por finalidade compilar, em um Código próprio, as ações coletivas em geral¹³.

Por essa trilha, teríamos mais uma previsão esparsa de uma tutela coletiva, inserida no CPC pelo legislador reformador, visando a uma melhor tutela jurisdicional e a um acesso efetivo à justiça.

4. DEVERES DAS PARTES. CONTEMPT OF COURT

Por outro prisma, como cediço, a alteração perpetrada pela Lei nº 10.358/01, no CPC, art. 14, consagrou obrigações genéricas inerentes não somente às partes e seus procuradores, mas a todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo, ou seja, tais obrigações transcendem as partes e seus procuradores, atingem um universo maior de pessoas, como intervenientes, o Ministério Público, os auxiliares da justiça etc.

Entre as obrigações estatuídas no art. 14, encontramos no inciso II, a mais abrangente de todas; a rigor, agir com lealdade e boa-fé abrange todas as demais obrigações e implica o dever de agir com honestidade no curso do processo. Tal dispositivo se entrelaça com o art. 17, em que existe a previsão de diversas condutas reputadas como litigância de má-fé. Enquanto o art. 14 estabelece obrigação das partes agirem com lealdade e boa-fé, aquele, em um rol exemplificativo¹⁴, traz situações em que se considera ter o litigante atuado de má-fé.

No direito brasileiro tem sido pouco desenvolvido o tema da lealdade processual, contudo, além do art. 14, há outros deveres éticos das partes, como comportar-se convenientemente em audiência (art. 445, II do CPC), não atentar contra a dignidade da justiça (art. 599, II do CPC), tratar as testemunhas com urbanidade (art. 416 § 1º do CPC).

Para incidir tal dispositivo é preciso que o litigante tenha agido voluntariamente para responder por má-fé, ou seja, deve agir voluntária e conscientemente, *v. g.*, no sentido de deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, sabendo que assim está atuando.

A desobediência aos quatro primeiros incisos redundando nas sanções previstas no capítulo seguinte, o qual trata a responsabilidade das partes

13 Nesse sentido, confira-se: LOURENÇO, Haroldo de Araújo. "Teoria Dinâmica do ônus da prova e o acesso à justiça". Monografia de pós-graduação. Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2008, p. 116-117.

14 No sentido do rol do artigo 17 não ser exaustivo. GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

por dano processual (art. 16/18), revertendo-se à parte contrária. Quem litiga de má-fé pratica ato ilícito e deve responder pelos danos que causou à parte contrária.

Em distinção aos quatro primeiros incisos do art. 14, encontramos o inciso V, introduzido pela Lei nº 10.358/01, diferente dos demais deveres insertos no mesmo dispositivo, todavia, antes da mencionada lei.

Nessa hipótese, não cumprindo com exatidão os provimentos mandamentais ou criando embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final, a punição está no parágrafo único do art. 14, consagrando, em nosso ordenamento, o princípio anglo-saxão do *contempt of court*.

Certo é a existência de inúmeras críticas quando a postura branda tomada pelo legislador nesse dispositivo, o qual poderia ter sido mais amplo e mais efetivo. Por exemplo, o art. 14, parágrafo único, exclui o advogado, diferentemente do previsto no projeto de lei, tratando-se de uma arbitrariedade que somente pela lógica do absurdo poderia prevalecer. Seria indecente imunizar os advogados não só às sanções referentes aos atos desleais e ilícitos, como também aos próprios deveres éticos inerentes ao processo¹⁵. Há quem sustente que o *contempt of court* brasileiro já nasce praticamente morto¹⁶.

Em sua Exposição de Motivos, o então Ministro da Justiça, José Gregori, ao comentar o Projeto de Lei 3475/2000, que redundou na Lei nº 10.358/01, afirma, quanto ao art. 14, que:

“o projeto busca reforçar a ética no processo, os deveres de lealdade e probidade que devem presidir ao desenvolvimento do contraditório, ...”

“O inciso V, que o projeto acrescenta, bem como o parágrafo único, visam estabelecer explicitamente o dever de cumprimento dos provimentos mandamentais, e o dever de tolerar a efetivação de quaisquer provimentos judiciais, antecipatórios ou finais, com a instituição de sanção pecuniária a ser imposta ao responsável pelo ato atentatório ao exercício da jurisdição, como atividade estatal inerente ao Estado de

15 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002, p. 68.

16 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Paixão e morte do contempt of court brasileiro**. O processo: estudos e pareceres. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 219.

*Direito. Em suma: repressão ao **contempt of court**, na linguagem do direito anglo-americano.” (grifos no original)*

Vislumbro a possibilidade da cumulação das sanções por litigância de má-fé e ato atentatório ao exercício da jurisdição, quando se violar concomitantemente o disposto nos incisos I a IV e no inciso V do art. 14. Assim, os fatos geradores são distintos, todavia, guardam o mesmo caráter punitivo. As sanções ofender pessoas distintas. Na litigância de má-fé o destinatário de quantia imposta será a parte contrária, pois este foi ofendido. Na hipótese de ato atentatório ao exercício da jurisdição reverter-se-á em favor da União ou do Estado, pois o Judiciário foi agredido.

5. EFEITOS DOS ATOS PROCESSUAIS

Os atos processuais, independentemente de quem os pratique, consistem em uma espécie de atos jurídicos, qualificados pelo caráter processual da mudança jurídica, a implicar uma constituição, modificação ou substituição no processo¹⁷. São processuais os atos que têm importância jurídica no tocante à relação processual, ou seja, “os atos que têm por consequência imediata a constituição, a conservação, o desenvolvimento, a modificação ou a definição de uma relação processual”¹⁸. O que caracteriza o ato como processual não é sua prática no processo, mas o seu valor ou a sua repercussão para o processo¹⁹.

Os atos praticados pelas partes podem ser unilaterais ou bilaterais, consoante se depreende da dicção do art. 158 do Código de Processo Civil. São unilaterais os atos da parte que independem da concordância da parte contrária. Já os bilaterais assim se identificam, quando, para serem praticados pela parte, dependem da confluência da manifestação de vontade da parte contrária, a exemplo do que sucede com a transação (CPC, art. 269, III).

Os atos das partes, uma vez praticados, produzem efeitos imediatos no processo, gerando a pronta e instantânea modificação, constituição ou extinção de direitos processuais (CPC, art. 158). O único ato das partes que não produz efeitos imediatos é a desistência do exercício do direito

17 CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, v. 1, p. 477.

18 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 20.

19 CARNELUTTI, Francesco. *Ob. cit.*, p. 477.

de ação, bem como a desistência da execução, a qual deve ser requerida por advogado que detenha poderes especiais para tanto (CPC, art. 38, segunda parte), em que sua eficácia somente se opera depois de homologada por sentença (CPC, art. 158, parágrafo único e art. 795), que irá extinguir o processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VIII).

Observe-se que a doutrina admite a submissão de ato processual a condição, desde que intraprocessual, rejeitando-se a condição extraprocessual. Tomemos como exemplo, a denúncia da lide (uma cumulação eventual) ou de um recurso adesivo interposto apenas na hipótese de provido o recurso principal²⁰.

Enquanto não apresentada a resposta, o autor poderá, unilateralmente, desistir do exercício do direito de ação (CPC, art. 267, § 4º). A partir de tal momento, ou seja, depois da resposta do réu, o autor somente poderá desistir da ação, se contar com a concordância deste. Nessa ótica, a desistência será bilateral.

Ainda nesse ponto, para não perder o foco do presente trabalho, desistência do recurso é ato pelo qual o recorrente manifesta ao órgão jurisdicional a vontade de que não seja julgado, e, portanto, não continue a ser processado, o recurso que interpusera²¹. Muito comum a doutrina equiparar a desistência recursal à revogação, ou seja, o recurso é uma demanda e, portanto, pode ser revogada pelo recorrente²².

É ato unilateral, portanto, independe de anuência dos litisconsortes, tampouco da outra parte (CPC, art. 501), o que deve ser observado, somente, é se o advogado ostenta poderes especiais para o ato (CPC, art. 38). Assim, produzirá efeitos imediatos, independentemente da lavratura de termo e da homologação pelo órgão jurisdicional (CPC, art. 158)²³. Enfim, nas palavras de Didier Jr.²⁴, *“estão incorretas as expressões ‘pedir desistência’ e ‘pedido de desistência’. Não se pede a desistência; desiste-se.”*

20 Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. I. p. 250-251.

21 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. Ed. ver. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 126.

22 DIDIER Jr., FREDIE; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 5. ed. Salvador: Podivm, 2008, v. 3, p. 38.

23 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. Ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 117.

24 DIDIER Jr., FREDIE; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 5. ed. Salvador: Podivm, 2008, v. 3, p. 40.

Observe-se, contudo, que a desistência ou a renúncia pressupõem, igualmente, que já tenha ocorrido publicação da decisão²⁵. O próprio STJ já admitiu que a desistência realize-se antes que se termine o julgamento²⁶. De igual modo, o STF não permite a desistência do recurso extraordinário após ter sido prolatada a decisão, mesmo que ainda não publicada²⁷. A desistência não comporta condição ou termo. Esta pode ser expressa (v.g. petição ou em sustentação oral) ou tácita (art. 523 § 1º), bem como a desistência não torna inadmissível o recurso, torna-o inexistente²⁸.

No diapasão, o citado mestre²⁹ conclui:

“É desnecessária, em qualquer caso, a lavratura de termo. Nem sequer exige o Código que a desistência do recurso seja homologada, conforme resulta do disposto no art. 158, caput: a exceção contemplada no parágrafo único apenas concerne à desistência da ação. O órgão judicial, tomando conhecimento da desistência do recurso e verificando-lhe a validade, simplesmente declarará extinto o procedimento recursal.”

Tanto é assim que havido desistência, se a parte recorrer da sentença homologatória de tal desistência, o recurso não será conhecido pela ocorrência de um pressuposto processual negativo de sua admissibilidade, pois, a parte manifestou a vontade de desistir, exceto caso se trate de impugnar a validade da desistência, manifestada pelo procurador sem poderes especiais.

Enfim, a desistência recursal é fruto de uma manifestação da autonomia privada das partes no processo (princípio dispositivo), assegurada constitucionalmente; autonomia privada que vem sendo flexibilizada pela tendência de ativismo judicial, mas, ordinariamente, fruto de uma autorização legal.

25 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 117.

26 Questão de Ordem no REsp 556.685-PR, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 11.02.2004.

27 AgReg no RE 212.671-3, 1ª T., rel. Min. Carlos Brito, j. 02.09.2003, DJ de 17.10.2003, p. 20.

28 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 126. DIDIER Jr., FREDIE; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 5. ed. Salvador: Podivm, 2008, v. 3. p. 51.

29 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 126.

6. DESISTÊNCIA EM RECURSOS REPETITIVOS SELECIONADOS PARA JULGAMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Firmadas tais premissas, recentemente, o STJ, mediante a questão de ordem suscitada pela Ministra Nancy Andrighi, enfrentou uma tormentosa questão: Selecionando-se um recurso para julgamento, quando já pronto para ser levado a debate no órgão do STF ou STJ, pode o recorrente desistir dele?

Foi isso que ocorreu no julgamento por amostragem perante o STJ, em 17.12.2008, em que, na análise da legalidade ou não da cláusula que, em contratos bancários, prevê a cobrança da comissão de permanência na hipótese de inadimplência do consumidor, foram selecionados para julgamento no STJ dois casos, contidos nos REsp's 1.058.114 e 1.063.343.

O julgamento foi iniciado, quando tiveram três votos no sentido de que o julgamento deveria prosseguir indiferentemente à desistência e um voto aceitando o pedido do banco. Na ocasião, a ministra relatora, Nancy Andrighi, propôs uma solução conciliatória: a desistência seria homologada, mas somente após o julgamento. Assim, a consequência prática para as partes seria a mesma, e o tribunal firmaria o precedente normalmente.

O voto-vista do ministro Nilson Naves, proferido durante a sessão, foi além e defendeu que o pedido de desistência fosse negado definitivamente. O posicionamento ganhou adeptos e acabou mudando o voto da própria relatora. O julgamento terminou com cinco votos contra a desistência, quatro pela posição intermediária e apenas um a favor dos bancos, proferido pelo ministro Otávio de Noronha.

Segundo o ministro Nilson Naves, o indeferimento do pedido do banco atende ao objetivo da celeridade processual e ao direito coletivo. Aceitar a desistência em cima da hora nos casos repetitivos, diz, seria entregar ao recorrente o poder de protelar ou manipular o resultado dos julgamentos. Na mesma linha foi Ari Pagendler: *“O recurso especial serve para proteger o ordenamento jurídico e o pedido de desistência protege apenas o interesse individual. O tribunal não pode ser obstado pelo interesse da parte”*, afirmou.

Destarte, não será mais permitida a desistência do recurso, sendo a parte obrigada a ter seu recurso analisado no mérito, mesmo que assim não mais deseje.

Enfim, temos de um lado o direito de o recorrente desistir da sua pretensão recursal e do outro, o interesse coletivo na formulação da orientação quanto a idêntica questão de direito existente nos múltiplos recursos.

Essa é a questão proposta no presente trabalho, eis que guardamos reservas ao posicionamento sufragado pelo STJ.

7. A DESISTÊNCIA NO JULGAMENTO DOS RECURSOS REPETITIVOS NO NOVO CPC

Como mencionado, o anteprojeto para um novo CPC mantém a sistemática dos julgamentos dos recursos repetitivos; contudo, o art. 911, *caput*, do mencionado Projeto, afirma que o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso; porém, no julgamento de recursos repetitivos, a questão ou as questões jurídicas, objeto do recurso representativo de controvérsia de que se desistiu serão decididas pelo STJ ou pelo STF.

Nesse sentido, a tese que já havíamos defendido prevaleceu: não se pode impedir a desistência recursal, muito embora deva ser firmada a questão jurídica debatida³⁰. Esse posicionamento, com a divulgação do Anteprojeto para o novo CPC, foi aplaudido por renomada doutrina, afirmando ser a desistência ineficaz quanto à obtenção da unidade do direito³¹. Noutro giro, já está sendo crítica, afirmando-se que o “*objetivo seria nobre, mas a que custo?*” e, continua, afirmando que seria criado um incidente processual no tribunal, sem, contudo, existir processo em trâmite. Por fim, conclui afirmando que o melhor seria a adoção da tese consagrada pelo STJ, indeferindo o pedido de desistência³².

8. UMA SOLUÇÃO ALTERNATIVA. CONCLUSÃO

Diante de tal conflito, reporto-me às palavras de Luis Roberto Barroso, ao realizar irretorquível digressão sobre os direitos fundamentais e a necessidade de ponderação “*...assim, restringem-se direitos fundamentais,*

30 Vide: LOURENÇO, Haroldo. "Desistência da pretensão recursal no julgamento por amostragem em recursos repetitivos". Uma proposta. **Revista Forense**, Volume 404, Ano 105, Julho-Agosto de 2009, p. 587. Publicado também pela Academia Brasileira de Direito Processual, disponível em: <http://www.abdpc.org.br>.

31 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 180.

32 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2011, p. 625.

*a fim de assegurar a maior eficácia deles próprios, visto não poderem todos, concretamente, ser atendidos absolutamente e plenamente*³³.”

Não podemos nos afastar da ideia de que a parte pode, realmente, precisar da desistência para que se realize um acordo, celebre um negócio jurídico ou por qualquer outro motivo legítimo. De igual modo, como ceção, os recursos são regidos pelo princípio dispositivo.

Por outro lado, não se pode afastar o interesse coletivo inerente ao julgamento do Recurso selecionado, o qual servirá de paradigma para inúmeros outros existentes em todo o Brasil.

O pedido de desistência, nesse caso, cremos deva ser devidamente fundamentado, expondo claramente as razões da desistência (a celebração de um negócio jurídico ou qualquer outro motivo legítimo), pois, do contrário, transparecendo que o pedido de desistência está sendo formulado em situação desprovida de boa-fé, no mínimo, se está atentando contra dignidade do exercício da jurisdição, exatamente na hipótese do inciso V do art. 14, ou seja, criando embaraço ao cumprimento de um provimento à efetivação de provimentos judiciais, em nítido ato de *contempt of court*, merecendo reprimenda pecuniária a ser imposta pelo magistrado, no exercício do seu poder atípico de polícia (*contempt power*).

Creio que o guardião da legislação federal não pode, por via transversa, negar vigência ao art. 501 e ao art. 158, negando ao recorrente o direito de desistir da pretensão recursal, todavia, como ressaltou a ilustre Ministra, a análise da questão repetitiva também não pode ficar frustrada. Como solucionar tal impasse? Segue nossa modesta proposta.

Reporto-me agora a outro mestre do direito³⁴, em célebre parecer, que, citando Francesco Carnelluti, diferenciou (i) questão incidente, (ii) incidente do processo e (iii) processo incidente:

Tenha-se presente a distinção entre questão incidente, incidente do processo e processo incidente, lembrando-se das preciosas lições de Francesco Carnelutti. Certas questões que incidem sobre o processo, ou seja, que recaem sobre ele (incident) são desde logo decididas sem maiores desvios no procedimento, como é o caso das preliminares de carência de ação,

33 BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 210.

34 DINAMARCO, Cândido Rangel. "Suspensão do Mandado de Segurança pelo Presidente do Tribunal". **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 105, p. 191-206, 2002.

coisa julgada ou incompetência absoluta, etc. No extremo oposto, há discussões que se travam em novo processo, distinto do primeiro mas incidente a ele, como são os embargos do executado, os de terceiro ou os embargos ao mandado de pagamento ou entrega (processo monitorio). No entremeio, há questões cujo surgimento não ocasiona a formação de processo novo, mas provocam desvios procedimentais significativos, ora com suspensão do procedimento principal, ora sem ela (ex.: as exceções de suspeição, impedimento, incompetência relativa). (grifos no original)

Nesse diapasão, partindo-se do esclarecimento realizado pelo mestre paulista, quando se seleciona um ou mais recursos para julgamento, sendo pedida a desistência em tais recursos, deve ser instaurado um novo procedimento, na verdade, um processo incidente, por impulso oficial, não se confundindo com o procedimento principal recursal, instaurado por provocação da parte.

O pleito de desistência individual deve ser acolhido, produzindo seus regulares efeitos; todavia, a partir de então, o magistrado deve determinar a instauração de um processo incidente, tendo como único objetivo a solução da questão repetitiva, que servirá de paradigma a ser seguido pelos demais tribunais e que repercutirá na análise dos recursos sobrestados para julgamento. Destarte, tal processo incidente surge como o único objetivo: *fixar a questão jurídica repetitiva, refletindo um objeto litigioso coletivo.*

Cremos que esta seja a única forma de coadunarmos os interesses contrapostos, permitindo, assim, a definição da tese jurídica a ser adotada pelo tribunal superior ou pelo STF, não prejudicando a perda de interesse superveniente do recorrente, prevista no art. 501 do CPC.

Tal proposta de solução, cremos não ser novidade ou totalmente inédita em nosso ordenamento, inspira-se em um incidente de inconstitucionalidade ou de uniformização de jurisprudência gerado no Tribunal, previsto no arts. 476 e 480, ou até mesmo no incidente para o deslocamento da competência, inserto no art. 555, § 1º do CPC; por óbvio, somente na sua dinâmica, que pode ser instaurado por iniciativa do magistrado.

Infelizmente, nessa parte, nossa tese não foi adotada, restando uma lacuna no anteprojeto sobre o ponto. O ponto já foi percebido por arguta doutrina, afirmando que se reconheceu o interesse público no julgamento da questão paradigmática, ensejadora da multiplicação dos recursos excepcionais, contudo, não se esclareceu como se procederá na hipótese³⁵.

Enfim, ainda que não se adotasse a tese acima defendida, no mínimo, seria mais fácil permitir a desistência e, posteriormente, suspender o procedimento para a escolha de outro recurso paradigma.❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken. "Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil". In: **Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. Coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BORRING, Felipe. "Considerações iniciais sobre a teoria geral dos recursos no novo Código de Processo Civil". **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume VII.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**, 5: recursos, processos e incidentes no tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. São Paulo: Saraiva, 2008.

CABRAL, Antonio do Passo. "O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) Alemão: uma alternativa às ações coletivas". In: DIDIER JR, Fredie. **Leituras complementares de processo civil**. Salvador: Juspodvm, 2008.

35 BORRING, Felipe. "Considerações iniciais sobre a teoria geral dos recursos no novo Código de Processo Civil". **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume VII, p. 36.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. I.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3.

DIDIER Jr., FREDIE; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 3. ed. Salvador: Podivm, 2007, v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

_____. "Suspensão do Mandado de Segurança pelo Presidente do Tribunal". **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 105, 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O tratamento dos processos repetitivos**. O processo: estudos e pareceres. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

_____. **Paixão e morte do *contempt of court* brasileiro**. O processo: estudos e pareceres. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

LOURENÇO, Haroldo. "Teoria Dinâmica do ônus da prova e o acesso à justiça". Monografia de pós-graduação. Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2008.

_____. "Desistência da pretensão recursal no julgamento por amostragem em recursos repetitivos". Uma proposta. **Revista Forense**, Volume 404, Ano 105, Julho-Agosto de 2009, p. 587. Publicado também pela

Academia Brasileira de Direito Processual, disponível em: <http://www.ab-dpc.org.br>.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. MITIDIEIRO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. RT: SP, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. Ed. ver. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

_____. *In* **Comentários ao Código de Processo Civil**, Volume V. Forense: RJ, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil – Teoria geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1ª e 2ªs graus; recursos; execução; tutela de urgência**. 4. Ed. reform., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

O Processo Civil entra em Campo: A Coisa Julgada e o Título Brasileiro de 1987

José Augusto Garcia de Sousa¹⁻²

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro; Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), na qual é Professor Assistente de Direito Processual Civil.

RESUMO:

Um episódio bastante polêmico da vida desportiva brasileira — a disputa pela condição de campeão nacional de futebol de 1987 — é o ensejo para o artigo discutir o riquíssimo tema da coisa julgada, decisivo para a resolução da controvérsia futebolística.

1. INTRODUÇÃO

Embalado pelas “ondas” do célebre movimento do acesso à justiça, capitaneado por Mauro Cappelletti, o processo civil transformou-se intensamente nas últimas décadas. Vivemos agora, na chamada fase instrumentalista, sob o influxo da ideia-força da efetividade. O processo deve servir à vida, ao homem. Da realidade não pode se afastar. A efetividade do processo é, antes de tudo, essa conexão direta com a realidade, abandonando-se o formalismo que durante muito tempo impregnou o direito processual³. Nada mais eloquente a esse respeito do que o processo

1 Com muito afeto, agradeço o apoio e as valiosas sugestões do acadêmico Francisco Acioli Garcia.

2 Tratando-se de um estudo de caso, relativo a conflito concreto e atual, devo declarar que, embora sem qualquer vínculo jurídico com as entidades envolvidas, gosto de futebol e torço pelo Flamengo, personagem central da disputa. Isso realmente despertou o meu interesse para o caso, mas não prejudica a seriedade do trabalho. Afinal, este se pretende consistente e com apoio em fontes bibliográficas boas e confiáveis. Além disso, hoje se sabe muito bem que não há neutralidade possível no mundo do direito, sem que o fato, por óbvio, tenha o condão de inviabilizar a produção científica nesse ramo. Enfim, também aqui o escrito transcende o autor, e deve ser julgado pela qualidade dos seus fundamentos, nada mais.

3 Fala-se evidentemente do formalismo excessivo, sem descuidar da importância da forma para o processo. Consulte-se, a propósito, premiada obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

civil brasileiro na quadra atual. Como sabemos todos, discute-se o projeto de um novo Código de Processo Civil. Independentemente dos méritos ou deméritos do projeto, não há dúvida nenhuma de que ele está sendo guiado pela perspectiva da efetividade, visando ao aperfeiçoamento *prático* da função jurisdicional no Brasil. Há cerca de 40 anos, as preocupações eram bem distintas. Na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, a realidade exterior não tinha qualquer protagonismo, mas sim a economia interna da processualística.

Neste ensaio, lastreado em caso concreto, a conexão do processo com as pulsações do mundo exterior estará muito presente. Mas dentro de um ângulo peculiar, e exibindo uma raríssima mistura de ingredientes. De um lado, o instituto da coisa julgada, que mesmo para os iniciados continua reservando surpresas e mistérios. Do outro, uma das maiores paixões nacionais, o futebol.

Estudaremos o caso do título brasileiro de 1987, objeto de ruidosa polêmica jurídico-futebolística. Como se verá a seguir, a disputa por esse título — que já dura quase 25 anos e envolve o time com maior torcida no país — passou a depender da resolução de uma controvérsia processual, afeta especificamente ao instituto da coisa julgada. Assim, uma questão extraída das profundezas da dogmática processual, carregada de sutilezas, ganhou as ruas e tornou-se assunto de rodas de bar e mesas redondas televisivas, sendo versada com desconcertante fluência por torcedores e comentaristas esportivos.

Paixão futebolística à parte, o caso abre ótimo ensejo para se cuidar do tema da coisa julgada, que, mesmo sem arrastar multidões a estádios, possui também, ao menos para os estudiosos do processo, uma boa dose de fascínio.

2. A COPA UNIÃO DE 1987

Tratando-se de um estudo de caso, é preciso proceder a relato detalhado do quadro empírico que subjaz à polêmica jurídica⁴.

A história do conflito tem início em 1987. Naquele ano, o futebol brasileiro vivia uma profunda crise. O Campeonato Brasileiro de 1986, com nada menos do que 80 clubes — um número espantoso até mesmo

4 Não há maior controvérsia sobre os fatos que serão expostos a seguir (muitos deles notórios). Além de abundantes fontes na internet, consulte-se Roberto Assaf, **História completa do Brasileiro** – 1971/2009, Rio de Janeiro: Lance, 2009.

para os padrões nacionais —, havia sido, além de caótico, muito deficitário para os grandes clubes, obrigados a dividir espaço com times sem a menor expressão. A Confederação Brasileira de Futebol (CBF) era alvo de grande insatisfação e estava sem força e sem recursos. Tanto assim que o seu presidente, Octávio Pinto Guimarães, comunicou publicamente não ter a entidade condições de organizar o Campeonato Brasileiro de 1987. Foi a deixa para que o recém-fundado Clube dos 13 (“União dos Grandes Clubes do Futebol Brasileiro”) tomasse a iniciativa de promover o certame, que teria apenas 16 times (com o acréscimo de três convidados) e prometia ser organizado e rentável, ao contrário do Brasileiro de 1986. Seria a “Copa União”, ancorada em um inédito projeto de *marketing*, que envolveu vários patrocinadores importantes. No entanto, a CBF, ao pressentir o sucesso da Copa União, voltou atrás, retomando a organização do torneio, sob os protestos veementes do Clube dos 13. Um grande impasse se instalou. Quando a temperatura já atingia níveis elevados, CBF e Clube dos 13 conseguiram chegar a um acordo. A Copa União idealizada pelo Clube dos 13 teria então quatro “Módulos”: Verde, Amarelo, Azul e Branco.

Interessam aqui os Módulos Verde (Torneio João Havelange) e Amarelo (Torneio Roberto Gomes Pedrosa). O Verde foi composto pelos maiores times do Brasil, ganhadores de quase todos os títulos nacionais até então disputados, e também de alguns títulos mundiais. A saber: Atlético Mineiro, Bahia, Botafogo, Corinthians (campeão mundial de clubes posteriormente), Coritiba, Cruzeiro, Flamengo (campeão mundial em 1981), Fluminense, Goiás, Grêmio (campeão mundial em 1983), Internacional (campeão mundial posteriormente), Palmeiras, Santa Cruz (à época o time mais destacado de Pernambuco), Santos (bicampeão mundial em 1962/63), São Paulo (três vezes campeão mundial posteriormente) e Vasco. Já o Módulo Amarelo foi composto pelos representantes do que se pode chamar de segundo escalão do futebol brasileiro, entre eles o Sport Clube do Recife, que jamais conquistara qualquer título brasileiro⁵.

Confirmando o fato óbvio de que o Módulo Verde significava a primeira divisão do Brasil, registre-se que o América do Rio de Janeiro se recusou a disputar o Módulo Amarelo, por entender que seu lugar de

5 Eis a lista completa do Módulo Amarelo: América-RJ (que se recusou a disputar a competição), Atlético-GO, Atlético-PR, Bangu-RJ, Ceará-CÉ, Criciúma-SC, CSA-AL, Guarani-SP, Internacional-SP, Joinville-SC, Náutico-PE, Portuguesa-SP, Rio Branco-ES, Sport-PE, Treze-PB e Vitória-BA. De todos esses times que compuseram o Módulo Amarelo, somente o Guarani havia, até então, conquistado um Campeonato Brasileiro, o de 1978 (depois, o Atlético-PR venceu o de 2001). E nenhum deles, até hoje, conquistou título mundial ou mesmo sul-americano.

direito era no Módulo Verde (o inconformismo tinha alguma procedência: embora nunca tivesse sido um time de ponta, o América obtivera o quarto lugar no Campeonato Brasileiro de 1986⁶).

O acordo firmado entre CBF e Clube dos 13 foi importante para que os times pudessem entrar em campo, mas não logrou pacificar uma questão crucial: quem seria o campeão brasileiro de 1987? Para a CBF, o campeão sairia de um “cruzamento” reunindo os dois melhores do Módulo Verde e os dois melhores do Módulo Amarelo. Já o Clube dos 13 rejeitava tal cruzamento, forte no argumento de que, em qualquer lugar do mundo, não há o menor sentido em decidir um campeonato nacional “cruzando” os melhores da primeira divisão com os melhores da segunda divisão. Para o Clube dos 13, a autêntica Copa União era, unicamente, o Módulo Verde; havendo cruzamento, seria tão só para definir os dois representantes brasileiros na Taça Libertadores da América, o mais importante torneio internacional de clubes no âmbito das Américas.

O Flamengo sagrou-se campeão do Módulo Verde, derrotando na final, em 13/12/87, o Internacional, diante de um público de 91.034 pessoas, no Maracanã. Nessa final, o Flamengo entrou em campo com a seguinte escalação: Zé Carlos, Jorginho, Leandro, Edinho e Leonardo; Andrade, Aílton e Zico; Renato Gaúcho, Bebeto e Zinho. Desse time, todos passaram pela seleção brasileira, com a única exceção de Aílton. E quatro foram titulares da seleção brasileira campeã da Copa do Mundo de 1994 (Jorginho, Leonardo, Bebeto e Zinho).

Por outro lado, o Sport venceu o Módulo Amarelo, ficando o Guarani em segundo lugar.

Confirmando-se jornais e revistas esportivas da época (como por exemplo a revista **Placar**, líder de mercado): não havia a menor dúvida de que o Flamengo fora o campeão nacional de 1987. Prevaleceu, para a imprensa e o público em geral, a lógica ordinária das competições esportivas. Nenhum campeonato do mundo se decide embolando os melhores da divisão de cima com os melhores de uma divisão inferior.

Dentro do convulsionado futebol brasileiro da década de 80, porém, não era tão simples. Começou então uma “guerra de regulamentos”. Já iniciada a Copa União, a Diretoria da CBF preparou um regulamento

6 Outra possível injustiça na seleção dos integrantes do Módulo Verde foi a exclusão do Guarani, vice-campeão de 1986 (além de campeão de 1978). Mas se tratou, no máximo, de uma exceção à regra. Os grandes clubes brasileiros, nenhum observador minimamente isento poderá negar, estavam no Módulo Verde.

prevendo o referido cruzamento, só que tal regulamento não foi aprovado pelo Conselho Arbitral da entidade (formado pelos clubes participantes), como previa resolução do CND - Conselho Nacional de Desportos (órgão administrativo, já extinto, que na época regulava amplamente os esportes no Brasil). Era esse o regulamento, tácito que seja, brandido pelo Sport. Já o Flamengo se apegava à resolução não unânime do Conselho Arbitral da CBF igualmente duvidosa — votada em janeiro de 1988, após a final com o Internacional —, de acordo com a qual o cruzamento não deveria ocorrer. Além disso, o Flamengo seguia a orientação do Clube dos 13, ao qual estava filiado. A mesma postura teve o Internacional, que também era do Clube dos 13 e se houve no episódio de maneira extremamente digna: caso traísse o Clube dos 13, o Internacional voltaria a ter chance de conquistar o título que havia perdido, no campo, para o Flamengo.

A direção da CBF, como já dito, era a favor do cruzamento e determinou a sua realização. Com base na resolução do Conselho Arbitral de janeiro de 1988 — referendada pelo Conselho Nacional de Desportos —, o Flamengo não entrou em campo para enfrentar o Guarani; o Internacional fez o mesmo diante do Sport. Vencedores por W.O., Sport do Recife e Guarani de Campinas foram à final dessa última fase da Copa União (à luz do regulamento preparado pela Diretoria da CBF). Dois jogos foram realizados, o primeiro em Campinas (público de apenas 4.627 pessoas) e o segundo no Recife (público de 26.289 pessoas). Nesse segundo jogo, em 07/02/88, o Sport venceu o Guarani e conquistou o título (o primeiro jogo terminara empatado). Longe das manchetes. Mas com o endosso da CBF.

Reafirme-se, por último, que a CBF contrariou o posicionamento da entidade a quem devia obediência, o CND. Este, em sessão colegiada realizada em 21/01/88, declarou, à unanimidade, que o Flamengo era o campeão de 1987. Ou seja, para a justiça desportiva brasileira, encarnada pelo CND, o controvertido título pertencia ao Flamengo, de fato e de direito.

3. A DEMANDA INTENTADA PELO SPORT CLUB DO RECIFE

O Sport intentou ação judicial para ratificar a condição de campeão brasileiro de 1987, que lhe fora atribuída pela CBF em desafio à posição do CND. Como litisconsortes passivos figuraram a própria CBF, o Flamengo, o Internacional e a União Federal (cuja estrutura administrativa abrigava o Conselho Nacional de Desportos - CND). Por conta da presença da União no polo passivo — presença questionada durante o processo, sem

êxito —, o Sport pôde litigar perante a 10ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco (Processo 00.0004055-0). Caso a União não fosse ré, a ação correria na Justiça estadual, no foro do Rio de Janeiro (domicílio da CBF e do Flamengo) ou no foro de Porto Alegre (domicílio do Internacional).

Afigura-se de grande importância analisar o conteúdo da demanda ajuizada pelo Sport. Em especial, examine-se a respectiva sentença, proferida em 02/05/94⁷. No relatório, fica claro o objeto litigioso do processo:

“Manifestando seu inconformismo com a tentativa de modificação do regulamento do Campeonato Brasileiro de Futebol de 1987, pediu [o Sport] seja reconhecida a sua condição de campeão do aludido certame, declarando-se válido o Regulamento outorgado pela Diretoria da Confederação Brasileira de Futebol, em face da suspensão da convocação do Conselho Arbitral da aludida entidade, por decisão judicial. Pleiteou, outrossim, fossem reputadas inválidas as modificações no dito regulamento, que não obtivessem a unanimidade dos votos do citado Conselho.”

Quanto aos fundamentos da sentença, entendeu-se que deveria prevalecer o regulamento imposto pela Diretoria da CBF, o qual, na pior das hipóteses, teria o assentimento tácito dos clubes. A par da validação do regulamento proveniente da Diretoria da CBF, a sentença negou eficácia à deliberação favorável à pretensão do Flamengo, oriunda do Conselho Arbitral da mesma CBF:

“(...) Diante de tais considerações, avulta não se poder acatar qualquer deliberação do mencionado Conselho Arbitral, com efeitos diretos no regulamento do Campeonato Brasileiro de 1987, que não tenha sido acolhida pela unanimidade de seus integrantes. Isto posto, a supressão do quadrangular já referido não poderia prevalecer. Deveriam os dois finalistas de cada Módulo do Campeonato ter disputado entre si para decidir o efetivo Campeão Brasileiro do citado ano. Recusaram-se o Sport Club Internacional e o Clube de Rega-

⁷ Observe-se, *a latere*, que a sentença contém, a fls. 366 dos autos, uma informação intrigante do ponto de vista processual, cujo sentido nossas pesquisas não conseguiram decifrar: “Vieram-me os autos, para exame e deliberação, por força de designação extraordinária do Exmo. Sr. Presidente do TRF 5ª Região.” Não conseguimos apurar a justificativa para essa designação extraordinária, nem se ela feriu o princípio constitucional do juiz natural.

tas do Flamengo a participar do cruzamento aludido, como restou inconteste nos presentes autos, dando azo à disputa ser promovida apenas entre o Sport Club do Recife e o Guarani Futebol Clube, tendo o primeiro, de acordo com as regras pertinentes, se sagrado vitorioso.”

Também fundamental é a reprodução do dispositivo da sentença:

“Em face do exposto, julgo procedentes, in totum, as pretensões formuladas na peça exordial, para declarar válido o regulamento do Campeonato Brasileiro de Futebol Profissional de 1987, outorgado pela Diretoria da CBF; declarar, ainda, necessária a aprovação da integralidade dos membros do Conselho Arbitral da dita entidade, para a sua modificação, determinando, outrossim, à Confederação Brasileira de Futebol – CBF e à União Federal (Conselho Nacional de Desportos – CND) que se abstenham de ordenar a convocação, convocar ou acatar decisão do Conselho Arbitral tendente à modificação do suso-citado regulamento, sem a deliberação unânime de seus membros, concluindo, pois, por determinar seja reconhecido o demandante como Campeão Brasileiro de Futebol Profissional do ano de 1987, pela Confederação Brasileira de Futebol – CBF.”

Com as transcrições feitas acima, conseguimos identificar perfeitamente os contornos objetivos da demanda proposta pelo Sport em face de CBF, Flamengo, Internacional e União Federal. A causa de pedir: basicamente, o estado de dúvida — gerado pela existência de normas regulamentares contraditórias — quanto ao campeão brasileiro de 1987. O pedido (principal): o reconhecimento do Sport, pela CBF, como campeão brasileiro de 1987.

A sentença favorável ao Sport foi mantida em grau recursal, pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Houve ainda a tentativa de levar a causa para o Superior Tribunal de Justiça, mas o recurso especial interposto pela União foi denegado na origem. Sucedeu-se agravo de instrumento, que igualmente não teve sucesso, sendo desprovido por motivos formais (Ag 210.691/PE, rel. min. Waldemar Zveiter, decisão proferida em 10/03/99).

Antes de avançar, deixe-se registrado que foi suscitada, no processo em tela, a preliminar de necessidade de esgotamento das instâncias da justiça desportiva, à vista do art. 217, § 1º, da Constituição de 1988 (tema que merecerá a nossa atenção adiante). Aliás, o próprio regulamento validado pela sentença dispunha no mesmo sentido do comando constitucional. A sentença afastou a preliminar com base principalmente em dois fundamentos. Em primeiro lugar, o texto constitucional não se aplicaria à demanda do Sport, pois esta fora intentada em fevereiro de 1988, antes de entrar em vigor a Constituição. Depois, sustentou a sentença — numa arrojada aplicação da (mal compreendida) teoria das normas constitucionais inconstitucionais, de Otto Bachof⁸ — que seria “bastante questionável” a própria constitucionalidade do art. 217, § 1º, da Constituição de 1988, vez que ofenderia o princípio maior da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição).

4. A SUPERVENIÊNCIA DE FATOS RELEVANTES

A decisão judicial transitada em julgado não arrefeceu o ânimo do Flamengo, que continuou reivindicando o título de 1987. O Clube dos 13 seguiu apoiando o pleito do Flamengo. Também os meios futebolísticos, de uma forma geral, continuaram creditando a conquista ao Flamengo, colocando este, na pior das hipóteses, ao lado do Sport.

Para filiar-se ao Clube dos 13, o próprio Sport firmou documento concordando com a divisão do título de 1987, sendo o documento assinado por todos os integrantes do Clube dos 13, na assembleia geral extraordinária da entidade realizada em 09/06/97. Mas nenhuma mudança concreta sucedeu.

A partir de 2010, fatos novos advieram, e o assunto voltou às primeiras páginas.

Em dezembro de 2010, através da Resolução da Presidência (RDP) nº 03/10, a Confederação Brasileira de Futebol promoveu a chamada “unificação dos títulos brasileiros de clubes” a partir de 1959. Para tanto, reconheceu, como campeonatos brasileiros, torneios que antes não tinham tal qualificação. Pensando naqueles que não são letrados em futebol, vale explicar com calma essa unificação.

⁸ Exato, a propósito, o comentário de Luís Roberto Barroso (*Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 189): “Pouco lido e citado por vezes com equivocidade, o trabalho de Bachof não tem as implicações que a ele se tem atribuído.”

Pois bem, foi só a partir de 1971 que se instituiu oficialmente o título nacional de clubes do futebol brasileiro. Assim, apenas os times ganhadores a partir de 1971 (o primeiro deles foi o Atlético de Minas Gerais) eram considerados legítimos campeões brasileiros. Ocorre que, antes disso, houve torneios que já apresentavam abrangência nacional. Foi o caso da Taça Brasil, disputada de 1959 a 1968, e do Torneio Roberto Gomes Pedrosa, disputado de 1967 a 1970 (com características muito similares aos campeonatos nacionais jogados a partir de 1971).

O que fez a CBF então? No ato de unificação, passou a considerar campeões brasileiros, também, todos os vencedores da Taça Brasil, de 1959 a 1968, e todos os vencedores do Torneio Roberto Gomes Pedrosa, de 1967 a 1970.

O ato de unificação — que não mereceu qualquer questionamento judicial — alterou radicalmente o *ranking* oficial de títulos brasileiros de clubes. Antes, era o São Paulo, com seis títulos reconhecidos, o primeiro do *ranking* (sendo-lhe reconhecido o título de 1987, também o Flamengo teria seis títulos). Depois da unificação, ascenderam ao topo o Palmeiras e o Santos. Por sinal, foi o Santos o maior beneficiado. Antes da unificação, o Santos só possuía dois títulos brasileiros (2002 e 2004). Passou a oito, acrescentados seis títulos conquistados na “era Pelé” (cinco triunfos na Taça Brasil, de 1961 a 1965, e mais o Torneio Roberto Gomes Pedrosa de 1968).

Com grande interesse para o caso do título de 1987, saliente-se que a unificação promovida pela CBF implicou a aceitação de dois campeões brasileiros no mesmo ano. Foi o que se verificou em 1967 e 1968. Em 1967, o Palmeiras ganhou tanto a Taça Brasil como o Torneio Roberto Gomes Pedrosa, e por isso somou dois títulos brasileiros. Em 1968, o Botafogo venceu a Taça Brasil, enquanto o Santos ficou com o Torneio Roberto Gomes Pedrosa. Resultado: Botafogo e Santos, de acordo com a unificação levada a efeito pelo CBF, foram declarados campeões brasileiros de 1968.

Apesar da unificação, a CBF continuou não reconhecendo o título do Flamengo em 1987. Como justificativa, a CBF invocou a decisão judicial favorável ao Sport. Ouviu-se então uma enxurrada de críticas à CBF. Sem o reconhecimento do título do Flamengo, a unificação mostrava-se anti-isonômica.

Tome-se, à guisa de exemplo, a última edição da Taça Brasil, referente ao ano de 1968 (embora só tenha sido finalizada em outubro de

1969, mais de um ano após o seu início). Quem a venceu foi o Botafogo, que tinha, sem dúvida alguma, um grande time. Para essa conquista específica, entretanto, o Botafogo precisou enfrentar tão somente três times, dois deles sem maior expressão nacional. Os três times: Metrópol de Santa Catarina (que não existe mais), Cruzeiro e Fortaleza (em 2011 ocupando a terceira divisão do futebol brasileiro). Para se ter ideia da importância um tanto quanto relativa da competição, diga-se que a série contra o Metrópol foi ganha pelo Botafogo em virtude de abandono do adversário. E a final contra o Fortaleza, no Maracanã, teve um público de apenas 13.588 pessoas (bastante diminuto para a época).

Compare-se a Taça Brasil de 1968 — que seguiu o padrão das várias edições desse mesmo certame — com o torneio vencido pelo Flamengo em 1987. Para sagrar-se campeão, o Flamengo foi obrigado a fazer 19 jogos, enfrentando os melhores times do país. Na final, conforme já declinado, derrotou o Internacional, clube de enorme tradição no Brasil, diante de um público de mais de 90 mil pessoas.

Ou seja, aparentemente havia, de fato, ofensa ao princípio isonômico. Se a Taça Brasil fora reconhecida como campeonato brasileiro, por que não o Módulo Verde vencido pelo Flamengo?

Em fevereiro de 2011, a CBF voltou atrás, e finalmente reconheceu o Flamengo como campeão brasileiro de 1987 — *ao lado do Sport* —, através da Resolução da Presidência (RDP) nº 02/11, que alterou a RDP nº 03/10 (acima mencionada). Dessa forma, a unificação de dezembro de 2010 passou a alcançar também o título do Flamengo em 1987. Entre os *consideranda* da RDP nº 02/11, consignou-se que “o objetivo da CBF, como entidade de grau máximo da estrutura organizacional do futebol brasileiro, ao editar a citada RDP nº 03/2010, era o de pacificar um tema controvertido de longa data, capaz de suscitar desarmonia no ambiente desportivo, de todo indesejável”. Com o mesmo propósito, dava-se o reconhecimento do título do Flamengo. Dessa forma, 1987 passou a ter dois campeões: Sport Club do Recife e Clube de Regatas do Flamengo.

Vale registrar que a RDP nº 02/11 se escudou em parecer firmado por Álvaro Melo Filho, conhecido especialista em direito esportivo. Nesse parecer, salientou-se: “Além de ser profilático inibir o surgimento de ações judiciais em derredor do referido título, insta prestigiar-se a decisão unânime do Conselho Nacional de Desportos, na época a instância desportiva suprema, que reconheceu a conquista do C. R. Flamengo, sem desfazer

ou restringir direito idêntico ao S. C. Recife obtido, sem enunciação de qualquer caráter de exclusividade, no âmbito da Justiça Comum; (...) Este duplo reconhecimento permite a convivência dos decisórios administrativo (em favor do Flamengo) e judicial (em prol do Sport), correspondendo a uma solução quase salomônica e sem empecilhos jurídicos, em que os interesses das duas equipes ficam reconhecidos e garantidos, até porque não se repelem nem se excluem mutuamente. Dito de outro modo, se na ação judicial a opção era Sport ou Flamengo, o que agora está a pretender o C. R. Flamengo, da CBF, é que Sport e Flamengo passem a dividir ou partilhar o título de Campeão Brasileiro de Futebol de 1987 (...).”

Destaque-se no parecer ainda: “Vê-se, então, com clarividência, que tivemos dois torneios — Torneio João Havelange (ou Módulo Verde) e Torneio Roberto Gomes Pedrosa (ou Módulo Amarelo) — disputados de forma autônoma, paralela e separadamente, gerando, portanto, dois campeões e dois vice-campeões. (...) No final de 2010, a CBF reconheceu títulos nacionais de Bahia, Santos, Cruzeiro, Palmeiras, Fluminense e Botafogo, como vencedores da Taça Brasil e do Torneio Roberto Gomes Pedrosa, obtidos no período de 1959 até 1970. Nesse contexto, não se afigura justo e razoável dar um tratamento não isonômico e discriminatório aos vencedores dos torneios João Havelange e Roberto Gomes Pedrosa, ou seja, não considerá-los campeões do atípico Campeonato Brasileiro de 1987 (...).”

Mas ainda não se encerrara a história do “campeonato sem fim” (expressão do jornalista esportivo Gustavo Poli). Inconformado com a edição da RDP nº 02/11, da CBF, o Sport apresentou, junto à 10ª Vara da Justiça Federal de Pernambuco, pedido de “cumprimento de sentença”, alegando violação à coisa julgada material. Sem o estabelecimento de qualquer contraditório, o pedido foi deferido (Proc. 0004055-52.1900.4.05.8300): “A sentença prolatada às fls. 365/376 e confirmada pelas instâncias superiores, decidindo um pleito em que figuravam como litisconsortes passivos necessários os times finalistas do Campeonato Brasileiro Profissional de 1987, declarou que o título de campeão daquele certame é de direito do autor, não deixando margem interpretativa para a sua divisão com quem quer que seja e, além disso, determinou à ré CBF que fizesse esse reconhecimento, o que significa dizer que mais que uma declaração a entidade responsável pela estrutura organizacional do futebol brasileiro em seu grau máximo deve adotar todas as providências imprescindíveis para

fazer tal reconhecimento. (...) Portanto, o ato praticado pela Presidência da CBF (...) consubstancia uma afronta à sentença exarada a fls. 365/376, eis que todas as agremiações futebolísticas ali mencionadas integraram a relação processual por ela decidida, sendo um ato nulo de pleno direito por colidir com a coisa julgada material (...).”

Essa mesma decisão, ao deferir o pleito formulado pelo Sport, introduziu no comando a ser cumprido pela CBF um termo essencial, que não figurou na sentença original: “único”. Confira-se (grifo nosso): “Editando ato oficial em sentido contrário a essa obrigação, no caso o pronunciamento de fls. 613 a 614, salta aos olhos que a CBF não fez o que a sentença lhe determinou, cabendo agora obviamente ser compelida a desfazer o ato contrário e a editar o ato correto reconhecendo o autor como o *único* campeão de 1987.”

Em junho de 2011, cumprindo a decisão judicial (que, para a hipótese de descumprimento, previa multa diária e ainda a apuração de crime de desobediência), a CBF emitiu a RDP nº 06/11, revogando a RDP nº 02/11. Na oportunidade, a CBF fez questão de apor as seguintes ressalvas: “não obstante o referido ato judicial ser passível de recurso e apesar de esta entidade entender que o reconhecimento do título de campeão nacional de 1987 também ao Clube de Regatas do Flamengo não contraria os limites da coisa julgada.”

Contra a decisão da 10ª Vara da Justiça Federal, CBF e Flamengo interpuseram agravos de instrumento, distribuídos à Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (agravos 0010630-56.2011.4.05.0000 e 0010631-41.2011.4.05.0000, respectivamente), ainda sem julgamento ao tempo da conclusão deste trabalho, novembro de 2011.

Termina o relato fático. Muitos capítulos do “campeonato sem fim” ainda serão escritos. E neles prevalecerão, mais do que nunca, as letras jurídicas. A polêmica que se põe diz respeito basicamente aos limites objetivos da coisa julgada, como observado na RDP nº 06/11 da CBF. Pretendemos aqui, investigando a dogmática da coisa julgada, bem como o regime jurídico das questões desportivas, apontar a melhor solução para o caso concreto. É o que se passará a ver nas seções seguintes.

5. AS PRINCIPAIS QUESTÕES A SEREM ANALISADAS NO CASO

Depois da narrativa fática, necessariamente detalhada, é preciso definir as principais questões que serão enfrentadas neste estudo.

A primeira grande questão: quais exatamente os limites objetivos da coisa julgada formada no processo vencido pelo Sport Clube do Recife? Só o Sport é o campeão de 1987? Ou há espaço para uma fórmula diversa?

Ultrapassada a primeira questão, surgirão as seguintes indagações: fatos novos podem ter alguma influência sobre a definição do título brasileiro de 1987? De que forma? Em que medida? Ou porventura a matéria, tal como delineada no processo vencido pelo Sport, é completamente imune a quaisquer fatos novos?

Enuncie-se também o que *não* será objeto de análise.

Para não dilatar em demasia o presente estudo, desviando-o do seu foco principal, não teceremos qualquer comentário específico sobre a recente decisão de “cumprimento de sentença” da 10ª Vara da Justiça Federal de Pernambuco, alvejada por agravos de instrumento da CBF e do Flamengo⁹; e também não examinaremos as repercussões do caso perante a FIFA (*Fédération Internationale de Football Association*), entidade máxima do futebol mundial, cujo estatuto recrimina o encaminhamento de quaisquer pendências surgidas no meio futebolístico às justiças comuns dos países associados¹⁰.

Antes porém do ataque direto às questões a serem enfrentadas, convém assentar algumas premissas relevantes. Começaremos pela formatação contemporânea do instituto da coisa julgada.

6. A COISA JULGADA NOS DIAS ATUAIS: A NECESSIDADE DE UMA LEITURA SUAVE E A REJEIÇÃO DA “COISA JULGADA POLVO”

Dois são os tópicos do capítulo. Os dois cuidarão do impacto de fatos contemporâneos na dogmática da coisa julgada e levarão, de forma convergente, a um mesmo diagnóstico. Vamos ao primeiro tópico.

6.1 A sina da coisa julgada em tempos relativistas

Vivemos em uma época pós-moderna — ou “pós-tudo”, no dizer de Luís Roberto Barroso¹¹. São tempos inegavelmente conturbados. Acima

9 Aos torcedores do Flamengo e do Sport interessa vivamente o desfecho do caso judicial. Mas não a este estudo, que já possui os dados suficientes para uma interessante discussão sobre a coisa julgada. Não fosse assim, teríamos que “atualizar” o ensaio cada vez que fosse proferida uma decisão no caso.

10 Não se olvide o fato de que as normas internacionais do esporte são expressamente encampadas pela legislação interna. Assim dispõe o art. 1º, § 1º, da Lei 9.615/98 (que instituiu normas gerais sobre desporto): “A prática desportiva formal é regulada por normas nacionais e internacionais e pelas regras de prática desportiva de cada modalidade, aceitas pelas respectivas entidades nacionais de administração do desporto.”

11 Luís Roberto Barroso, “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro”, *Revista da*

de tudo, inseguros. Não falamos de insegurança física, embora ela também esteja presente. Falamos de algo diferente, possivelmente inédito na história da humanidade: uma enorme insegurança espiritual, filosófica. Um grande desencantamento. Cercado por relativismos e pluralismos sem fim, o homem contemporâneo vai ficando cada vez mais carente de certezas. Esse quadro de desnorteamento é acelerado pela tecnologia vertiginosa dos nossos dias, muito mais ágil do que qualquer filosofia. Por conta de avanços tecnológicos assombrosos, até o que havia de mais sagrado para o ser humano, a concepção da vida, ganhou contornos plurais. Só a morte continua absoluta.

Em tempos assim, é de se perguntar: qual a sina de um instituto cujo principal negócio é o fornecimento desse artigo tão escasso — a segurança?

À evidência, o direito não é uma ilha. Como produto — e em certa medida agente — da cultura dominante, o direito sofre, inevitavelmente, a influência do solo em que está plantado e do tempo em que está vigorando.

Já era de se esperar, então, que o instituto da coisa julgada não passasse incólume a uma era tão relativista e iconoclasta. Realmente não passou. E no direito brasileiro o solavanco foi bastante forte. Cresceu entre nós o movimento da “relativização” da coisa julgada, que conseguiu a adesão de juristas consagrados. Um deles foi Cândido Rangel Dinamarco. Em texto admirável, assinalou Dinamarco que “*é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada*, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado redondo”¹².

Esclareça-se que a proposta de relativização da coisa julgada, voltada para situações excepcionais, não busca o aniquilamento da segurança na seara processual, mas sim um equilíbrio maior entre valores igualmente relevantes. Nas palavras de Dinamarco: “A posição defendida tem apoio também no equilíbrio, que há muito venho postulando, entre

EMERJ, nº 15, 2001, p. 11. Outra passagem do mesmo jurista capta muito bem o espírito da nossa época (“Neonstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”, *Revista da EMERJ*, nº 33, 2006, p. 43-44): “Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo. Para *jingles*, e não para *sinfonias*.”

12 Cândido Rangel Dinamarco, “Relativizar a coisa julgada material”, *Revista de Processo*, nº 109, jan./mar. 2003, p. 28, grifado no original.

duas exigências opostas mas conciliáveis — ou seja, entre a exigência de *certeza ou segurança*, que a autoridade da coisa julgada prestigia, e a de *justiça e legitimidade das decisões*, que aconselha não radicalizar essa autoridade. Nessa linha, repito: *a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios.*¹³

Depois de um início fulgurante, fomentando ampla bibliografia e conquistando vários apoios doutrinários ilustres¹⁴, esse movimento em prol da relativização da coisa julgada passou a ser alvejado por muitas críticas¹⁵, de resto algo que sempre acontece com teses inovadoras, em qualquer campo científico. De modo extremado, Nelson Nery Jr. chegou a invocar o fantasma do nazismo para fustigar os adeptos da relativização. Depois de citar determinada legislação do tempo de Hitler, criando uma nova causa de rescindibilidade das sentenças de mérito na Alemanha, fuzilou Nery Jr.: “(...) No Brasil, que é república fundada no estado democrático de direito, o intérprete quer desconsiderar a coisa julgada nos casos em que ele *acha* que deva fazê-lo; o intérprete quer ser pior do que os nazistas. Isso é intolerável. O processo é instrumento da democracia e não o seu algoz.”¹⁶

Noutra vertente de defesa da coisa julgada, passou-se a encarecer a sua condição de direito fundamental. É esse o posicionamento de Leonardo Greco, que invoca jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos no sentido de que a coisa julgada é uma imposição do direito à tutela jurisdicional efetiva¹⁷. Vale a ressalva de que Greco não rejeita de todo a possibilidade de flexibilização da coisa julgada, tendo-se em vista que a segurança jurídica não é um direito absoluto. “[N]o processo civil”,

13 Cândido Rangel Dinamarco, “Relativizar a coisa julgada material”, cit., p. 36, grifado no original. No mesmo texto, p. 32, o autor já havia frisado ser absurdo “eternizar injustiças para evitar a eternização de incertezas.”

14 A primeira edição da obra **Coisa julgada inconstitucional** (coordenador Carlos Valder do Nascimento, Rio de Janeiro, América Jurídica) reuniu, em 2002, vários autores que levantaram a bandeira da relativização: Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Valder do Nascimento, Humberto Theodoro Júnior, José Augusto Delgado e Juliana Cordeiro de Faria.

15 O próprio termo “relativização” é criticado por José Carlos Barbosa Moreira (“Considerações sobre a chamada *relativização* da coisa julgada”, **Temas de direito processual**: nona série, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 235-236): “(...) Nossa estranheza tem outro motivo. É que, quando se afirma que algo deve ser ‘relativizado’, logicamente se dá a entender que se está enxergando nesse algo um *absoluto*: não faz sentido que se pretenda ‘relativizar’ o que já é relativo. Ora, até a mais superficial mirada ao ordenamento jurídico brasileiro mostra que nele está longe de ser *absoluto* o valor da coisa julgada: (...). O que se pode querer — e é o que no fundo se quer, com dicção imperfeita — é a *ampliação* do terreno ‘relativizado’, o *alargamento* dos limites da ‘relativização’.”

16 Nelson Nery Junior, **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, 8. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 48, grifado no original.

17 Leonardo Greco, **Instituições de processo civil**, volume II, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 359-363.

afirma Greco, “é necessário reconhecer direitos fundamentais mais valiosos do que a coisa julgada.”¹⁸

Sérgio Gilberto Porto, por seu turno, assinala que o respeito à coisa julgada integra o conceito de “cidadania processual” plasmado pela nossa ordem constitucional, devendo o tema da relativização ser tratado com bastante cautela, evitando-se a subversão do sistema processual¹⁹.

No plano jurisprudencial, a polêmica tese da relativização da coisa julgada mereceu o endosso do Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária recente, tomada por maioria de votos²⁰. O caso que foi ao Supremo: passados alguns anos do trânsito em julgado de decisão de improcedência em investigação de paternidade — improcedência por insuficiência de provas, motivada pela falta de recursos do autor para realizar a prova genética —, houve repropositura da demanda, dessa feita confiante na possibilidade de realização do exame de DNA (já que este passou a ser custeado pelo poder público nos casos de pessoas carentes, conforme legislação do Distrito Federal, onde residem as partes, editada após a primeira demanda).

Depois de proceder a uma cuidadosa ponderação de valores, levando-se em conta os direitos em jogo — inclusive o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita —, entendeu nossa corte constitucional que a coisa julgada material formada na primeira demanda não poderia prevalecer, sendo permitida então a repropositura da demanda investigatória, afastado o óbice da coisa julgada.

A decisão, repita-se, não foi unânime. E logo que foi anunciada, como não poderia ser diferente, suscitou acirrada controvérsia. Seja como for, dada a autoridade — e o crescente prestígio — da corte brasileira, a importância do julgado é manifesta, tornando-se referência obrigatória no estudo da coisa julgada, aqui e no mundo.

Nem é preciso acrescentar que, com o julgado do Supremo Tribunal Federal, ficou atestada plenamente a seriedade da tese da relativização da coisa julgada. Sem embargo, aqui não interessa chegar a uma conclusão quanto ao acerto ou não da tese, até porque, como se verificará mais

¹⁸ Leonardo Greco, *Instituições...*, cit., p. 362.

¹⁹ Sérgio Gilberto Porto, “Cidadania processual e relativização da coisa julgada”, *Revista de Processo*, nº 112, p. 23-32, out./dez. 2003.

²⁰ O julgamento foi proferido no RE 363.889, rel. min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, em 02/06/11. Votaram contrariamente os ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso. Ao tempo da conclusão do nosso estudo (novembro de 2011), ainda não fora publicado o respectivo acórdão.

à frente, nem o próprio Flamengo advoga qualquer relativização no caso ora em estudo. Interessa, sim, perceber o que subjaz à polêmica da relativização, e dela extrair algumas respostas que se poderiam dizer consensuais, ou quase isso.

Pois bem, a polêmica da relativização da coisa julgada, no final das contas, nada mais faz do que refletir uma diretriz elementar da filosofia jurídica nos tempos atuais, já mencionada brevemente linhas atrás: o direito não pode virar as costas para a realidade. Especialmente o direito processual, em função do seu espírito pragmático, deve ter atenção redobrada para os fatos do mundo real. Uma das grandes propriedades da atual fase instrumentalista do direito processual é exatamente essa permeabilidade a influências exteriores.

Vivemos, reitere-se, em uma época extremamente relativista, que se esmera em pulverizar dogmas e ideologias. A segurança nunca foi um valor tão difícil de alcançar. Tudo que é sólido, hoje, parece desmanchar-se no ar²¹. Nas palavras do consagrado sociólogo Zygmunt Bauman, levamos atualmente uma “vida líquida”, que vem a ser “uma vida precária, vivida em condições de incerteza constante. As preocupações mais intensas e obstinadas que assombram esse tipo de vida são os temores de ser pego tirando uma soneca, não conseguir acompanhar a rapidez dos eventos, ficar para trás, deixar passar as datas de vencimento, ficar sobrecarregado de bens agora indesejáveis, perder o momento que pede mudança e mudar de rumo antes de tomar um caminho sem volta. A vida líquida é uma sucessão de reinícios (...). Entre as artes da vida líquido-moderna e as habilidades necessárias para praticá-las, livrar-se das coisas tem prioridade sobre adquiri-las. (...) É preciso acelerar o ‘alcançar’ caso se deseje provar as delícias do ‘largar’.”²²

Como conciliar toda essa incerteza da vida pós-moderna — uma vida marcada pela “sucessão de reinícios” e pelo prazer do descarte — com a férrea inflexibilidade tradicionalmente atribuída à coisa julgada? Alguma concessão não se poderia esperar desse regime calcado na rigidez? Ainda haveria lugar para uma entidade capaz, em nome da segurança, de prodígios como fazer branco do preto e do quadrado redondo?

21 Tomamos de empréstimo as palavras de conhecida passagem do Manifesto do Partido Comunista, escrito em 1848 por Marx e Engels, aqui aplicada em outro contexto e com sentido diverso.

22 Zygmunt Bauman, **Vida líquida**, tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2007, p. 8.

As respostas às questões que acabamos de formular não parecem complicadas. Se a incerteza é a marca do tempo atual, e quase nada deixa de ser contaminado por algum tipo de relativismo, soa bem natural que também a coisa julgada, um dos bastiões maiores da segurança no campo jurídico, experimente flexibilizações. Não causa surpresa alguma, portanto, o movimento em prol da relativização da coisa julgada. Estranho mesmo seria se não existisse tal movimento.

Para frisar a necessidade de o direito estar sintonizado com a realidade circundante, Lenio Luiz Streck apresenta imagem bastante inspirada: à beira do Vesúvio prestes a entrar em erupção, o jurista não pode se dar o luxo de continuar arrumando o quadro de Van Gogh na parede²³... No tema da coisa julgada, se há a sintonia com a realidade preconizada por Streck, percebe-se com clareza que ajustes e adaptações são inevitáveis. A grande discussão nem é essa. É outra. Cuida-se de saber como e em que grau devem ocorrer esses ajustes e adaptações. Aí, sim, a complexidade sobe de tom.

É irreal, em suma, sustentar uma coisa julgada imune a flexibilizações nos dias que correm. Só que também não é nada fácil equacionar a medida e a intensidade das flexibilizações. Daí a indagação: estaríamos fadados à divergência e ao impasse? Ou haveria, no que tange ao trato contemporâneo do instituto da coisa julgada, alguma tendência minimamente consensual e conciliatória?

Pensamos que há. Resulta de toda essa agitação no plano da coisa julgada uma plataforma mínima, a que se chega de forma razoavelmente tranquila, sem o aporte de qualquer ousadia relativista. Em que consiste tal plataforma mínima? Vamos lá: a coisa julgada não pode mais, se é que já pôde algum dia, ser tratada de maneira hipertrofiada, quase opressiva. As suas limitações e fraquezas não devem ser ignoradas, até porque é passado o tempo da coisa julgada triunfal, fim maior do processo. O presente rejeita, enfim, uma coisa julgada que se poderia dizer “pesada” — excessivamente espaçosa e otimista. Em consequência, a leitura da coisa julgada contemporânea há de ser uma leitura mais suave, mais cautelosa. Eis aí tendências sobre as quais não parece haver maiores dúvidas²⁴.

23 Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 871.

24 Vale, a propósito, repetir a lição de Cândido Rangel Dinamarco (“Relativizar a coisa julgada material”, cit., p. 28, grifado no original): “*é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada*, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado redondo”.

6.2 A maior necessidade de ponderação entre segurança e liberdade na era da argumentação e da verdade “construída”

E a consideração da coisa julgada como direito fundamental? Uma leitura mais suave da coisa julgada não conspiraria contra essa qualificação?

Decerto que não. A visão mais suave da coisa julgada não nega, em momento algum, a sua condição de direito fundamental. É preciso ter em mente, todavia, que a coisa julgada só significa direito fundamental na medida em que instrumentaliza, no campo processual, o valor segurança, este sim o valor fundamental primário. A fundamentalidade — secundária — da coisa julgada só faz sentido, portanto, se ela tutela de maneira adequada o valor segurança. E uma tutela excessiva tende a não se revelar adequada. Dessa forma, o enquadramento como direito fundamental não pode servir de pretexto para a prevalência de uma coisa julgada hipertrofiada, que erra a mão na sua função instrumental — e acaba por se deslegitimar.

E mais. Conquanto muito relevante socialmente a defesa da segurança, via coisa julgada, ela nunca está isenta de efeitos colaterais nocivos. Quando se fala da imunização característica da coisa julgada, fala-se também de um ato de interdição. Nada existe de tão agudo e contundente no plano das funções estatais. Os atos administrativos podem ser desconstituídos judicialmente ou pela própria entidade que os produziu (enunciado 473 da súmula do Supremo Tribunal Federal). Também a espécie normativa típica, a lei, pode ser atacada judicialmente ou então revogada. Só a sentença, coberta pela coisa julgada, ganha o timbre da indiscutibilidade e da imutabilidade. É uma pedra que se coloca sobre determinada matéria, para todo o sempre (excetuadas naturalmente as hipóteses de rescindibilidade). Nesse sentido, pode-se dizer que a imunização produzida pela coisa julgada possui caráter autoritário²⁵. Não por acaso se fala em *autoridade* da coisa julgada. Quanto maior for a extensão da coisa julgada, maiores serão a força e o império.

Se em qualquer tempo se mostra indispensável domar tanta potência, mais ainda em uma época como a atual, repleta de incertezas, órfã de

25 No *Miniaurélio* (7. ed., 2008, p. 155), autoritário significa “relativo a, ou que se baseia na autoridade, ou por ela se impõe”. É nesse sentido que usamos o termo, e não no sentido de algo despótico, arbitrário. À própria jurisdição se pode atribuir esse traço. Confirmam-se a propósito as palavras de Sérgio Bermudes (**Introdução ao processo civil**, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 20-21): “De tal modo é autoritária a jurisdição que, mesmo o ato jurisdicional que deixa de aplicar o direito, ou não lhe dá a melhor aplicação possível pode prevalecer, se não utilizados, ou depois de esgotados, os meios para a sua correção.”

verdades universais. Numa época assim, visceralmente questionadora e veloz, a faceta discursiva do direito tende a robustecer-se. É compreensível. Se faltam as verdades (apriorísticas) inquestionáveis, é preciso buscar novas formas de legitimar as decisões. Em outros tempos, a melhor decisão bastava revelar: era aquela apontada por um prévio comando de lei. Hoje, temos um bom número de causas que não mais se sujeita a tal esquema subsuntivo. Nessas causas, a melhor decisão deve ser *construída*. Como? Por meio do incremento da atividade argumentativa, envolvendo os sujeitos do processo. Não se tem assim o mesmo propósito de chegar à decisão “certa” — conforme o paradigma legalista —, mas em compensação se agregam participação e virtudes democráticas ao procedimento decisório.

Goza de bastante prestígio nos dias atuais, portanto, uma racionalidade jurídica eminentemente argumentativa, talhada para um tempo no qual a “certeza” quase não se encontra mais nas prateleiras dos supermercados²⁶. No direito processual, essa racionalidade argumentativa contribui para a sublimação do princípio do contraditório e o “retorno ao procedimento”²⁷.

Reforço da argumentação, sublimação do contraditório, retorno ao procedimento. Tudo isso pede, à evidência, um aumento do grau de *liberdade* dentro do processo. Liberdade para argumentar, replicar, recorrer, suscitar questões novas. Preclusões rígidas podem embaraçar esse ambiente argumentativo, assim como a ausência de meios de impugnação²⁸.

26 A revalorização da argumentação no meio jurídico é confirmada pelo grande Miguel Reale (**Lições preliminares de direito**, 25. ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 88-89): “Se há bem poucos anos alguém se referisse à arte ou técnica da argumentação, como um dos requisitos essenciais à formação do jurista, suscitaria sorrisos irônicos e até mordazes, tão forte e generalizado se tornara o propósito positivista de uma Ciência do Direito isenta de riqueza verbal, apenas adstrita à fria lógica das formas ou fórmulas jurídicas. Perdera-se, em suma, o valor da Retórica, confundida errônea e impiedosamente com o ‘verbalismo’ dos discursos vazios. De uns tempos para cá, todavia, a Teoria da Argumentação volta a merecer a atenção de filósofos e juristas, reatando-se, desse modo, uma antiga e alta tradição (...)”

27 Discorrendo exatamente sobre o “retorno” do processo ao procedimento, assinala Antonio do Passo Cabral (**Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 179): “(...) Muitos juristas e filósofos notaram que, no mundo atual, até mesmo pelas múltiplas cosmovisões observáveis na sociedade humana pluralista, é difícil crer na existência de um *ethos* universalmente aceitável. No fracasso histórico de estabelecer uma ‘justiça substancial’, definida e expressa com base em critérios materiais, a ‘justiça possível’ das decisões deveria ser buscada processualmente: assegurando a justeza do procedimento, regras e condições da argumentação prática racional, estaríamos mais próximos de obter o ideal de justiça. Critérios substanciais vão sendo, então, suplantados em favor de questões procedimentais, e as decisões judiciais passam a auferir legitimidade a partir de um processo equo.”

28 Permitam, a propósito, a remissão ao nosso “Em defesa dos embargos infringentes: reflexões sobre os rumos da grande reforma processual”, **Revista Forense**, nº 410, p. 155-192, jul./ago. 2010. Nele, sustentamos a necessidade de o processo de índole argumentativa não ser atropelado pelo anseio — que é justo mas não pode virar obsessão — de uma prestação jurisdicional mais célere.

E a imunização definitiva trazida pela coisa julgada pode ser ainda mais cerceadora, trancando a discussão de matérias ainda não suficientemente debatidas.

Residem exatamente aí os efeitos colaterais nocivos da coisa julgada, potencializados na era atual. Quanto mais coisa julgada, menos liberdade. De fato, o viés autoritário da coisa julgada, a serviço do valor fundamental segurança, pode chocar-se com a liberdade necessária à afirmação da justiça, sendo que esta é, cada vez mais, uma justiça construída, não apriorística, fruto de um processo argumentativo.

Deixe-se claro que não estamos, por óbvio, preconizando a abolição da coisa julgada. Os benefícios que ela traz costumam superar largamente os efeitos colaterais adversos. Quanto mais liberdade, menos segurança.

No entanto, pelo que mostrou — por mais de um ângulo — a análise contextualizada a que procedemos, é crucial pensar, mais seriamente do que nunca, nos *limites* da coisa julgada. Para que esta continue funcionando legitimamente em meio a tanta incerteza e velocidade, os seus limites devem ser, em muitas situações, reforçados²⁹. Confirma-se assim o diagnóstico de que a coisa julgada contemporânea não pode apresentar-se hipertrofiada, com excesso de “peso”. Ela não pode amordaçar o futuro. Nem aprisionar a vida.

Em outros termos, não pode assumir a forma de uma “coisa julgada polvo”, repleta de braços e tentáculos.

Enfim, a coisa julgada continua sendo um instituto fundamental. Mas há de operar na medida certa, levando-se em conta as características da era em que vivemos.

Encerra-se este capítulo. O próximo versará sobre um tema muito caro ao almejado equilíbrio entre os valores segurança e liberdade dentro do processo hodierno: os limites objetivos da coisa julgada.

7. OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

Na atuação da coisa julgada, ocupa lugar destacado, como acabou de ser visto, o tema dos limites da coisa julgada. Tais limites não são apenas subjetivos e objetivos, mas também temporais e espaciais. Interessam

29 Não estamos falando evidentemente de uma diretriz absoluta. Na seara das demandas coletivas, por exemplo, há uma tendência no sentido do alargamento dos limites da coisa julgada.

ao presente estudo de caso os limites objetivos e os temporais. Dos objetivos falaremos agora; dos temporais, na seção seguinte³⁰.

A questão dos limites objetivos da coisa julgada diz com a tormentosa definição do objeto litigioso do processo. Na doutrina estrangeira, rios de tinta já se derramaram a esse respeito, com resultados nunca inteiramente conclusivos. A causa de pedir, afinal, integra ou não o objeto litigioso do processo? Entre nós, o Código de 1973 serviu para desbastar a polêmica, deixando claro que só o dispositivo da sentença fica coberto pela coisa julgada.

Interessante, a propósito, é o depoimento de Cândido Rangel Dinamarco. Ele confessa que o assunto já lhe trouxe boa dose de perplexidade, a qual no entanto restou superada. Seu pensamento evoluiu no sentido de considerar que “não há a menor incompatibilidade entre (a) ter como objeto do processo somente o pedido e como objeto da coisa julgada somente os efeitos contidos na parte dispositiva da sentença e (b) reconhecer que a coisa julgada, como fator impeditivo de julgamento do mérito, só ocorrerá se, além de idêntico o pedido, também o forem as partes e a causa de pedir”³¹.

Assim, independentemente de a identificação das demandas observar a teoria dos três elementos (*tria eadem*), tão só a parte dispositiva da sentença fica coberta pela coisa julgada³². Nesse sentido, o magistério de José Carlos Barbosa Moreira: “Apenas a lide é *julgada*; e como a lide se submete à apreciação do órgão judicial por meio do pedido, não podendo ele decidi-la senão ‘nos limites em que foi proposta’ (art. 128), segue-se que a área sujeita à autoridade da coisa julgada não pode jamais exceder os contornos do *petitum*.”³³

30 Eduardo Talamini — “A coisa julgada no tempo (os limites *temporais* da coisa julgada)”, *Revista Jurídica*, nº 354, abr. 2007, p. 17, grifado no original — faz a seguinte ressalva: “[a] rigor, tal investigação [sobre os limites temporais] concerne aos próprios *limites objetivos* da coisa julgada, razão por que a expressão ‘limites temporais’ é por muitos considerada inadequada.”

31 Cândido Rangel Dinamarco, “O conceito de mérito em processo civil”, in *Fundamentos do processo civil moderno*, tomo I, 4. ed., revisão e atualização de Antônio Rulli Neto, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 276. Do mesmo autor, em sentido idêntico, *Instituições de direito processual civil*, v. II, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 193-194.

32 É bastante razoável o entendimento de que a teoria da tríplice identidade, em várias situações concretas, não se mostra suficiente, podendo ser usada subsidiariamente a teoria da identidade da relação jurídica. Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 213. Vale esclarecer que isso não prejudica uma visão estrita dos limites objetivos da coisa julgada. Ao contrário, a adoção concomitante desta visão estrita dos limites objetivos e daquele entendimento simpático à teoria da identidade da relação jurídica forma um conjunto bastante equilibrado.

33 José Carlos Barbosa Moreira, “Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil”, in *Temas de direito processual*: primeira série, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 91, grifado no original.

Em resumo, o pedido formulado pelo autor é que interessa aos limites objetivos da coisa julgada, porque é sobre o pedido, e mais nada, que o dispositivo da sentença se concentrará. A causa de pedir não integra o objeto litigioso do processo, dela se desgrudando, por conseguinte, os limites objetivos da coisa julgada³⁴. Tais noções afiguram-se irrecusáveis dentro do processo civil brasileiro, endossadas que são por vários dispositivos do nosso CPC, sobretudo os arts. 468 a 471, versando diretamente sobre os limites objetivos, e ainda o art. 293, de acordo com o qual os pedidos são interpretados “restritivamente”.

Essa opção do nosso sistema processual lastreia-se em ponderosos motivos. Em primeiro lugar, trata-se de uma opção política. Mais acima, falamos sobre o caráter autoritário da imunização provocada pela coisa julgada, interditando qualquer discussão acerca de um determinado assunto. É algo, insista-se, extraordinariamente forte dentro das funções estatais, desafiando mecanismos de frenagem. Os limites da coisa julgada têm, ordinariamente, essa nobre missão: controlar o poder estatal de interditar discussões.

Também a própria segurança jurídica, veja-se, justifica os limites objetivos estreitos. Sabendo-se que só o dispositivo da sentença, baseado no pedido, é tocado pela coisa julgada, aumenta consideravelmente, para ambas as partes, a previsibilidade relativa aos resultados da demanda. O autor pode definir, com precisão, o que será efetivamente *julgado*. E ao réu se torna possível antever o que de pior a demanda poderá lhe causar. Houvesse extensão da coisa julgada aos fundamentos da sentença, que costumam ser muito mais fluidos, campearia grande insegurança. No dizer de Enrico Tullio Liebman, a referência ao pedido e ao dispositivo da sentença fornece “o mais seguro critério para estabelecer os limites da coisa julgada”³⁵.

Saliente-se ainda que a sistemática da coisa julgada é vocacionada para evitar conflitos e impasses de ordem prática, não teórica³⁶. Também

34 Vale a ressalva de que a causa de pedir, embora não integre o objeto litigioso, serve para “explicar” e “iluminar” o pedido. A esse respeito, afirma Ricardo de Barros Leonel (**Causa de pedir e pedido: o direito superveniente**, São Paulo, Método, 2006, p. 104): “Embora os fundamentos de fato e de direito (causa de pedir) não integrem a pretensão, esta não pode ser corretamente compreendida e delimitada sem a visualização daqueles, pois é por meio de tais fundamentos que os limites do objeto litigioso são precisamente definidos.”

35 Enrico Tullio Liebman, **Eficácia e autoridade da sentença**, tradução de Alfredo Buzaid e Benvidino Aires, notas de Ada Pellegrini Grinover, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 57.

36 Cândido Rangel Dinamarco, “O conceito de mérito em processo civil”, cit., p. 274; Enrico Tullio Liebman, **Eficácia e autoridade da sentença**, cit., p. 57.

por isso os limites objetivos incidem sobre a resolução propriamente dita da causa, deixando de lado os fundamentos correspondentes. Se se mostrarem incongruentes e até paradoxais as motivações de duas sentenças, ainda que as causas envolvam as mesmas partes, tal dissonância será puramente teórica.

Ótima aplicação do que estamos vendo encontra-se em parecer de Ada Pellegrini Grinover, destinado a resolver a seguinte questão: transitada em julgado sentença de improcedência de ação de nulidade de escritura pública de reconhecimento de filiação, seria possível ajuizar ação declaratória de inexistência de relação de filiação, dessa feita fundada em ausência de vínculo biológico? A resposta foi positiva, apresentando o parecer as seguintes conclusões: “a) o objeto do processo da ação anulatória da escritura de reconhecimento não é igual ao objeto do processo de ação declaratória de inexistência da relação de paternidade; b) a improcedência da ação anulatória não impede a propositura — e eventual procedência — de ação declaratória de inexistência de relação de paternidade.”³⁷

Antes de passar adiante, vale ouvir novamente a palavra de Enrico Tullio Liebman, reforçando ainda mais as observações deste tópico: “A razão principal que sufraga a orientação restritiva é que a coisa julgada é, afinal, uma limitação à procura da decisão justa da controvérsia, e deve, por isso, se bem que socialmente necessária, ficar contida em sua esfera legítima, e não expandir-se fora dela.”³⁸

Bem se vê que sempre se preconizaram, entre nós, limites objetivos apertados para a coisa julgada, *até mesmo em função da segurança jurídica*. Considerando o que foi exposto na seção anterior, tal orientação ganha vigor ainda maior no tempo atual.

8. COISA JULGADA E FATOS SUPERVENIENTES

Ao falarmos da relação entre coisa julgada e fatos supervenientes, tocamos em outra importante limitação à contundência da coisa julgada.

A propósito do assunto, ressalte-se que, cada vez mais, o direito se preocupa com os fatos. De uma era eminentemente formalista e legalista

37 Ada Pellegrini Grinover, parecer com a seguinte ementa: “Coisa julgada. Limites objetivos. Objeto do processo. Pedido e causa de pedir. Trânsito em julgado de sentença de improcedência de ação de nulidade de escritura pública de reconhecimento de filiação. Possibilidade de ajuizamento de ação declaratória de inexistência de relação de filiação, fundada em ausência de vínculo biológico”, *Revista Forense*, nº 353, jan./fev. 2001, p. 242.

38 Enrico Tullio Liebman, “Limites objetivos da coisa julgada” (comentários ao julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Agravo de Petição nº 11.227), *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. II, fascículo II, out. 1945, p. 573-574.

passamos, no pós-positivismo, a um direito mais tópico e atento às peculiaridades empíricas dos casos concretos. Por conta disso, a força jurígena dos fatos é fenômeno que tem merecido atenção crescente, apresentando ricas implicações em vastos setores do direito.

Até mesmo no âmbito da jurisdição constitucional, tradicionalmente normativista e infensa a abordagens tópicas, a escalada dos fatos tem-se intensificado. Prova eloquente disso é a Lei 9.868/99, regulando o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Ela prevê expressamente, nos seus arts. 9º, § 1º, e 20, § 1º, a necessidade, na jurisdição constitucional, de “esclarecimento de matéria ou circunstância de fato”, caso em que o relator poderá “designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.” Não bastasse, o art. 27 do mesmo diploma legal dispõe sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade “ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” Positivou-se plenamente, dessa forma, a noção de que a interpretação constitucional não é uma operação “pura”, insensível aos odores e essências dos fatos da vida real.

Em sintonia com a legislação, nossa corte suprema já invocou, em alguns casos, a figura da inconstitucionalidade progressiva, que dá bastante relevo a subsídios de ordem fática. Assinalou-se, a respeito, a “evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição — ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada — subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem”³⁹.

39 Recurso Extraordinário 147.776/SP, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgamento unânime em 19/05/98. O caso em julgamento dizia respeito às atribuições constitucionais da Defensoria Pública, à época ainda não instalada no Estado de São Paulo. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que a assistência judiciária aos carentes, atribuição constitucional da Defensoria Pública, pode ser exercida pelo Ministério Público (com base legal no art. 68 do CPP) naqueles locais — como era o caso de São Paulo — em que a Defensoria não esteja organizada nos moldes do art. 134 da Constituição. Em outro caso também relativo à Defensoria Pública, o Supremo Tribunal Federal adotou posição semelhante, deixando de reconhecer a inconstitucionalidade do prazo em dobro deferido por lei às Defensorias, “ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública” (HC 70.514, rel. min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgamento por maioria em 23/03/94).

Também a melhor doutrina brasileira reconhece o crescimento da tendência tópica. Ilustrativos são os comentários de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos: “a norma, na sua dicção abstrata, já não desfruta da onipotência de outros tempos. Para muitos, não se pode sequer falar da existência de *norma* antes que se dê a sua interação com os *fatos*, tal como pronunciada por um *intérprete*. É claro que os fatos e o intérprete sempre estiveram presentes na interpretação constitucional. Mas nunca como agora.”⁴⁰ Coerentemente, admitem os mesmos autores que a inconstitucionalidade apareça também na modalidade concreta: “[p]ode acontecer que uma norma, sendo constitucional no seu relato abstrato, produza resultado inconstitucional em uma determinada incidência.”⁴¹

Todo esse apreço pelos fatos contamina também, como não poderia ser diferente, o terreno processual. Trata-se por sinal de uma das características maiores da atual fase instrumentalista. Várias são as manifestações do fenômeno. Brevemente, vejamos duas dessas manifestações, especialmente relevantes: a) no plano das formas processuais, flexibilizações consideráveis têm encontrado justificativa na peculiar configuração fática do caso concreto⁴²; b) no campo da prova, busca-se com muito mais tenacidade a chamada “verdade real”; e ainda por cima avança em nossos tribunais, mesmo à míngua de previsão legal abrangente, a teoria da carga dinâmica, caso a caso se estabelecendo a parte mais preparada para produzir a prova⁴³.

Sem prejuízo da boa acolhida às influências tópicas e concretistas oriundas do pós-positivismo, insta sublinhar que a valorização do material fático já é da tradição do sistema processual brasileiro. Nesse sentido,

40 Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”, in Luís Roberto Barroso (org.), **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 333, grifado no original.

41 Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, “O começo da história...”, cit., p. 334. A propósito dessa modalidade concreta, vale o registro de que o Supremo Tribunal Federal, quando indeferiu a suspensão liminar da Medida Provisória 173, deixou assentado que o indeferimento “não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar (ADI 223, rel. min. Paulo Brossard, rel. p/ acórdão min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgamento por maioria em 05/04/90).

42 Emblemático, a propósito, o Recurso Especial 533.163, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento por maioria em 02/06/05: “Processual civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Indenização. Pedido certo quanto aos danos materiais, fundado na estimativa do dano sofrido. Condenação ao pagamento de quantia superior. Julgamento além do pedido. Não ocorrência. Peculiaridades do caso concreto.”

43 Como se sabe, o CPC brasileiro prevê distribuição *estática* do ônus da prova (art. 333). Setorialmente, contudo, a teoria da carga dinâmica se manifesta: a inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor não deixa de ser uma aplicação específica da teoria.

temos a adoção da teoria da substanciação da causa de pedir e a identificação da demanda com base nos três elementos (*tria eadem*)⁴⁴. Assim, o que vincula o juiz nacional, primordialmente, são os fatos. *Da mihi factum dabo tibi ius*. Havendo alteração do quadro fático, nova demanda se introduz.

Vista a relevância dos fatos em geral para o processo civil brasileiro — notadamente em uma quadra pós-positivista —, entra em pauta o tema dos fatos supervenientes, assim entendidos os fatos posteriores à estabilização da lide (art. 264 do CPC) ou mesmo à formação da coisa julgada. Aqui, particularmente, interessa analisar o regime dos fatos supervenientes à formação da coisa julgada.

No CPC brasileiro, a matéria é coberta, parcialmente, pelo art. 471, I, que cuida de relações jurídicas continuativas: sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, “poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”⁴⁵. Trata-se de aplicação pontual, voltada especificamente para as relações de trato sucessivo. Além disso, a norma do art. 471, I, do CPC sinaliza orientação mais abrangente, a saber: sem que prejudique qualquer coisa julgada formada anteriormente, a superveniência de fatos novos, ainda que incidindo sobre um mesmo episódio já levado a juízo, tem o condão de fazer aparecer uma nova demanda, suscetível de provocar uma coisa julgada igualmente nova, inconfundível com qualquer outra.

É bastante conhecido o pensamento de José Carlos Barbosa Moreira sobre a conceituação de coisa julgada: trata-se da imutabilidade do conteúdo da sentença, como norma jurídica concreta referente a uma dada situação litigiosa⁴⁶. Pois bem, fatos novos corporificam uma nova situação litigiosa, que exigirá a aplicação de uma nova norma concreta,

44 A identificação com base nos três elementos — tríplice identidade — está positivada de forma categórica no CPC (art. 301, §§ 1º, 2º e 3º). O mesmo não ocorre com a teoria da substanciação, sobretudo porque o art. 282, III, do CPC determina decline o autor, além dos fatos, os fundamentos jurídicos do pedido. Ainda assim, como informa José Rogério Cruz e Tucci, “[a] generalidade dos juristas brasileiros de ontem e de hoje afirma, à luz dos textos legais supracitados, que os Códigos de Processo Civil brasileiros adotaram os postulados da teoria da substanciação” (**A causa petendi no processo civil**, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 144). Vale a ressalva de que há autores, como o próprio Cruz e Tucci (mesma obra, p. 146-148), que revelam reservas quanto a essa opinião dominante na doutrina brasileira, preferindo uma posição mais temperada. É o caso também, por exemplo, de Leonardo Greco (**Instituições de processo civil**, v. I, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 201-204) e Ricardo de Barros Leonel (**Causa de pedir e pedido: o direito superveniente**, cit., p. 86-93). Seja como for, não há dúvida de que a sistemática do processo civil brasileiro dá mais peso à descrição dos fatos do que à do direito.

45 A superveniência é objeto também dos arts. 475-L, VI, e 741, VI, do CPC.

46 José Carlos Barbosa Moreira, “Coisa julgada e declaração”, in **Temas de direito processual**: primeira série, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 89.

cujo conteúdo será imunizado por uma nova coisa julgada. Daí afirmar Enrico Tullio Liebman: “De certo modo todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, enquanto a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanção da sentença”⁴⁷.

No mesmo sentido se posiciona Eduardo Talamini, em texto acerca dos limites “temporais” da coisa julgada: “(...) também é evidente que os fatos ocorridos depois do trânsito em julgado e que estejam aptos a alterar a relação jurídica que foi objeto da sentença acobertada pela *res iudicata* não esbarrarão no óbice da coisa julgada. Constituirão uma nova causa de pedir, delimitadora de um novo objeto processual.”⁴⁸

Sublinhe-se que, a partir da incontestável premissa da sujeição das decisões à cláusula *rebus*, surgem aplicações peculiares, que tomam como paradigma a norma do art. 471, I, do CPC e acabam por valorizar, sobretudo, o regime jurídico dos fatos supervenientes. Uma dessas aplicações tem lugar na seara ambiental, conforme leciona Marcelo Abelha Rodrigues: “(...) Ora, se os fatos são outros, e supervenientes ao julgado, automaticamente, não há falar em autoridade da coisa julgada (...). Incide aí a cláusula *rebus sic stantibus*, e tal como acontece nas relações jurídicas continuativas, há a coisa julgada material e a eficácia preclusiva da coisa julgada sobre o pedido e sobre os fatos deduzidos ou dedutíveis, respectivamente, mas não sobre aqueles que surgiram após o julgado em razão da instabilidade conatural dos bens ambientais. (...). Se isso vier à tona no curso da demanda, aplica-se o art. 462 do CPC. Se após ela, então não há falar em coisa julgada sobre a situação jurídica nova, resultante da instabilidade dos bens ambientais.”⁴⁹

Na mesma trilha encontramos Leonardo Greco: “(...) Situação semelhante à da ação de alimentos ocorre nas causas que versam sobre a tutela do meio ambiente. Com o avanço dos estudos científicos, pode ocorrer, por exemplo, de a sentença proferida décadas atrás não se mos-

47 Enrico Tullio Liebman, **Eficácia e autoridade da sentença**, cit., p. 25. Em obra de doutoramento relativa ao tema da eficácia jurídica superveniente, ratifica Ricardo de Barros Leonel (**Causa de pedir e pedido...**, cit., p. 276): “Pode-se afirmar, como premissa geral, válida inclusive para a hipótese de relação jurídica continuativa ou de trato sucessivo, que a sentença será eficaz enquanto restarem inalterados os pressupostos fáticos e normativos com base nos quais veio a ser prolatada. Essa é a ideia que se encontra na base da asserção de que a força da *res iudicata* tem uma condição implícita, consistente na cláusula *rebus sic stantibus*. Mantém-se intocada na medida em que remanescerem íntegras as circunstâncias relativas à *fattispecie* (fato e direito) que foram reconhecidas como existentes quando da decisão.”

48 Eduardo Talamini, **A coisa julgada no tempo...**, cit., p. 18.

49 Marcelo Abelha Rodrigues, **Processo civil ambiental**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 201-202.

trar mais adequada à proteção do meio ambiente. Nesse caso, poderá ocorrer a sua modificação para o futuro, de modo a adequá-la aos novos conhecimentos e técnicas sobre o bem que se pretende proteger. A sentença produzirá coisa julgada, mas sua revisão poderá ser levada a efeito se houver modificações no estado de fato ou de direito, dispondo apenas para o futuro.”⁵⁰

É importante para o presente estudo aduzir que, em regra, a mudança do *status quo*, provocada por uma nova situação de fato ou de direito, tem efeitos automáticos e imediatos, operando independentemente de qualquer ação de revisão (sem prejuízo de eventual ação simplesmente para *declarar* a nova realidade). É precisamente esse o magistério de Teori Albino Zavascki: “(...) Convém repetir e frisar, todavia, que a ação de revisão é indispensável apenas quando a relação jurídica material de trato continuado comportar, por disposição normativa, o direito potestativo antes referido. É o caso da revisão de alimentos (...). Afora casos dessa natureza, a modificação do estado de fato ou de direito produz imediata e automaticamente a alteração da relação jurídica, mesmo quando esta tiver sido certificada por sentença”⁵¹.

Antes de seguir, um aviso: nem de longe se está a ignorar a eficácia preclusiva da coisa julgada, prevista no art. 474 do CPC. Nesse ponto não pode haver confusão. A não absorção dos fatos novos pela coisa julgada anterior em nada diminui ou esvazia a sua eficácia preclusiva. Pela óbvia razão de que tal eficácia preclusiva diz respeito unicamente aos fatos que poderiam ter sido deduzidos ao tempo da lide, nunca aos fatos supervenientes. Mais uma vez, a doutrina é remansosa.

José Carlos Barbosa Moreira afirma: “Para que a *quaestio facti* fique coberta pela eficácia preclusiva não é necessário, pois, que o fato seja *co-nhecido* pela parte; é necessário, contudo, que já tivesse acontecido. A eficácia preclusiva não apanha os fatos *supervenientes*.”⁵²

Exatamente na mesma direção se pronuncia Daniel Francisco Miti-diero: “(...) temos de nos ater, ainda, a outras situações que escapam do art. 474 do CPC (...). Como consequência tranquila dos limites temporais

50 Leonardo Greco, **Instituições de processo civil**, v. II, cit., p. 373.

51 Teori Albino Zavascki, “Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado”, in Cláudio Belmonte e Plínio Melgaré (coord.), **O direito na sociedade contemporânea: estudos em homenagem ao Ministro José Néri da Silveira**, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 557-558.

52 José Carlos Barbosa Moreira, “A eficácia preclusiva da coisa julgada no sistema do processo civil brasileiro”, in **Temas de direito processual**: primeira série, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 107, grifado no original.

do caso julgado, imunes estão, à evidência, os fatos supervenientes à formação dele, os quais, naturalmente, não teriam as partes como se utilizarem em seus articulados.”⁵³

Depois de todos os aportes doutrinários colhidos, já podemos concluir esta seção, atinente ao relacionamento entre coisa julgada e fatos supervenientes. À luz do que foi visto, vale enfatizar que a coisa julgada tem, naturalmente, eficácia prospectiva, à medida que interdita discussões para o futuro. Todavia, seu foco é eminentemente *retrospectivo*, servindo para imunizar eventos *pretéritos*⁵⁴. Tanto assim que, quando se trata de relações continuativas, que se projetam para o futuro, a aplicação do instituto não raro apresenta embaraços⁵⁵.

Essa feição retrospectiva da coisa julgada, nem é preciso dizer, afigura-se de grande relevância para o presente estudo de caso. Insista-se pois: a coisa julgada não pode exorbitar do passado. *Ela seria excessivamente autoritária se se arvorasse a bloquear, também, a apreciação e a incidência de fatos supervenientes*. Domar o futuro é tarefa para deuses, categoria na qual os institutos jurídicos e seus operadores certamente não se inserem.

9. O PECULIAR REGIME CONSTITUCIONAL DAS QUESTÕES DESPORTIVAS

Antes de entrar nas partes conclusivas do presente estudo, ainda há uma estação a ser superada. No processo instrumentalista contemporâneo, as interpretações são consideravelmente influenciadas pela matéria substancial em jogo. Daí se falar, por exemplo, em um “processo civil ambiental” (título de obra aqui já citada, escrita por Marcelo Abelha Rodrigues). É preciso, pois, cuidar do regime jurídico das questões desportivas, muito especialmente do seu regime constitucional.

A Constituição de 1988 promoveu notavelmente o setor desportivo. Incluiu-o no título da ordem social, em capítulo ao lado da educação e da

53 Daniel Francisco Mitidiero, "Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva", *Revista Forense*, nº 388, nov./dez. 2006, p. 73.

54 Teori Albino Zavascki confirma ("Coisa julgada em matéria constitucional...", cit., p. 552): "No que se refere aos limites objetivos da coisa julgada, a regra é a de que, por qualificar norma concreta, fazendo juízo sobre fatos já ocorridos, a sentença opera sobre o passado, e não sobre o futuro." No mesmo texto, logo a seguir, é invocada a doutrina de Francesco Carnelutti, para quem "[a]o princípio da *irretroatividade da lei* corresponde o da *retroatividade da sentença*."

55 Sintomático, a esse respeito, é o equívoco que se lê no art. 15 da Lei 5.478/68. Ao contrário do que diz o dispositivo, a decisão judicial sobre alimentos transita normalmente em julgado — e se expõe em tese a pleito rescisório —, sem prejuízo de eventual ação de revisão fundada na modificação da situação financeira dos interessados.

cultura. Só essa posição já evidencia o destaque dado pela Constituição, que além disso prescreveu um regime de bastante autonomia não só para as entidades desportivas mas também para a “justiça desportiva”, como será frisado a seguir. Dessa forma, ficou refletida no texto constitucional a transcendência cada vez maior do esporte na vida das pessoas e das sociedades.

Na vida das pessoas, é certo que o esporte, sobretudo a partir da década de 70, tem sido crescentemente valorizado, como forma de lazer — outro direito social fundamental da nossa Constituição — e também de bem-estar físico e mental, servindo a uma abordagem muito mais positiva da questão da saúde, centrada no modelo preventivo.

Na vida das sociedades, a importância atual do esporte é óbvia. Sempre mexeu com a autoestima dos povos e com a própria imagem externa de países e regiões. Agora, tornou-se também um colosso do ponto de vista econômico, coisa que podemos sentir claramente no Brasil, às vésperas da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016. Transformou-se o esporte em atividade que, direta ou indiretamente, movimenta cifras bilionárias e responde por milhões e milhões de empregos mundo afora⁵⁶.

Vale aduzir que a autonomia consagrada pela nossa Constituição inspira-se também em uma tradição universal. Desde tempos imemoriais o desporto representa instância timbrada, em maior ou menor grau, pela autonomia. Basta lembrar que, na Grécia antiga, os jogos olímpicos então realizados tinham o poder de interromper guerras, trazendo autêntico armistício entre as pólis gregas⁵⁷.

Assim, explica-se a redação do inciso I do art. 217 da Constituição, garantindo “a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento”.

Não se trata, é claro, de independência ou soberania. Principalmente em um país como o nosso, de fortes raízes corporativas, há de se tomar cuidado com as autonomias concedidas, não se devendo permitir que elas ganhem vulto exagerado. De qualquer forma, a autonomia do setor

56 Reportando-se a uma fonte de 2004, relata Martinho Neves Miranda (**O direito no desporto**, 2. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 1-2): “Em nosso país, por exemplo, dados recentes e impressionantes apontam que 110 (cento de dez) milhões de brasileiros são praticantes de atividades físicas, sendo 51% (cinquenta e um por cento) regulares e 12% (doze por cento) muito ativos ou atletas, enquanto a indústria do desporto nacional movimenta US\$ 12 bilhões, o que representa 1,7% do PIB nacional, empregando 1,5 milhões de pessoas.”

57 Martinho Neves Miranda, **O direito no desporto**, cit., p. 82.

desportivo é, no Brasil, uma realidade constitucional, não podendo ser ignorada no presente estudo de caso.

Martinho Neves Miranda, em obra específica a respeito do direito desportivo, por ele considerado um “novo direito” — em que pese ainda não estar suficientemente sedimentado em termos dogmáticos —, justifica bem a aludida autonomia. Adotando uma visão pluralista do direito, calcada basicamente no institucionalismo preconizado por Hauriou e Santi Romano, entende Miranda que as regras germinadas no universo das organizações desportivas perfazem um autêntico ordenamento jurídico, desafiando portanto o suposto monopólio estatal da produção do direito⁵⁸. E, ainda que se endosse em linhas gerais a tese positivista da completude do ordenamento jurídico estatal, as regras desportivas podem ser vistas como uma exceção à regra⁵⁹. Assinala Miranda: “o sistema desportivo encontra-se estruturado em torno de associações seculares que regulam o desenvolvimento das competições em todo o mundo, impondo-se diante dos praticantes que seguem suas regras, independentemente dos Estados em que se situem”⁶⁰.

A mesma preocupação com a autonomia desportiva vai se verificar, até com mais intensidade, nos §§ 1º e 2º do art. 217 da Constituição. Está no § 1º: “[o] Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.” Em complemento, dispõe o § 2º que “[a] justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final”.

58 Martinho Neves Miranda, **O direito no desporto**, cit., p. 64-69.

59 A esse respeito, Martinho Neves Miranda (**O direito no desporto**, cit., p. 68-69) cita entendimento doutrinário no sentido de que o ordenamento desportivo consistiria no único exemplo de genuíno ordenamento colocado à margem dos Estados.

60 Martinho Neves Miranda, **O direito no desporto**, cit., p. 65. Vale a ressalva de que Miranda não leva a extremos a autonomia do ordenamento desportivo, dizendo que este não pode ficar completamente alheio à regulamentação pública (p. 96), o que acaba por mitigar a visão institucionalista defendida na obra. Além disso, não nega Miranda que, dado o relevo crescente do fenômeno esportivo, a presença estatal tende a agigantar-se, criando tensões e conflitos entre normas públicas e privadas, bem como entre a justiça comum e a denominada justiça desportiva. É nesse sentido, segundo Miranda, que o direito desportivo seria um direito em “verdadeira competição”, demandando, na sua compreensão, grande dose de equilíbrio (p. 129-130): “Ao mesmo tempo em que se constatou nesse universo a existência de um ordenamento privado, produtor de normas dotadas de eficácia incontestável perante os membros que o compõem, dotado de princípios próprios, fortemente organizado e hierarquizado, também restou evidenciada a necessidade da presença do Estado, por se ter transformado o desporto em assunto de inegável interesse público. (...) Portanto, quanto se cogita analisar o Direito Desportivo, a preocupação que deve vir à mente do cientista jurídico é a de conjugar as forças normativas do ordenamento público com aquele emanado do ordenamento privado, na medida em que esse novo ramo do Direito apenas poderá exercer efetivamente a sua função quando souber ordenar adequadamente os elementos de natureza diversa que o compõem.”

Temos aí a única exceção admitida pela Constituição em relação ao princípio que ela própria inscreveu no seu art. 5º, XXXV, a inafastabilidade do controle jurisdicional, que vem a ser, como todos sabem, direito fundamental de primeiríssima grandeza, além de pedra angular do sistema processual.

Somente o terreno desportivo, insista-se, ficou fora da sacrossanta inafastabilidade. As razões para tamanha deferência já eram alardeadas por respeitadores autores bem antes da promulgação da Constituição de 1988⁶¹. Elas podem ser compreendidas sem maior dificuldade.

Rafael Teixeira Martins, a propósito, narra interferências indevidas do poder jurisdicional em matéria esportiva que chegam a ser cômicas. À guisa de exemplo: “[u]ma juíza em Rondônia concedeu *habeas corpus* a um jogador apenado por cinco partidas de suspensão perante a Justiça Desportiva, para atuar num jogo decisivo, alegando ‘liberdade de ir e vir dentro do campo de futebol’.”⁶²

Bem se percebe que as questões desportivas não podem ser decididas de maneira descontextualizada, exigindo, além disso, soluções rápidas, que não ponham em risco a continuidade das competições, as quais envolvem atletas, torcedores e também contratos de altíssimo valor (como por exemplo o contrato de televisionamento dos jogos do campeonato brasileiro de futebol). Daí o acerto de uma “justiça desportiva” nos termos — excepcionais que sejam — da nossa Constituição.

Em reforço ao que acabou de ser dito, ouça-se Rodolfo de Camargo Mancuso: “Não é difícil perceber que as reiteradas intervenções jurisdicionais nas controvérsias desportivas, mormente no âmbito do futebol, parece que mais acirram os ânimos, do que os aplacam. Ademais, indispõem entre si ambas as instituições, contribuindo, ainda, para o desprestígio da Justiça Desportiva perante os clubes, atletas, entidades e associações, emprestando um caráter de ‘transitoriedade’ às decisões desportivas. Por fim, essa interação enseja que juízes togados vejam-se envolvidos com certos episódios tumultuosos e popularescos, nem sempre compatíveis com a respeitabilidade da toga.”⁶³

61 Consultem-se, nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso, “A inafastabilidade do controle jurisdicional e suas exceções — estudo quanto à aplicação do tema à justiça desportiva no âmbito do futebol”, *Revista de Processo*, nº 31, p. 37-60, jul./set. 1983; e Álvaro Melo Filho, “Do contencioso desportivo: sugestão de *lege ferenda*”, *Revista Forense*, nº 290, p. 441-445, abr./jun. 1985.

62 Rafael Teixeira Ramos, “Justiça desportiva brasileira: natureza, relação com o Poder Judiciário e os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos”, *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, nº 13, jan./jun. 2008, p. 31.

63 Rodolfo de Camargo Mancuso, “A inafastabilidade do controle jurisdicional e suas exceções...”, cit., p. 54. Acrescenta Martinho Neves Miranda (*O direito no desporto*, cit., p. 156): “Outro problema relacionado à submissão das

Acrescente-se que a Constituição de 1988 sepultou definitivamente um regime de arbítrio que produziu excrescências como o AI-5, vedando a apreciação judicial dos atos praticados pelos detentores daquele poder espúrio. Muito natural que, ao tempo da fase constituinte, fosse sumamente valorizada a inafastabilidade do controle jurisdicional. Ainda assim, foi aprovada a exceção relativa à justiça desportiva. Hoje, quando se nota claramente a saturação atingida pelo Judiciário brasileiro — tendo crescido sobremodo a demanda por mecanismos alternativos e “desjudicializantes” — com muito mais razão é de se reputar conveniente o regime especial das lides desportivas, que pedem uma primeira instância rápida e especializada⁶⁴.

Não obstante, a pecha da inconstitucionalidade continua a espreitar o art. 217, § 1º, da Constituição. Seria a confirmação cabocla da teoria das normas constitucionais inconstitucionais, do alemão Otto Bachof. Mas a pecha não procede. Além de aplicações tais já terem sido rejeitadas mais de uma vez pelo Supremo Tribunal Federal⁶⁵, é bem provável que nem o próprio Bachof as subscrevesse. De fato, leitura mais atenta da obra do jurista alemão indica que, quando se trata do suposto conflito entre duas normas positivadas concomitantemente pelo constituinte originário, Bachof praticamente descarta a hipótese da inconstitucionalidade. As suas palavras: “ora, no caso de contradição aparente entre um princípio constitucional e uma norma singular da Constituição, tal vontade só pode em princípio ser entendida, ou no sentido de que o legislador constituinte quis admitir essa norma singular como exceção à regra, ou no de que negou, pura e simplesmente, a existência de semelhante contradição. Conceder-se-á, todavia, que em casos de contradição insolúvel, de uma

questões desportivas ao Judiciário diz respeito à ineficácia das decisões por ele proferidas no plano internacional, já que eventuais provimentos que se destinem a viabilizar a participação em competições fora do território nacional não são reconhecidos pelas federações internacionais.”

64 Referendando a conveniência da exceção, afirma Martinho Neves Miranda (**O direito no desporto**, cit., p. 157): “Em virtude de todas as consequências negativas oriundas da discussão das questões desportivas perante o Judiciário, buscou o constituinte adotar uma solução intermediária, pois ao mesmo tempo em que não impede o acesso dos cidadãos a esse Poder, prevê a submissão prévia ao contencioso interno do desporto organizado.” Por seu turno, pondera Rafael Teixeira Ramos (“Justiça desportiva brasileira...”, cit., p. 36-37) que a exceção relativa à justiça desportiva é confortada pelos princípios constitucionais da autonomia desportiva (art. 217, I), da liberdade de associação (art. 5º, incisos XVI a XXI) e da iniciativa privada (art. 170, *caput*).

65 Na ADI 815, rel. min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgamento unânime em 28/03/96, assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal: “Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. (...). Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.” No mesmo sentido: AgR na ADI 4.097, rel. min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento unânime em 08/10/08.

contradição que também não seja susceptível de interpretar-se através da relação regra-excepção, assim, como, por último, em caso de manifesto equívoco, possa haver lugar para outro juízo.”⁶⁶

A rejeição da esdrúxula tese da inconstitucionalidade do art. 217, § 1º, da Constituição não implica, à evidência, deva a norma ser interpretada de maneira expansiva e exagerada. Muito ao contrário: por se tratar de exceção — e logo por cima a um princípio de enorme importância dentro do sistema —, merece interpretação restritiva, consoante recomenda regra elementar de hermenêutica. Chega-se assim, sem maior drama, à necessária harmonização entre as normas do art. 5º, XXXV e do art. 217, § 1º, da Constituição⁶⁷.

Portanto, só mesmo “as ações relativas à disciplina e às competições desportivas” estão obrigadas ao curso inicial da justiça desportiva, até o esgotamento desta, no prazo máximo de 60 dias, contados da instauração do processo. Quanto às ações relativas à disciplina, sua delimitação tende a ser tranquila⁶⁸. Um pouco mais de dificuldade pode haver no que tange à identificação das ações relativas “às competições esportivas”, dado o caráter mais aberto da expressão posta na Constituição. Com base em enumeração feita por Rodolfo de Camargo Mancuso, podemos dizer que tais ações abrangem “a organização de campeonatos, sua duração, número de clubes que deles participarão; estabelecimento de critérios para o ‘acesso’ e ‘descenso’ de clubes entre as ‘divisões’ superiores e inferiores; [e] demais controvérsias afins, envolvendo critérios de conveniência/oportunidade estabelecidos pelos órgãos do desporto para o mundo do desporto.”⁶⁹

66 Otto Bachof, **Normas constitucionais inconstitucionais?**, tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra, Almedina, 2008, p. 59.

67 Zaiden Geraige Neto (**O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 74-75) confessa que chegou a flertar com a teoria das normas constitucionais inconstitucionais, mas acabou se fixando em uma posição mais equilibrada, qual seja: não existe a inconstitucionalidade, em tese, do art. 217, § 1º, da Constituição; no entanto, caso apareça, concretamente, risco de prejuízo para o jurisdicionado, deve prevalecer o princípio do art. 5º, XXXV, da Constituição.

68 Por exemplo, uma punição por *doping* deve ser questionada, em primeiro lugar, na justiça desportiva. Nesse sentido, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Apelação 1111386-03.2007.8.13.0271, rel. des. Pedro Bernardes, Nona Câmara Cível, julgamento unânime em 02/12/08): “Apelação Cível. Ação Anulatória de Ato Administrativo c/c Reparação de Danos. Competição Esportiva. Não Exaurimento das Instâncias Esportivas. Recebida uma demanda sobre questões relacionadas ao esporte, além da verificação da presença das condições da ação, há de se observar se o autor preenche o requisito específico previsto no § 1º, do artigo 217, da Constituição Federal, qual seja, o exaurimento das instâncias da Justiça Desportiva como pré-requisito para o acesso ao Poder Judiciário.”

69 Rodolfo de Camargo Mancuso, “As lides de natureza desportiva em face da justiça comum: uma contribuição para a superação das dificuldades daí resultantes”, **Revista dos Tribunais**, nº 631, maio 1988, p. 61.

Fora desse “mérito desportivo”, não se justifica, evidentemente, a exigência do art. 217, § 1º, da Constituição. É o caso, por exemplo, de disputas trabalhistas entre atletas e clubes, de ações penais motivadas por lesões dolosas ocorridas dentro das competições e de pleitos de torcedores com base na Lei 10.671/03 (Estatuto de Defesa do Torcedor)⁷⁰.

Por falar em “mérito desportivo”, uma última questão se põe antes de tornarmos à coisa julgada e ao caso concreto: qual exatamente a força e o grau de incolumidade, perante o poder jurisdicional, das questões compreendidas no art. 217, § 1º, da Constituição? Existe realmente um “mérito desportivo”, naquele sentido de atos que não podem — a exemplo dos atos administrativos discricionários — ter a conveniência e a oportunidade devassadas pelo Judiciário? Ou não há qualquer limitação quanto ao controle judicial das decisões da justiça desportiva?

Como já seria de se esperar, o tema propicia bastante controvérsia, até porque diz respeito à própria natureza da justiça desportiva, outro tema igualmente assolado por muitas dúvidas⁷¹. Pensamos que as decisões desportivas se revestem de uma força especial, só podendo ser desconstituídas pela justiça estatal em hipóteses de inconstitucionalidade — por exemplo a afronta a direitos fundamentais —, ilegalidade e manifesto erro ou abuso. Não fosse assim, haveria incoerência no sistema constitucional. Com efeito: se as decisões desportivas carecessem de maior força, qual seria a razão do prévio exaurimento imposto pela Constituição? É uma questão de congruência. O mesmo imperativo da especialização —

70 Trata-se evidentemente de um rol não exaustivo. Por conta disso, foi vetado dispositivo da Lei 9.981/00 (que alterou a Lei 9.615/98) segundo o qual as matérias de ordem trabalhista e de direito penal comum não seriam apreciadas pela justiça desportiva. Conforme o veto, lavrado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, o dispositivo “leva à falsa impressão de que outras lides não poderão ser objeto de exame da justiça comum, o que é falso”. A propósito, lembra Rafael Teixeira Ramos (“Justiça desportiva brasileira...”, cit., p. 39-40) dois casos que extrapolaram a esfera da justiça desportiva: em 2004, a morte durante uma partida de futebol do zagueiro Serginho do São Caetano, fato que gerou denúncia, por homicídio culposo, em face do presidente e do médico do clube; e as ofensas de caráter racista que teriam sido proferidas por jogador de futebol argentino, Leandro Desábato, contra o atleta brasileiro Grafite, em jogo da Copa Libertadores da América realizado em 2005, provocando a prisão do argentino logo após a partida.

71 Sensata, a respeito, a opinião de Rafael Teixeira Ramos (“Justiça desportiva brasileira...”, cit., p. 46), no sentido de que se trataria de uma natureza inteiramente atípica — nem administrativa, nem arbitral: “A Justiça Desportiva implantada no ordenamento jurídico brasileiro, completamente distinta dos demais meios de resolução de conflitos, assume caracteres exclusivos por força da opção do legislador constituinte.” Na seara jurisprudencial, há muitos anos, assinalou o Superior Tribunal de Justiça (Conflito de Atribuições nº 53, rel. min. Waldemar Zveiter, Segunda Seção, julgamento unânime em 27/05/98): “Conflito de Atribuições - Tribunal de Justiça Desportiva - Natureza Jurídica - Inocorrência de Conflito. 1. Tribunal de Justiça Desportiva não se constitui em autoridade administrativa e muito menos judiciária, não se enquadrando a hipótese em estudo no art. 105, I, g, da CF/88. 2. Conflito não conhecido.”

que provoca o curso forçado da justiça desportiva — determina também esse resguardo maior em relação à atividade jurisdicional⁷².

Esclareça-se que o entendimento exposto não quer conferir às decisões desportivas a mesma natureza dos atos discricionários do poder público. As diferenças entre estes e aquelas são gritantes. Contudo, no que tange ao grau de suscetibilidade à revisão judicial, um paralelo pode realmente ser feito. Foi o que aconteceu no julgamento de recurso referente à ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em face da Confederação Brasileira de Futebol, Clube Atlético Bragantino, Fluminense Football Club e outros, motivada pelo não rebaixamento do Bragantino e do Fluminense após o Campeonato Brasileiro de 1996, quando Bragantino e Fluminense ocuparam as últimas posições.

No acórdão respectivo (que aliás rejeitou a preliminar de carência de ação em virtude do não esgotamento das instâncias desportivas), foi assinalado: “O ato perpetrado pela Confederação Brasileira de Futebol consistente em deixar de ‘rebaixar’ à Série ‘B’ duas agremiações futebolísticas no Campeonato Brasileiro de 1996 não pode ser tido como ato ilícito. (...) Penso ser possível traçar-se, neste tanto, um paralelo com o Direito Administrativo — com todas as ressalvas, já que não se trata aqui de pessoa jurídica de direito público. É que a decisão da CBF quanto a que providências tomar diante do ‘escândalo’ de arbitragem se encontrava num vácuo regulamentar (...). Poder-se-ia dizer, portanto, que naquele momento a Confederação agiria num espaço de discricionariedade (...). Estar-se-ia — repisando mais uma vez que falamos em simples paralelo — diante do mérito administrativo, que ao Judiciário só é dado rever quando foge à lógica do razoável e do proporcional, não sendo o caso. Tão maior razão há para assim concluir, já que estamos diante de direito privado, onde o princípio da legalidade tem uma conotação mais alargada, isto é: tudo quanto não é proibido, é permitido; sendo certo que não há proibição legal à solução encontrada pela Confederação apelante.”⁷³

72 Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso (“A inafastabilidade do controle jurisdicional e suas exceções...”, cit., p. 54): “o contraste jurisdicional há que se restringir ao exame da legalidade estrita, sem possibilidade, ao nosso ver, de revisão quanto aos eventuais aspectos tipicamente discricionários ou políticos embutidos no ato ou decisão guerreados.” Em sentido antagônico, a excelente monografia de final de curso apresentada por Felipe Branco Bogdan na Universidade Federal de Santa Catarina em 2009, intitulada “A justiça desportiva e o Poder Judiciário: uma análise à luz do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional” (<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos> - acesso em 30/06/11).

73 Apelação Cível 2008.001.17342, rel. des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, Terceira Câmara Cível do TJ/RJ, julgamento unânime em 02/12/08. Em tempo, reproduza-se, do acórdão respectivo, mais um trecho interessante,

Com a reprodução acima — envolvendo assunto que, na sua época, alcançou grande polêmica —, encerramos as considerações sobre o regime jurídico-constitucional das questões desportivas, bem como sobre as controvérsias que cercam esse “novo direito”. O que tais considerações acrescentam ao nosso estudo de caso? Mais especificamente, qual a influência delas em relação ao tratamento da coisa julgada no caso concreto?

Antes de responder, diga-se que as controvérsias atinentes ao direito desportivo foram declinadas a título ilustrativo. O exato deslinde de cada uma não é decisivo para o equacionamento do caso concreto. Muito relevante, sim, mostra-se o conjunto das questões. Mirando pois esse conjunto — a floresta do direito desportivo, e não as idiossincrasias das suas árvores —, qual o panorama que se pode visualizar?

O que se visualiza, de maneira muito nítida, é um território ávido por autonomia. Há, naturalmente, ressalva a fazer: dada a inevitabilidade do intervencionismo estatal sobre o esporte nos dias atuais, falamos da autonomia possível, sem saber ao certo a sua medida. De todo modo, a marca fundamental do direito desportivo é mesmo a busca por autonomia, a ponto de ser considerado, até, um ordenamento à parte da regulação estatal (Martinho Neves Miranda). E não se trata, é bom frisar, de uma pretensão de autonomia aventureira, como tantas outras. A nossa Constituição a respalda, da forma mais explícita possível.

Nesse contexto, como se regula a coisa julgada referente à matéria desportiva?

Coisa julgada, já salientamos, é o máximo de intervencionismo que se pode conceber na esfera estatal. É decidir algo e não permitir, para o resto dos tempos, que a decisão possa ser rediscutida. Por isso a coisa julgada tem limites, os quais sinalizam muito bem a importância da técnica processual para a concretização de valores maiores. Em prol da contenção do poder, a técnica processual oferece esse mecanismo valioso dos limites da coisa julgada. Grande é a função *garantística* desses limites.

Parece razoável, então, que no campo tipicamente desportivo — demarcado pelo art. 217, § 1º, da Constituição — devam os limites da coisa julgada funcionar de modo vigoroso, evitando que área por demais extensa seja atingida pela imunização respectiva. Ou seja, mais contida

tocando na questão da judicialização das relações sociais e políticas: “(...) O que propiciou essa mudança de comportamento nas instituições do futebol brasileiro não foram as decisões judiciais, mas sim uma gradual e constante mudança cultural que perpassou a sociedade como um todo — para a qual, talvez, aquele episódio tenha servido como catalisador.”

ainda, nesse campo, há de ser a imunização trazida pela coisa julgada, refletindo a deferência que merecem, por força da Constituição, as instâncias desportivas.

Em suma, versando a causa sobre matéria tipicamente desportiva, a coisa julgada não ficará, é óbvio, impedida de se formar. Todavia, seus limites vão exigir leitura restritiva particularmente severa, permitindo que a matéria seja, em alguma medida, reavaliada pelas instâncias desportivas, de acordo com as suas peculiares necessidades. É o que recomenda o regime constitucional do direito desportivo, visitado neste tópico que ora se fecha.

10. CONCLUSÃO PARCIAL, À VISTA DAS PREMISSAS EXAMINADAS

Após o detalhamento empírico do caso concreto, primeiro passo do nosso estudo, anunciamos que, antes do enfrentamento das questões jurídicas controvertidas, assentáramos algumas premissas relevantes. Com tal objetivo, desenvolvemos quatro tópicos: a) a coisa julgada nos dias atuais; b) os limites objetivos da coisa julgada; c) coisa julgada e fatos supervenientes; e d) o peculiar regime constitucional das questões desportivas. Agora que foi cumprida essa segunda etapa, mostra-se conveniente, a bem da clareza, enunciar uma conclusão parcial, extraída da pesquisa até aqui realizada.

Pois bem, a abordagem do instituto da coisa julgada revelou tendência restritiva (pelo menos no que concerne a lides individuais), a se manifestar muito intensamente na definição dos seus limites objetivos, nestes se podendo incluir os chamados “limites temporais”. Abonando substancialmente essa direção restritiva, veio a análise do regime constitucional do direito desportivo, matéria-prima do caso concreto.

De tudo que foi examinado, pode-se deduzir uma diretriz valiosa, autêntica *regra de ouro*, para conduzir o bom equacionamento do caso concreto. Qual seja: *havendo qualquer dúvida, devem-se restringir, nunca ampliar, os limites da imunização imposta pela coisa julgada.*

11. VOLTANDO AO CASO CONCRETO: OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

Retornamos finalmente ao caso concreto. Como a essa altura o texto já se mostra extenso, convém proceder a uma brevíssima recapitulação dos dados empíricos.

Por conta da confusão relativa ao regulamento do Campeonato Brasileiro de Futebol de 1987, denominado “Copa União”, o Sport Club do Recife intentou ação judicial, que restou vitoriosa, para ser reconhecido como campeão de 1987, em detrimento do Clube de Regatas do Flamengo, vencedor do chamado “Módulo Verde” da Copa União. Mais recentemente, a CBF, entidade máxima do futebol brasileiro, no bojo de uma iniciativa visando à completa unificação dos títulos brasileiros — que beneficiou vários times, principalmente o Santos Futebol Clube e a Sociedade Esportiva Palmeiras —, reconheceu que também o Flamengo deve ser, *ao lado do Sport*, considerado campeão de 1987.

Nesta seção, investigaremos os limites objetivos da coisa julgada na demanda intentada pelo Sport em face de CBF, Flamengo, Internacional e União Federal. Para tanto, é crucial a reiteração dos contornos objetivos da causa.

Como já vimos antes, a causa de pedir foi, basicamente, a incerteza — gerada pela existência de normas regulamentares contraditórias — quanto ao campeão brasileiro de 1987.

Quanto aos pedidos, foram vários: a) declaração de validade do regulamento do Campeonato de 1987 outorgado pela Diretoria da CBF; b) declaração da necessidade de aprovação da integralidade dos membros do Conselho Arbitral da CBF para a modificação do regulamento por ela outorgado; c) condenação da Confederação Brasileira de Futebol – CBF e da União Federal (Conselho Nacional de Desportos – CND) a se absterem de ordenar a convocação, convocar ou acatar decisão do Conselho Arbitral da CBF tendente à modificação do regulamento mencionado, sem a deliberação unânime de seus membros; d) a condenação da CBF a reconhecer o Sport como campeão brasileiro de futebol profissional do ano de 1987.

Todos os pedidos foram julgados procedentes pela sentença de primeiro grau, que foi confirmada em grau de recurso. Transcreva-se novamente, para não haver qualquer dúvida, o dispositivo da sentença:

“Em face do exposto, julgo procedentes, in totum, as pretensões formuladas na peça exordial, para declarar válido o regulamento do Campeonato Brasileiro de Futebol Profissional de 1987, outorgado pela Diretoria da CBF; declarar, ainda, necessária a aprovação da integralidade dos membros do

Conselho Arbitral da dita entidade, para a sua modificação, determinando, outrossim, à Confederação Brasileira de Futebol – CBF e à União Federal (Conselho Nacional de Desportos – CND) que se abstenham de ordenar a convocação, convocar ou acatar decisão do Conselho Arbitral tendente à modificação do suso-citado regulamento, sem a deliberação unânime de seus membros, concluindo, pois, por determinar seja reconhecido o demandante como Campeão Brasileiro de Futebol Profissional do ano de 1987, pela Confederação Brasileira de Futebol – CBF.”

Feita a recapitulação, podemos avançar, dissecando o assunto.

11.1 O que se contém, expressamente, nos limites da coisa julgada existente?

Partimos da premissa de que a condição do Sport de campeão brasileiro de 1987 ficou perfeitamente coberta pela coisa julgada. É um ponto que prescinde de justificação mais elaborada. Somando-se a eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC, art. 474) com a impossibilidade de repetição da lide já decidida (CPC, art. 267, V, c/c art. 301, §§ 2º e 3º), resta absolutamente inexpugnável o título do Sport. Mesmo que surjam fatos novos de grande relevo, lastro suficiente à perpetuação do título do Sport já está coberto pelo manto da imutabilidade. Temos aí uma situação perfeitamente consolidada.

Assentado que nada terá o condão de tirar o título do Sport, surge a questão crucial: à luz da coisa julgada que se cristalizou, poderá o Sport, por algum motivo, perder a condição de *único* campeão brasileiro de 1987? Para responder, é preciso saber, em primeiro lugar, o que se contém, *de forma expressa*, nos limites da coisa julgada. Verificações puramente factuais, despidas de juízo de valor, dão conta do problema.

Antes de mais nada, saliente-se a inexistência de qualquer pedido, na demanda vencida pelo Sport, no sentido de que ele fosse considerado o *único* campeão de 1987. Tal constatação sobe de importância à vista da riqueza e da variedade dos pedidos formulados pelo Sport. De fato, os pedidos formulados tentaram cercar todas as possibilidades, até de ma-

neira redundante. Repare-se a propósito que a sentença, em consonância com o pedido, determinou à Confederação Brasileira de Futebol – CBF e à União Federal (Conselho Nacional de Desportos – CND) que se abstivessem de “ordenar a convocação, convocar ou acatar decisão do Conselho Arbitral (...)”. Apesar de tanto zelo, insistia-se, não figurou no pleito a pretensão de exclusividade.

Além disso, também não foi pedida qualquer declaração no sentido de que a conquista da Copa União seria a única forma de se obter a qualificação de campeão brasileiro de 1987.

Não houve ainda, na demanda intentada pelo Sport, qualquer pedido de desconstituição da decisão do CND (prolatada na época em que o CND encarnava a justiça desportiva no Brasil) dando o título de 1987 para o Flamengo.

Nada disso foi pedido. Nada disso, congruentemente, figurou na decisão judicial transitada em julgado.

O que se comprimiu então, de forma explícita, no interior dos limites objetivos da coisa julgada formada? Exatamente o que fora pedido: a obrigação de a CBF reconhecer o Sport como campeão brasileiro de 1987, tal como positivado no dispositivo da sentença. Nem mais, nem menos.

Nesse sentido, é revelador que a sentença não tenha usado os termos “o” campeão ou “único” campeão. Mais sintomático ainda é que o termo “único” só tenha aparecido na recente decisão de “cumprimento de sentença”, proferida mais de 12 anos após o trânsito em julgado.

E mais um ponto merece atenção: no dispositivo da sentença não se chegou a reconhecer, diretamente, o título do Sport; em vez disso, determinou-se à CBF que procedesse ao reconhecimento. Respeitou-se assim a competência da CBF para dar a última palavra, ainda que forçada por decisão judicial, acerca dos títulos brasileiros de futebol.

Em suma, não houve pedido, muito menos coisa julgada:

- a) sobre a condição do Sport de *único* campeão brasileiro de 1987;
- b) no sentido de que a conquista da Copa União seria a única forma de se obter a qualificação de campeão brasileiro de 1987.

Levando-se em conta, portanto, o texto expresso da decisão transitada em julgado, só mesmo a condição do Sport de campeão brasileiro de 1987 é que se tornou imutável e indiscutível. Ponto.

11.2 Não teria ficado ao menos implícita — e coberta pela coisa julgada — a condição do Sport de único campeão brasileiro de 1987?

Chegamos ao ponto nevrálgico da discussão. Estariam implícitas no julgado a exclusividade do Sport, bem ainda a consideração da Copa União como a única forma de se obter o título de campeão brasileiro de 1987? E esses dados implícitos não teriam ficado cobertos pela coisa julgada?

Impõe-se desde logo repudiar, com veemência, a ideia de uma coisa julgada implícita. Para tanto, nem é preciso invocar as conclusões estabelecidas nos capítulos anteriores. Mesmo à luz da processualística tradicional, a autoridade da coisa julgada não pode de forma alguma admitir corpos implícitos. Fazê-lo, em qualquer tempo, é investir em uma visão pouco equilibrada da coisa julgada, sem a devida ponderação dos valores que estão em jogo.

Cumprir enfatizar, a propósito, a gravidade da coisa julgada, aspecto sobre o qual nunca houve dúvida alguma. Não por acaso a coisa julgada consiste em instituto que, nas palavras de Liebman, pertence ao direito constitucional⁷⁴ (cabendo ao direito processual a ordenação das técnicas respectivas). Imensa é a carga axiológica suportada pelo instituto. Quando a lei impõe limites à coisa julgada, há uma clara opção valorativa que está sendo realizada, não só em prol da contenção do poder estatal, mas também em favor da segurança jurídica, evitando-se dúvidas acerca do objeto da imunização.

Admitir que a autoridade da coisa julgada possa recair sobre pretensões não expressamente deduzidas é atentar, de modo paradoxal, contra a própria segurança jurídica, o grande valor que informa o instituto da coisa julgada. Nem é preciso dizer que costuma ser bastante subjetiva a apuração do que está implícito, ainda mais se varia a perspectiva temporal. Como apurar objetivamente o que está implícito caso a caso? Como apurar hoje o que estava implícito quando determinada causa foi julgada? Sem dúvida, a admissão de coisas julgadas implícitas propicia enorme insegurança e, no seu bojo, favorece tremendamente, nesse tema tão decisivo, doses elevadas de voluntarismo judicial.

É realmente um paradoxo sem tamanho: insegurança fomentada pelo instituto, logo ele, que deveria ser o baluarte maior da segurança no reino processual.

74 Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença...*, cit., p. 55.

Evidentemente, toda e qualquer mensagem linguística pede decodificação. Ou seja: interpretação. *In claris cessat interpretatio* é máxima que já ficou superada há um bom tempo. Sem embargo, no tocante ao dispositivo da sentença o ideal é que a margem de interpretação seja contida. A experiência mostra o quanto é perigoso deixar os limites da coisa julgada entregues a interpretações livres e pouco objetivas dos juízes. Eis aí um terreno em que a literalidade vale ouro.

A estreiteza dos limites objetivos da coisa julgada não é, portanto, uma questão de sintaxe, ou coisa que o valha. A estreiteza é determinada por fatores sociojurídicos e por políticas bem mais transcendentais. Não raro, conforme lições clássicas, é na forma e na literalidade que a liberdade vai encontrar as suas maiores amigas.

Repita-se a preciosa sentença de Liebman: “A razão principal que sufraga a orientação restritiva é que a coisa julgada é, afinal, uma limitação à procura da decisão justa da controvérsia, e deve, por isso, se bem que socialmente necessária, ficar contida em sua esfera legítima, e não expandir-se fora dela.”⁷⁵

Só essas observações de natureza axiológica já seriam suficientes para fulminar a possibilidade de uma coisa julgada implícita no caso estudado. Não obstante, à vista da riqueza do tema, convém esquadriñar outros ângulos.

Veja-se o ângulo constitucional. Sem grande esforço, pode-se concluir que a ideia de uma coisa julgada implícita repugna a valores constitucionais de alta magnitude. Muito especificamente, depõe-se, já vimos, contra a segurança jurídica, valor presente no *caput* do art. 5º da Constituição e base maior da noção de devido processo legal (art. 5º, LIV), centro do direito processual das nações civilizadas. Pelo mesmo ângulo constitucional, aliás, percebe-se que sequer se pode falar em julgamentos implícitos, à medida que se tornou fundamental o dever de motivar as decisões judiciais (Constituição, art. 93, IX).

No plano da técnica processual, matéria do nosso estatuto processual civil, as considerações anteriores veem-se plenamente respaldadas, como não poderia ser diferente.

Não há coisa julgada ou julgamento implícitos. Nem pedidos implícitos. Nos termos do art. 293 do CPC, devem ser interpretados “restritivamente” os pedidos, o mesmo se passando com a resposta judicial ao

⁷⁵ Enrico Tullio Liebman, “Limites objetivos da coisa julgada”, cit., p. 573-574.

pedido, materializada no dispositivo da sentença. Natural. Se os pedidos devem ser interpretados restritivamente, com muito mais razão o dispositivo — sobretudo para fins de coisa julgada — há de merecer a mesma interpretação.

Além disso, não fazem coisa julgada, segundo o art. 469 do CPC, os motivos da decisão de mérito, a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença e a apreciação da questão prejudicial decidida incidentalmente. Ou seja, só realmente a resposta ao pedido, contida de maneira expressa no dispositivo da sentença e interpretada restritivamente, é que se submete à grave autoridade da coisa julgada. Nada mais. É essa a sistemática que vigora entre nós. Uma sistemática que não deixa dúvidas nem gera, quanto a sua inclinação básica, controvérsias significativas.

Repise-se, ao ensejo, que a lide ajuizada pelo Sport foi motivada pela dúvida sobre qual regulamento deveria prevalecer em 1987. Prevalecendo o regulamento outorgado pela Diretoria da CBF, como de fato prevaleceu, o Sport seria reconhecido como campeão; caso prevalecesse o regulamento defendido pelo Clube dos 13, o Flamengo seria o campeão. Assim, a exclusividade do título do Sport poderia ser inferida, no máximo, da motivação daquela demanda específica, coisa que não tem a menor chance de alcançar a autoridade da coisa julgada, conforme preceito expresso do nosso estatuto processual (CPC, art. 469).

Pensando em todas as objeções possíveis, lembre-se que a causa de pedir, embora não integre o objeto litigioso, serve para “explicar” e “iluminar” o pedido (conforme nota em parte precedente do trabalho). Poderia então ser sustentado que, no caso concreto, o dispositivo da sentença transitada em julgado, devidamente “esclarecido” pela motivação respectiva, teria incorporado a exclusividade almejada pelo Sport?

À evidência que não. A causa de pedir serve, inegavelmente, para esclarecer o objeto litigioso do processo. Mas é preciso ir com muita calma. Se Maria empresta uma quantia para José e este não paga, o “julgo procedente o pedido de cobrança” vai referir-se, logicamente, ao contrato de empréstimo que está na causa de pedir. É nesse sentido que a causa de pedir se presta a esclarecer o objeto litigioso. Até aí, bastante razoável. Porém, não é possível usar a mesma noção para incorporar ao dispositivo aquilo que deveria ter sido expressamente pedido e não foi. Nesse ponto, o trem descarrila, produzindo-se grave ofensa ao princípio da demanda.

Além disso, conspira-se contra a função garantística dos limites da coisa julgada, tão encarecida por este ensaio.

Atestando o que acabou de ser dito, assinale-se que, no sistema processual em vigor, há a previsão expressa da ação declaratória incidental (CPC, arts. 5º, 325 e 470). Ou seja, entre nós, o fundamento da demanda não pode misturar-se ao pedido e ficar coberto pela coisa julgada, salvo se requerida a declaração incidente. Não se aceita aqui, positivamente, qualquer possibilidade de coisa julgada implícita.

É de se assinalar, ainda, que, na demanda vencida pelo Sport, não havia espaço para qualquer meio-termo. Não se punha a eventualidade de serem dois os times campeões de 1987, eventualidade que só foi aparecer muito tempo depois. Carente a demanda de qualquer dom divinatório, não se discutiu minimamente, ali, a possibilidade de divisão do título de 1987.

Em outras palavras, não foi somente por falta de pedido que a questão da exclusividade — de molde a impedir o reconhecimento de Sport e Flamengo como campeões concomitantes de 1987 — passou muito longe da coisa julgada. Existe uma razão mais básica: o conflito que foi judicializado ignorava por completo esse problema da exclusividade vs. concomitância. *Não houve lide a respeito*. Assim, era mesmo impossível que sobre a questão incidisse a imunização própria da coisa julgada. Por mais essa perspectiva, confirma-se a conclusão de que só transitou em julgado, e nada além, a obrigação de a CBF reconhecer o Sport como campeão de 1987.

Vale a ressalva de que a eficácia prática da sentença prolatada no processo vencido pelo Sport — *não a autoridade da coisa julgada* — conduziu a que durante muito tempo, na ausência de fatos e fundamentos novos, perdurasse a exclusividade. Estamos falando, veja-se, dos efeitos práticos da decisão, e não da autoridade da coisa julgada, coisas bem diferentes. A materialização prática das sentenças invariavelmente implica desdobramentos implícitos, não só perante terceiros mas também em relação às próprias partes⁷⁶. Já a autoridade da coisa julgada exige cognição exauriente e decisão explícita sobre determinada pretensão. Não tendo sido pedida a exclusividade pelo Sport, não houve sequer ação a respeito, e muito menos a formação de coisa julgada.

76 É bastante conhecida entre nós, a propósito, a distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. Consulte-se a respeito Enrico Tullio Liebman, "Eficácia e autoridade da sentença...", cit., esp. p. 37-63 (trata-se do capítulo versando sobre "a autoridade da coisa julgada como qualidade da sentença e dos seus efeitos").

Testando ao máximo a nossa hipótese de trabalho, imagine-se mais uma eventual objeção: ainda que a exclusividade pretendida pelo Sport não se contenha dentro dos limites da coisa julgada estabelecida, a possibilidade de uma nova conformação não seria aberrante do ponto de vista lógico? Pode um mesmo certame esportivo apresentar dois campeões?

Essa eventual objeção se derrota sem a menor dificuldade. Em primeiro lugar, relembre-se a lição — consensual — de que a coisa julgada não se preocupa nem um pouco com embaraços lógicos: são as incompatibilidades de ordem prática que ela se destina a evitar. Depois, é de se ver que o caso da Copa União representou uma excepcionalidade, por mais conturbado que fosse o futebol brasileiro naquela época. Aliás, mais estranha do que a existência de dois campeões é a circunstância, certamente inédita no mundo, de um título de campeão nacional ser atribuído com exclusividade ao vencedor do certame equivalente à segunda divisão do país. Não bastasse, a unificação promovida em 2010 pela CBF eliminou qualquer dúvida a respeito. Por conta dessa unificação, dois outros anos, 1967 e 1968, passaram a ter duplicidade de campeões: em 1967, o Palmeiras ganhou tanto a Taça Brasil como o Torneio Roberto Gomes Pedrosa, e por isso somou dois títulos brasileiros; em 1968, o Botafogo venceu a Taça Brasil, enquanto o Santos ficou com o Torneio Roberto Gomes Pedrosa, sendo ambos declarados campeões brasileiros de 1968.

11.3 Aplicando a “regra de ouro”

Investigada a controvérsia por vários ângulos, e analisadas eventuais objeções ao entendimento do texto — avesso a qualquer forma de coisa julgada implícita —, é bom ressaltar que nem se levou em consideração, ainda, uma leitura contemporânea da coisa julgada, atenta a valores de grande significação nos dias que correm. Neste capítulo, caminhamos apenas, até agora, com as lições tradicionais a respeito da coisa julgada. Oportuno então reavivar as ideias desenvolvidas em capítulos anteriores, relativas a essa visão contextualizada da coisa julgada, as quais parecem ter aptidão para desempatar de uma vez por todas a controvérsia, caso ainda tenha restado alguma dúvida.

Pois bem, vimos que a coisa julgada contemporânea, conquanto muito relevante ainda — importância que jamais perderá —, não pode ser tratada de maneira hipertrofiada, nela se enfiando um “excesso de bagagem”. Rejeita-se o que chamamos de “coisa julgada polvo”, repleta

de braços e tentáculos. Via de consequência, devem ser reforçados os limites da coisa julgada, evitando o esmagamento de debates que se façam indispensáveis no futuro. A leitura da coisa julgada contemporânea há de ser uma leitura mais suave e cautelosa.

Essa tendência reforça-se no caso estudado, cuja ambiência, do ponto de vista material, não pode deixar de ser realçada. Afinal, o processo instrumentalista dos dias atuais — eminentemente concretista — tem a sua regulação modulada de forma considerável pelos interesses substanciais em jogo. Aqui, estamos diante de uma questão relativa a “competições esportivas”, nos termos do art. 217, § 1º, da Constituição. A causa se esgota no universo desportivo, em um plano a essa altura exclusivamente imaterial, já que se deseja saber, tão só, a quem pertence a honra de ser considerado campeão do longínquo título brasileiro de 1987. É de fato uma lide pura e tipicamente “desportiva”, sem quaisquer desdobramentos civis, penais ou trabalhistas. Dentro desse quadro, a autoridade da coisa julgada, considerada a ampla autonomia concedida pela nossa Constituição ao setor desportivo, deve ser mais obsequiosa ainda.

Acrescentem-se as peculiaridades desse caso desportivo inédito (o “atípico” Campeonato Brasileiro de 1987⁷⁷). Trata-se de um caso *sui generis*, dotado de contornos os mais singulares, a ponto de merecer decisões antagônicas da autoridade desportiva (CND) e da justiça estatal. Sobre tudo em um contexto assim, mais prudente ainda deve ser a delimitação da coisa julgada, não se vedando a reconfiguração posterior do assunto.

Tendo sido todos esses fatores examinados detidamente lá atrás, chegamos a uma “regra de ouro” para conduzir o bom equacionamento do caso. A saber: *havendo qualquer dúvida, devem-se restringir, nunca ampliar, os limites da imunização imposta pela coisa julgada.*

Nem é preciso dizer que a aplicação ao caso da nossa “regra de ouro”, inspirada em razões muito ponderosas, serve para neutralizar qualquer objeção que ainda possa remanescer. Afinal, a controvérsia gira em torno, justamente, da amplitude maior ou menor que devem ter os limites da coisa julgada no processo vencido, há muitos anos, pelo Sport Club do Recife.

Aplicada a diretriz restritiva, encarecida pela abordagem contemporânea da coisa julgada, o entendimento que já vinha sendo proposto

77 Expressão utilizada no parecer de Álvaro Melo Filho no qual se fiou a CBF para reconhecer o título de 1987 para o Flamengo.

perde a condição de hipótese e ganha caráter definitivo, esgotadas ressalvas e objeções. Com todas as letras, enfim: não ficou coberta pela coisa julgada qualquer declaração de que o Sport seria o *único* campeão brasileiro de 1987; nem restou imunizada qualquer declaração no sentido de que a conquista da Copa União seria a única forma de se obter a qualificação de campeão brasileiro de 1987.

Antes de passar adiante, é importante esclarecer que a reprovação que fizemos da leitura expansiva e hipertrofiada da coisa julgada concretamente ocorrida não constitui, em absoluto, manifestação da chamada “relativização” da coisa julgada. É certo que a relativização também consiste em tendência presente na atual fase metodológica do processo civil (como se viu no capítulo nº 6, acima), uma fase que salienta o lado valorativo do processo. Sem embargo, não é bem relativização o que se sustenta neste ensaio. Na verdade, sustenta-se aqui uma aplicação ordinária — pode-se dizer clássica — dos limites da coisa julgada. O aspecto algo inovador do texto consiste, talvez, na utilização da metodologia mais prestigiada atualmente para a defesa da aplicação clássica dos limites da coisa julgada. Parece-nos mesmo, e o trabalho tenta demonstrá-lo, que estamos diante de uma interessante convergência — pontual — entre as visões clássica (formalista) e instrumentalista (axiológica) do direito processual.

Resumindo, a exclusividade do Sport em relação ao título de 1987 não se inseriu nos limites objetivos da coisa julgada estabelecida, não só porque não houve pedido a respeito — ficando no máximo no plano da motivação —, mas também porque o próprio conflito que foi judicializado não encerrava o problema da exclusividade *vs.* concomitância de campeonatos. Em decorrência disso, ficou resguardada a possibilidade de uma nova disposição para o assunto, ressalvada naturalmente a intangibilidade do título do Sport, esta sim uma situação coberta pela coisa julgada e perfeitamente consolidada.

Vencemos uma etapa essencial no estudo de caso. Mas não acabou ainda. Um outro lado relevante do problema há de ser investigado, a saber, o ato da CBF reconhecendo o Flamengo como campeão brasileiro de 1987 *ao lado do Sport*. Também se mostra indispensável perscrutar a idoneidade desse ato, coisa que faremos no próximo tópico.

12. OS FATOS NOVOS E SUA INFLUÊNCIA NO DESLINDE DO CASO

Em capítulo anterior, o oitavo, tratamos do tema “coisa julgada e fatos supervenientes”. Vimos então que, cada vez mais, o direito se preocupa com os fatos. De uma era eminentemente formalista e legalista passamos, no pós-positivismo, a um direito mais tópico e atento às peculiaridades empíricas dos casos concretos. Essa exaltação da força jurígena dos fatos se manifesta também no campo processual, inclusive no setor da coisa julgada. Logo, é necessário dar bastante atenção aos fatos inegavelmente relevantes ocorridos após constituída a coisa julgada.

Lembre-se, primeiramente, que o próprio Sport, para filiar-se ao Clube dos 13, firmou documento concordando com a divisão do título de 1987, sendo o documento assinado por todos os integrantes do Clube dos 13, na assembleia geral extraordinária da entidade realizada em 09/06/97. Surpreendentemente, o fato não trouxe consequências, apesar da sua importância. Por isso, não é nele que nos concentraremos neste tópico.

Nossa atenção se fixará na chamada “unificação dos títulos brasileiros de clubes”, promovida pela CBF, inicialmente, em dezembro de 2010. Vale reiterar que, em virtude dessa unificação, tornaram-se campeões brasileiros todos os vencedores da Taça Brasil, de 1959 a 1968, e todos os vencedores do Torneio Roberto Gomes Pedrosa, de 1967 a 1970. Dessa forma, alterou-se radicalmente o *ranking* oficial dos títulos brasileiros de clubes. Ascenderam ao topo o Palmeiras e o Santos, sendo este o maior beneficiado — possuía apenas dois títulos brasileiros e passou a oito (acrescentados os cinco triunfos na Taça Brasil, de 1961 a 1965, e mais o Torneio Roberto Gomes Pedrosa de 1968).

Recorde-se mais que, apesar da amplitude dessa unificação ocorrida em dezembro de 2010, a CBF continuou resistindo ao reconhecimento do título do Flamengo em 1987. Depois de muitas críticas, ela voltou atrás em fevereiro de 2011, e finalmente reconheceu o Flamengo como campeão brasileiro de 1987, *ao lado do Sport*.

O reconhecimento da CBF se deu por meio da Resolução da Presidência (RDP) nº 02/11, que inseriu o título do Flamengo no espectro da ampla unificação de dezembro de 2010 (objeto da RDP 03/10). Entre os *consideranda* da RDP nº 02/11, consignou-se que “o objetivo da CBF, como entidade de grau máximo da estrutura organizacional do futebol brasileiro, ao editar a citada RDP nº 03/2010, era o de pacificar um tema controvertido de longa data, capaz de suscitar desarmonia no ambiente

desportivo, de todo indesejável”. Com o mesmo propósito, dava-se o reconhecimento do título do Flamengo.

Repita-se ainda que a RDP nº 02/11 se escudou em parecer firmado por Álvaro Melo Filho, outro documento muito importante para se identificar a inspiração do ato da CBF. Diz esse parecer: “Vê-se, então, com clarividência, que tivemos dois torneios — Torneio João Havelange (ou Módulo Verde) e Torneio Roberto Gomes Pedrosa (ou Módulo Amarelo) — disputados de forma autônoma, paralela e separadamente, gerando, portanto, dois campeões e dois vice-campeões. (...) No final de 2010, a CBF reconheceu títulos nacionais de Bahia, Santos, Cruzeiro, Palmeiras, Fluminense e Botafogo, como vencedores da Taça Brasil e do Torneio Roberto Gomes Pedrosa, obtidos no período de 1959 até 1970. Nesse contexto, não se afigura justo e razoável dar um tratamento não isonômico e discriminatório aos vencedores dos torneios João Havelange e Roberto Gomes Pedrosa, ou seja, não considerá-los campeões do atípico Campeonato Brasileiro de 1987 (...).”

Fica bem claro, portanto, que em nenhum momento pretendeu a CBF rediscutir as razões da decisão judicial favorável ao Sport, razões estas ligadas a questões regulamentares da confusa Copa União de 1987. Disso a CBF passou inteiramente ao largo.

Repassados os fatos, a grande indagação a se fazer é a seguinte: a ampla unificação dos títulos brasileiros, que beneficiou em um segundo momento o Flamengo, consiste em causa idônea para uma solução diversa da indicada pela sentença favorável ao Sport?

Aparentemente óbvia se afigura a resposta afirmativa, à vista da conclusão a que chegamos no capítulo anterior, no sentido de que a exclusividade não se inseriu nos limites objetivos da coisa julgada estabelecida na demanda do Sport. Alguma prudência, no entanto, se faz recomendável, já que o assunto é inçado de sutilezas. Mesmo não havendo ofensa à coisa julgada, não se pode descartar de pronto, por exemplo, a eventualidade de uma afronta à sentença, ato estatal que todos têm o dever de observar (lembrando que a eficácia da sentença não se confunde com a autoridade da coisa julgada, distinção hoje elementar dentro do direito processual). Convém então que a nossa análise prossiga.

Antes de tudo, frise-se a legitimidade da CBF, do ponto de vista orgânico, para proceder à unificação dos títulos brasileiros, aí embutido (em um segundo momento) o ato de reconhecimento do título do Flamengo

em 1987. Trata-se a CBF, como já foi dito, da entidade máxima do futebol brasileiro, gozando de larga autonomia para disciplinar esse setor, nos termos do art. 217, I, da nossa Constituição. A própria sentença favorável ao Sport admitiu tacitamente que compete à CBF dar a última palavra acerca dos títulos brasileiros de futebol. O dispositivo da sentença, com efeito, não reconheceu, diretamente, o título do Sport; em vez disso, determinou à CBF que procedesse ao reconhecimento.

A par da confirmação da legitimidade da CBF, vale acrescentar que as matérias tipicamente desportivas não ficam sujeitas a qualquer reserva de jurisdição. O que existe, muito ao contrário, é o curso forçado das instâncias desportivas (Constituição, art. 217, § 1º). Dessa forma, consistiria em grande equívoco sustentar a necessidade de judicialização — compulsória — dessa nova regulação do título brasileiro de 1987, a ser promovida pela CBF. Uma exigência assim seria manifestamente inconstitucional.

A propósito, rememore-se a doutrina de Teori Albino Zavascki, consultada em momento precedente do trabalho. Mesmo quando há coisa julgada — o que aqui não existe quanto à exclusividade do título do Sport —, a mudança do *status quo*, provocada por uma nova situação de fato ou de direito, tem efeitos automáticos e imediatos, operando independentemente de qualquer ação de revisão (sem prejuízo de eventual ação simplesmente para *declarar* a nova realidade)⁷⁸. Com muito mais razão quando não há coisa julgada.

De uma vez por todas, pois, o ato da CBF de reconhecimento do título do Flamengo de 1987 não carecia de qualquer judicialização. O ônus de judicializar, em verdade, pertence a quem se sente prejudicado pelo ato (ressalvada, à evidência, a necessidade de esgotamento da justiça desportiva, nos termos do art. 217, § 1º, da Constituição).

Vistas a legitimidade da CBF e a desnecessidade de qualquer intervenção jurisdicional, saliente-se que as razões da unificação promovida pela entidade, beneficiando o Flamengo e vários outros clubes, relação alguma têm com a motivação da demanda intentada pelo Sport. São perspectivas e contextos completamente distintos, enraizados em momentos históricos igualmente díspares. Vale aprofundar esse ponto.

Qual foi o objetivo da unificação de títulos? Com a unificação, a CBF visou ao encerramento definitivo das recorrentes controvérsias que havia em nosso futebol acerca dos ganhadores de títulos nacionais. Para tanto,

⁷⁸ Teori Albino Zavascki, "Coisa julgada em matéria constitucional...", cit., p. 557-558.

deu-se a qualificação de campeonato brasileiro a certames que, mesmo sem essa qualificação originária, mostraram-se historicamente significativos e tiveram abrangência nacional. Foi o caso, expressamente, da Taça Brasil e do Torneio Roberto Gomes Pedrosa. Em outras palavras, o que se quis, assumidamente, foi “passar a limpo” a história dos campeonatos brasileiros, agora que eles já atingiram estabilidade e solidez (como ocorre nas grandes ligas europeias).

Bem se percebe que a unificação realizada pela CBF não desafiou em nenhum instante a fundamentação da decisão transitada em julgada. Lá, discutiram-se aspectos regulamentares da Copa União de 1987. Já o ato de unificação, em sintonia inteiramente diversa, ignorou conflitos regulamentares pontuais. Preferiu, em vez disso, mirar a concórdia geral. São polos muito distantes. Enquanto a decisão judicial cuidou de aspectos particulares de um determinado campeonato, o ato da CBF tocou em uma problemática geral e abrangente do futebol brasileiro.

Reitere-se que vários outros times, além do Flamengo, foram beneficiados pela unificação de títulos, a saber: Bahia, Botafogo, Cruzeiro, Fluminense, Palmeiras e Santos. Os dois últimos se viram especialmente favorecidos — o Palmeiras ganhou quatro títulos e o Santos, nada menos do que seis. Ou seja, a medida da unificação não representou casuísmo a favor do Flamengo. Muito ao revés, a CBF resistiu o quanto pôde ao reconhecimento do título do Flamengo.

Também não pode deixar de ser realçado o impacto da iniciativa da CBF. O ato de unificação alterou profundamente o *ranking* oficial de títulos do futebol brasileiro. Isso corrobora a independência do ato, em relação à causa movida pelo Sport, e indica que o reconhecimento do título do Flamengo faz parte de um todo indissolúvel. Só se poderia questioná-lo se também o conjunto fosse questionado, coisa da qual sequer se cogita.

No que toca ao reconhecimento específico do título do Flamengo, tem-se aí medida que parece claramente favorável ao princípio da isonomia. No contexto da ampla unificação dos títulos brasileiros, não fazia o menor sentido que dela ficasse de fora, única e exclusivamente, o Módulo Verde da Copa União, vencido pelo Flamengo em 1987. A propósito, repisem-se fatos declinados na primeira parte do trabalho. Independentemente de o Flamengo não ter comparecido ao cruzamento previsto pelo regulamento outorgado pela Diretoria da CBF — postura que teve o aval do Clube dos 13 e do próprio Conselho Nacional de Desportos, à época a

entidade máxima do desporto no Brasil —, é notório que o Módulo Verde reuniu a nata do futebol brasileiro. Para sagrar-se campeão, o Flamengo foi obrigado a fazer 19 jogos, enfrentando os melhores times do país. Sintomaticamente, a final do torneio, disputada no Maracanã por Flamengo e Internacional — outra equipe de grande tradição em nosso futebol —, atraiu mais de 90 mil pessoas. Por outro lado, para conquistar a Taça Brasil de 1968 o Botafogo teve de enfrentar apenas três adversários. E a final, no mesmo Maracanã, jogada contra o Fortaleza, teve um público de apenas 13.588 pessoas. Foi esse o padrão das várias edições da Taça Brasil, equiparada a campeonato brasileiro pelo ato de unificação. Causava estranheza, então, que a unificação não alcançasse o Módulo Verde conquistado pelo Flamengo.

Diga-se mais. A CBF, ao reconhecer o título do Flamengo, não deu caráter oficial a um evento imaginário, quimérico. Ao invés disso, o reconhecimento veio referendar um juízo que, em 13/12/87 —, após o término da final entre Flamengo e Internacional, que encheu o Maracanã —, foi compartilhado por milhões e milhões de brasileiros, das mais variadas torcidas, inclusive a do Internacional, que perdeu o jogo, e a do próprio Sport.

Portanto, foi no mínimo razoável, do ponto de vista substancial — abstraídas discussões processuais — a medida que a CBF tomou, dentro da sua autonomia constitucional. A falta de reconhecimento do título do Flamengo, sim, é que poderia ser reputada, com boa dose de plausibilidade, omissão ilegítima — dado que afrontosa ao princípio isonômico. E nem se objete, a propósito, que seja a CBF uma entidade puramente privada, pois tal objeção não resiste à eficácia dita “horizontal” dos direitos fundamentais, cuja dogmática tem se fortalecido sensivelmente entre nós⁷⁹.

Em suma, não há nada na unificação de títulos promovida pela CBF que a possa indispor em relação à sentença proferida na demanda intentada pelo Sport. Além de o ato da CBF respeitar os limites objetivos da coisa julgada formada — dentro dos quais não se incluíram nem a exclusividade do Sport nem a declaração de que a conquista da Copa União seria a única forma de obtenção do título brasileiro de 1987 —, os motivos que inspiraram a CBF nada têm a ver com a fundamentação da demanda do

79 Por todos, na doutrina brasileira, consulte-se Daniel Sarmento, **Direitos fundamentais e relações privadas**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

Sport. São atos que ocupam dimensões paralelas, sem nenhuma chance de interferência recíproca. Repita-se: a demanda colheu o individual, o particular; já o ato da CBF mirou o conjunto, o coletivo. Se também o ato da CBF carecesse de judicialização, não haveria dúvida nenhuma acerca da existência de uma nova causa de pedir, totalmente dissociada da causa veiculada na demanda proposta pelo Sport.

É mais um teste pelo qual passa o ato da CBF que, no bojo de uma ampla unificação de títulos brasileiros, reconheceu o título do Flamengo. Não se violou a coisa julgada existente e nem se desrespeitou a sentença judicial.

Insista-se no ponto, para que ele fique plenamente esclarecido. Não se confundem as noções de eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. Aquela diz respeito à imperatividade dos atos estatais em geral, a que todos estão submetidos. Esta se refere à grave imunização das decisões judiciais, em prol da segurança jurídica. Não raro, como já foi dito, a materialização prática das sentenças implica desdobramentos implícitos, não só perante terceiros mas também em relação às próprias partes. Desdobramentos implícitos que não estão, logicamente, cobertos pela coisa julgada, a qual exige cognição exauriente e decisão expressa sobre determinada pretensão. Pode consubstanciar-se, então, ato ou conduta que, sem ofensa à coisa julgada, desrespeite uma dada sentença, obliquamente que seja.

No caso em tela, é intuitivo que o ato da CBF, se tivesse reconhecido o título do Flamengo com base em questões regulamentares de 1987 — exatamente o que se discutiu na demanda vencida pelo Sport —, estaria sem dúvida contrariando a sentença proferida naquela demanda. Não estaria, torne-se a dizer, afrontando a coisa julgada, mas sim a sentença. Ocorre que a motivação da CBF, como se viu, foi inteiramente diversa. Não há, assim, qualquer burla, direta ou indireta, à sentença. O ato da CBF não melindra minimamente o provimento judicial. A CBF tem ampla autonomia, concedida pela nossa Constituição, para reger os destinos do futebol brasileiro. Tirar a competência da CBF para qualificar torneios, equiparar campeonatos e reconhecer títulos brasileiros é atingir em cheio a Constituição.

Não bastasse, mostra-se altamente duvidosa a possibilidade de o Judiciário repudiar, *a posteriori*, a opção realizada pela CBF. Assim como um ato discricionário do poder público não pode ser devassado pelo

Judiciário, o mesmo se poderia dizer das escolhas razoáveis das entidades desportivas (questão já vistoriada no capítulo nº 9, acima).

Prossiga-se. A diversidade de fundamentação é tão importante que valida o ato da CBF até mesmo na hipótese — recusada enfaticamente pelo nosso trabalho — de a exclusividade reivindicada pelo Sport ter ficado coberta pela coisa julgada.

O caso é inédito e o tema, complexo. Para facilitar a compreensão do que acabou de ser dito, faça-se um paralelo com a hipótese de pluralidade de ações. Imagine-se que a CBF (ou o próprio Flamengo) precisasse ir à Justiça, em face do Sport, para sacramentar o reconhecimento do título de 1987 a favor do Flamengo. Nessa hipótese de necessidade de judicialização (outra hipótese que já descartamos categoricamente, sendo usada agora tão somente para fins de argumentação), pergunta-se: a demanda, tendo como causa de pedir o fato da unificação de títulos, e lastreada juridicamente no princípio da isonomia, poderia prosperar? No que toca à questão da coisa julgada, é evidente que sim. Não haveria, no particular, qualquer impedimento. Estaríamos diante de uma causa de pedir completamente diversa da que apresentou a demanda vencida pelo Sport. A lide seria outra. Não restaria configurada, portanto, a tríplice identidade.

Além disso, na mesma hipótese, *ad argumentandum*, de a exclusividade do Sport ter ficado coberta pela coisa julgada, nem de longe se poderia cogitar da eficácia preclusiva da coisa julgada. Esta diz respeito somente aos fatos que poderiam ter sido deduzidos ao tempo da lide, nunca aos fatos supervenientes. Na época em que tramitou a demanda vencida pelo Sport, a unificação dos títulos não poderia ter sido utilizada como defesa pelos réus, porque só veio a se materializar muitos e muitos anos depois. Em consequência, trata-se de defesa ou fundamento que escapa por completo da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Estamos aplicando, não se deixe de frisar, lições remansosas que figuraram em parte anterior do trabalho. Na voz de Teori Albino Zavascki, “considerando que as normas jurídicas são passíveis de modificação ou de revogação e que os fatos, por natureza, são dinâmicos e mutáveis, todas as sentenças contêm, implicitamente, a cláusula *rebus sic stantibus*: elas mantêm seu efeito vinculante enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático com base nos quais estabeleceram o juízo de certeza”⁸⁰.

80 Teori Albino Zavascki, “Coisa julgada em matéria constitucional...”, cit., p. 565.

Enfim, mesmo na hipótese — aqui não aceita — de os limites objetivos da coisa julgada incluírem a exclusividade postulada pelo Sport, o reconhecimento do título do Flamengo é possível, eis que fundado em motivos bem distintos e, ainda por cima, supervenientes.

Já é tempo de fecharmos este capítulo. Nele, verificamos a ocorrência de fatos supervenientes de indiscutível relevância. Fatos cujas lógica e razão de ser guardam completa autonomia em relação aos fundamentos da demanda intentada pelo Sport.

Note-se que este capítulo complementa e reforça o anterior. Lá falamos de objeto (pedido e dispositivo da sentença). Aqui, de fundamentos. A questão dos fundamentos, como acabou de ser constatado, é igualmente relevante para a resolução da controvérsia. Se pudéssemos expressar em uma equação o presente estudo de caso, ela ficaria assim: limites objetivos da coisa julgada restritos (neles não figurando a exclusividade pretendida pelo Sport) + fatos e fundamentos inteiramente novos (em relação à demanda proposta pelo Sport) = legitimidade do ato que reconheceu o título do Flamengo de 1987 (emitido o ato pela entidade que possui autonomia constitucional para regular o futebol brasileiro).

Em outras palavras, tínhamos verificado que nem coisa julgada houve quanto à exclusividade do título do Sport. A questão ficou em aberto, com mais espaço ainda para o futuro penetrar, validamente. Penetrar e moldar uma nova regulação para a questão do título brasileiro de futebol de 1987. Foi exatamente o que fizeram os fatos supervenientes explorados neste capítulo.

Essa peculiar “cinética” processual elimina qualquer dúvida: mostra-se válido e legítimo o ato da CBF que partilhou o título brasileiro de 1987 entre Sport e Flamengo, não violando a coisa julgada e nem a sentença da demanda intentada pelo Sport junto à Justiça Federal. A CBF não poderia reconhecer o título do Flamengo *no lugar* do Sport; mas podia, sem qualquer problema, reconhecer o Flamengo como campeão de 1987 *ao lado* do Sport.

13. ENCERRAMENTO: RECAPITULAÇÃO DAS IDEIAS PRINCIPAIS

Para a boa compreensão do conjunto, textos mais extensos pedem um resumo das suas ideias principais. É o que passaremos a fazer, associando tais ideias ao capítulo específico em que foram lançadas.

Introdução (1)

- Trata-se de estudo de caso em que a conexão do processo com as pulsações do mundo exterior é vista por um ângulo peculiar, e exibindo uma rara mistura de ingredientes. De um lado, a coisa julgada, instituto de grande complexidade na ciência processual. Do outro, uma das maiores paixões nacionais, o futebol.

A Copa União de 1987 (2)

- O tema do estudo é o título nacional de clubes de 1987, objeto de ruidosa polêmica jurídico-futebolística. O “Módulo Verde” da Copa União — reunindo os times mais tradicionais do Brasil — foi vencido pelo Flamengo. O Sport do Recife conquistou o “Módulo Amarelo”, composto por times sem a mesma expressão. Iniciou-se então uma “guerra de regulamentos”, propiciada pelo momento conturbado por que passava o futebol brasileiro. Pelo regulamento invocado pelo Flamengo, o campeão brasileiro de 1987 seria o vencedor do Módulo Verde. Já o regulamento sustentado pelo Sport previa um “cruzamento” entre os dois melhores do Módulo Verde e os dois melhores do Módulo Amarelo. Contrariando o entendimento do CND – Conselho Nacional de Desportos (à época a entidade máxima dos desportos no país), a CBF – Confederação Brasileira de Futebol confirmou a necessidade do cruzamento. Os dois melhores do Módulo Verde, Flamengo e Internacional, não compareceram aos jogos marcados. Ficaram apenas os dois melhores do Módulo Amarelo, Sport e Guarani, tendo o Sport vencido a disputa.

A demanda intentada pelo Sport Club do Recife (3)

- Em virtude da confusão relativa ao regulamento da Copa União, o Sport intentou ação judicial para ser reconhecido como campeão brasileiro de 1987. No polo passivo figuraram o Flamengo, o Internacional, a CBF e a União Federal (cuja estrutura administrativa abrigava o CND, já extinto). A demanda tramitou na Justiça Federal de Pernambuco e restou vitoriosa. A parte mais significativa do dispositivo da sentença: “(...) concluindo, pois, por determinar seja reconhecido o demandante como Campeão Brasileiro de Futebol Profissional do ano de 1987, pela Confederação Brasileira de Futebol – CBF.”

A superveniência de fatos relevantes (4)

- Mais recentemente, a Confederação Brasileira de Futebol, no bojo de uma iniciativa visando à completa unificação dos títulos brasileiros de clubes — que beneficiou vários times, principalmente o Santos e o Palmeiras —, reconheceu que também o Flamengo deve ser, *ao lado do Sport*, considerado campeão de 1987. No entanto, tal deliberação teve de ser revogada, em acatamento a ordem da Justiça Federal de Pernambuco, dada à guisa de “cumprimento de sentença”. No ato da revogação, ressaltou a CBF que continuava entendendo “que o reconhecimento do título de campeão nacional de 1987 também ao Clube de Regatas do Flamengo não contraria os limites da coisa julgada.”

As principais questões a serem analisadas no caso (5)

- Quais exatamente os limites objetivos da coisa julgada formada no processo vencido pelo Sport Clube do Recife? Só o Sport é o campeão de 1987? Ou há espaço para uma fórmula diversa? Fatos novos podem ter alguma influência sobre a definição do título brasileiro de 1987?

A coisa julgada nos dias atuais: a necessidade de uma leitura suave e a rejeição da “coisa julgada polvo” (6)

- Como qualquer instituto jurídico, a coisa julgada não pode permanecer indiferente ao entorno social e político. Daí resulta que, nos tempos atuais, relativistas e iconoclastas, a coisa julgada não pode mais, se é que já pôde algum dia, ser tratada de maneira hipertrofiada, quase opressiva. Rejeita-se uma coisa julgada que se poderia dizer “pesada” — excessivamente espaçosa e otimista. Em consequência, a leitura da coisa julgada contemporânea há de ser uma leitura mais suave, mais cautelosa.

- É crucial pensar, mais seriamente do que nunca, nos *limites* da coisa julgada. Para que esta continue funcionando legitimamente, em meio a tanta incerteza e velocidade, os seus limites devem ser reforçados em muitas situações. A coisa julgada, insista-se, não pode amordaçar o futuro. Nem aprisionar a vida. Em outros termos, não pode assumir a forma de uma “coisa julgada polvo”, repleta de braços e tentáculos.

Os limites objetivos da coisa julgada (7)

- O tema dos limites objetivos da coisa julgada é muito caro ao almejado equilíbrio entre os valores segurança e liberdade dentro do

processo hodierno. O fenômeno da imunização — provocado pela coisa julgada — é algo extraordinariamente forte dentro das funções estatais, desafiando mecanismos de frenagem. Os limites da coisa julgada têm, ordinariamente, essa nobre missão de controlar o poder estatal de interditar discussões.

- A própria sistemática vigente entre nós já preconiza limites objetivos estreitos para a coisa julgada, até mesmo em prol da segurança jurídica, o grande valor no qual se baseia o instituto da coisa julgada.

Coisa julgada e fatos supervenientes (8)

- Cada vez mais, o direito se preocupa com os fatos. De uma era eminentemente formalista e legalista passamos, no pós-positivismo, a um direito mais tópico e atento às peculiaridades empíricas dos casos concretos. Por conta disso, a força jurígena dos fatos é fenômeno que tem merecido atenção crescente. Todo esse apreço pelos fatos contamina também, como não poderia ser diferente, o plano processual. De resto, a valorização do material fático já é da tradição do sistema processual brasileiro.

- Ao falarmos da relação entre coisa julgada e fatos supervenientes, tocamos em outra importante limitação à contundência da coisa julgada. A superveniência de fatos relevantes, ainda que incidindo sobre um mesmo episódio já levado a juízo, tem o condão de fazer aparecer uma nova demanda, suscetível de provocar uma coisa julgada igualmente nova, inconfundível com qualquer outra. Diz-se mesmo que a força da *res iudicata* se sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*. Também a chamada eficácia preclusiva da coisa julgada, prevista no art. 474 do CPC, concerne unicamente aos fatos que poderiam ter sido deduzidos ao tempo da lide, nunca a fatos supervenientes. Ou seja, o foco principal da coisa julgada é eminentemente retrospectivo, servindo para imunizar eventos pretéritos. A coisa julgada não pode exorbitar do passado. Ela seria excessivamente autoritária se se arvorasse a bloquear, também, a apreciação e a incidência de fatos supervenientes.

O peculiar regime constitucional das questões desportivas (9)

- A Constituição de 1988 prescreveu um regime de larga autonomia não só para as entidades desportivas mas também para a “justiça desportiva”. Dessa forma, ficou refletida no texto constitucional a transcendência cada vez maior do esporte na vida das pessoas e das sociedades.

- Parece razoável que, no campo tipicamente desportivo — demarcado pelo art. 217, § 1º, da Constituição —, os limites da coisa julgada experimentem leitura particularmente restritiva. Assim se evita que área por demais extensa seja atingida pela imunização respectiva, permitindo-se a reconfiguração da matéria, em alguma medida, pelas instâncias desportivas, de acordo com as peculiares necessidades destas.

Conclusão parcial, à vista das premissas examinadas (10)

- À vista das premissas analisadas, pode-se deduzir uma diretriz valiosa, autêntica *regra de ouro*, para conduzir o bom equacionamento do caso concreto. A saber: havendo qualquer dúvida, devem-se restringir, nunca ampliar, os limites da imunização imposta pela coisa julgada.

Voltando ao caso concreto: os limites objetivos da coisa julgada (11)

- Dos vários pedidos feitos pelo Sport na demanda por ele vencida na Justiça Federal de Pernambuco — alguns até redundantes —, nenhum explicitava pretensão de exclusividade no tocante ao título de 1987. Congruentemente, tal exclusividade não foi positivada pelo dispositivo da respectiva sentença, afigurando-se revelador que esta não tenha usado os termos “o” campeão ou “único” campeão (aliás, é igualmente significativo que o termo “único” só tenha aparecido na recente decisão de “cumprimento de sentença”, proferida mais de 12 anos após o trânsito em julgado). Além disso, não foi pedido, e nem figurou no dispositivo da sentença, qualquer declaração no sentido de que a conquista da Copa União seria a única forma de se obter a qualificação de campeão brasileiro de 1987.

- Nos termos do art. 293 do CPC, devem ser interpretados “restritivamente” os pedidos, o mesmo se passando com a resposta judicial ao pedido, materializada no dispositivo da sentença. Claro. Se os pedidos devem ser interpretados restritivamente, com muito mais razão o dispositivo — sobretudo para fins de coisa julgada — há de merecer a mesma interpretação.

- A exclusividade do título do Sport poderia ser inferida, no máximo, da motivação da demanda intentada pelo clube pernambucano, coisa que não tem a menor chance de alcançar a autoridade da coisa julgada (CPC, art. 469). Ainda que a causa de pedir sirva para esclarecer o objeto litigioso

do processo, ela jamais vai ter o condão de suprir o que deveria ter sido expressamente pedido e não foi (tanto assim que no atual sistema pátrio há a previsão da ação declaratória incidental — CPC, arts. 5º, 325 e 470). Tal desvio produziria grave ofensa ao princípio da demanda, conspirando ainda contra a função garantística dos limites da coisa julgada, muito encapecida por este ensaio.

- Não tendo sido pedida a exclusividade pelo Sport, não houve sequer ação a respeito. O próprio conflito que foi judicializado ignorava por completo o dilema da exclusividade vs. concomitância de campeões. Esse dilema só apareceu muito tempo depois. Sem que houvesse pedido e ação sobre a questão da exclusividade — e sem que o dilema da exclusividade vs. concomitância fosse levado ao Judiciário —, era mesmo impossível que sobre a questão incidisse a imunização própria da coisa julgada.

- Admitir que a autoridade da coisa julgada possa recair sobre pretensões não expressamente deduzidas é atentar, de modo paradoxal, contra a própria segurança jurídica, o grande valor que informa o instituto da coisa julgada. Sem dúvida, a admissão de coisas julgadas implícitas propicia enorme insegurança e, no seu bojo, favorece tremendamente, nesse tema tão decisivo, doses elevadas de voluntarismo judicial. É realmente um paradoxo sem tamanho: insegurança fomentada pelo instituto, logo ele, que deveria ser o baluarte maior da segurança no reino processual.

- O caso é primoroso para se perceber a significação axiológica da coisa julgada. Quando a lei impõe limites à coisa julgada, há uma clara opção valorativa que está sendo realizada, em prol da contenção do poder estatal e também em favor da segurança jurídica. Assim, não é a mera sintaxe que determina a estreiteza dos limites objetivos da coisa julgada formada no processo vencido pelo Sport. São razões bem mais transcendentais. Não raro, conforme lições clássicas, é na forma e na literalidade que a liberdade vai encontrar as suas maiores amigas.

- Acaso ainda tenha restado alguma dúvida, vários fatores desenvolvidos no trabalho podem ser invocados para desempatar de uma vez por todas a controvérsia. Quais sejam: a) uma leitura contemporânea da coisa julgada, atenta a valores de alta densidade nos dias que correm; b) a ambiência material do caso, considerada a ampla autonomia concedida pela nossa Constituição ao setor desportivo; e c) os contornos do caso

concreto, um caso complexo e *sui generis*, a ponto de merecer decisões antagônicas da autoridade desportiva (CND) e da justiça estatal. Tudo isso leva ao reforço dos limites da coisa julgada, evitando o esmagamento de debates que se façam indispensáveis no futuro. É, enfim, a aplicação da “regra de ouro” formulada para o equacionamento do caso: havendo qualquer dúvida, devem-se restringir, nunca ampliar, os limites da imunização imposta pela coisa julgada. Aplicada essa diretriz restritiva, mais firme ainda fica o repúdio à coisa julgada implícita.

Os fatos novos e sua influência no deslinde do caso (12)

- A chamada unificação dos títulos brasileiros de clubes realizada pela CBF — que em um segundo momento beneficiou o Flamengo — visou ao encerramento definitivo das recorrentes controvérsias que havia em nosso futebol acerca dos ganhadores de títulos nacionais. O que se quis, assumidamente, foi “passar a limpo” a história dos campeonatos brasileiros, agora que eles já atingiram estabilidade e solidez (como ocorre nas grandes ligas europeias). Vários times foram favorecidos pela unificação, sobretudo Santos e Palmeiras, alterando-se sensivelmente o *ranking* dos títulos do futebol brasileiro. Caso não fosse alcançado o Flamengo, vencedor do Módulo Verde de 1987, haveria fundada suspeita de agressão ao princípio isonômico.

- A ampla unificação promovida pela CBF, dentro da sua autonomia constitucional, nenhum parentesco tem com a demanda vencida pelo Sport. São contextos completamente distintos, enraizados em momentos históricos igualmente díspares. A demanda judicial discutiu aspectos regulamentares da confusa Copa União de 1987. Colheu pois o individual, o particular. Já o ato de unificação, em sintonia inteiramente diversa, ignorou conflitos regulamentares pontuais, fixando-se em uma problemática geral e abrangente do futebol brasileiro. Mirou o conjunto, o coletivo. São polos muito distantes. Se por hipótese o ato da CBF carecesse de judicialização — e não carece —, teríamos uma nova causa de pedir, inequivocamente dissociada da causa veiculada na demanda proposta pelo Sport.

- Portanto, não há nada na unificação de títulos efetuada pela CBF que a possa indispor com a sentença proferida na demanda intentada pelo Sport. Além de o ato da CBF observar os limites objetivos da coisa

julgada — dentro dos quais não se incluíram nem a exclusividade do Sport nem a declaração de que a conquista da Copa União seria a única forma de se obter a qualificação de campeão brasileiro de 1987 —, os motivos que inspiraram a CBF guardam completa autonomia em relação aos fundamentos da sentença favorável ao Sport. São atos que ocupam dimensões paralelas, sem nenhuma chance de interferência recíproca. Definitivamente: não houve violação à coisa julgada existente nem desrespeito à sentença respectiva (lembrando que a noção de autoridade da coisa julgada não se confunde com a de eficácia da sentença).

- Resumindo ao máximo, o Sport é campeão brasileiro de 1987, esta sim uma situação coberta pela coisa julgada e perfeitamente consolidada. Mas não restou imunizada qualquer exclusividade do Sport. Em decorrência, permaneceu em aberto a possibilidade de uma nova regulação para o assunto. Essa peculiar “cinética” processual serve para eliminar qualquer dúvida a respeito da legitimidade do compartilhamento, entre Sport e Flamengo, do título de 1987. A CBF não poderia reconhecer o título do Flamengo *no lugar* do Sport; mas podia, sem qualquer problema, reconhecer o Flamengo como campeão de 1987 *ao lado* do Sport.

- Se pudéssemos expressar em uma sentença matemática o presente estudo de caso, ela ficaria assim: limites objetivos da coisa julgada restritos (neles não figurando a exclusividade pretendida pelo Sport) + fatos e fundamentos inteiramente novos (em relação à demanda proposta pelo Sport) = legitimidade plena do ato que reconheceu o título do Flamengo de 1987 (emitido o ato pela entidade que possui autonomia constitucional para regular o futebol brasileiro).

Encerre-se, finalmente. Além de interessar aos aficionados por futebol, o caso do título brasileiro de 1987 é muito rico para o direito processual. Numa situação absolutamente inédita, a dogmática da coisa julgada é chamada a intervir. Considerando os contornos do caso concreto e os valores em jogo — ingredientes fundamentais na processualística atual, eminentemente tópica e valorativa —, perseguimos, ao longo do estudo, um árduo troféu. Qual seja: em meio a tanta complexidade, chegar a uma aplicação equilibrada do instituto da coisa julgada, à luz da normativa constitucional e dos imperativos do tempo presente. ❖

14. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSAF, Roberto. **História completa do Brasileiro** – 1971/2009. Rio de Janeiro: Lance, 2009.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

BARCELOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. "O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro". In Luís Roberto Barroso (organizador). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro". **Revista da EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, nº 15, 2001.

_____. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil". **Revista da EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, nº 33, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BOGDAN. "A justiça desportiva e o Poder Judiciário: uma análise à luz do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional". Monografia de final de curso apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina, 2009 (<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos> - acesso em 30/06/11).

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual**. V. I. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. V. 1. 9. ed. Salvador, Juspodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. "O conceito de mérito em processo civil". *In Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 4. ed. Revisão e atualização de Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Instituições de direito processual civil**. V. II. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. "Relativizar a coisa julgada material". **Revista de Processo**, nº 109, jan./mar. 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa**. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. V. I. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

_____. **Instituições de processo civil**. V. II. Rio de Janeiro, Forense, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer com a seguinte ementa: "Coisa julgada. Limites objetivos. Objeto do processo. Pedido e causa de pedir. Trânsito em julgado de sentença de improcedência de ação de nulidade de escritura pública de reconhecimento de filiação. Possibilidade de ajuizamento

de ação declaratória de inexistência de relação de filiação, fundada em ausência de vínculo biológico". **Revista Forense**, nº 353, jan./fev. 2001.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido: o direito superveniente**. São Paulo: Método, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. "Limites objetivos da coisa julgada (comentários ao julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Agravo de Petição nº 11.227)". **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. II, fascículo II, out. 1945.

_____. **Eficácia e autoridade da sentença**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Notas de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. "A inafastabilidade do controle jurisdicional e suas exceções – estudo quanto à aplicação do tema à justiça desportiva no âmbito do futebol". **Revista de Processo**, nº 31, jul./set. 1983.

_____. "As lides de natureza desportiva em face da justiça comum: uma contribuição para a superação das dificuldades daí resultantes". **Revista dos Tribunais**, nº 631, maio 1988.

MELO FILHO, Álvaro. "Do contencioso desportivo: sugestão *de lege ferenda*". **Revista Forense**, nº 290, abr./jun. 1985.

MIRANDA, Martinho Neves. **O direito no desporto**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MITIDIERO, Daniel Francisco. "Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva". **Revista Forense**, nº 388, nov./dez. 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Coisa julgada e declaração". **In Temas de direito processual: primeira série**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. "Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil". **In Temas de direito processual: primeira série**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. "A eficácia preclusiva da coisa julgada no sistema do processo civil brasileiro". In **Temas de direito processual**: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. "Considerações sobre a chamada *relativização* da coisa julgada". In **Temas de direito processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (coordenador). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTO, Sérgio Gilberto. "Cidadania processual e relativização da coisa julgada". **Revista de Processo**, nº 112, out./dez. 2003.

RAMOS, Rafael Teixeira. "Justiça desportiva brasileira: natureza, relação com o Poder Judiciário e os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos". **Revista Brasileira de Direito Desportivo**, nº 13, jan./jun. 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUSA, José Augusto Garcia de. "Em defesa dos embargos infringentes: reflexões sobre os rumos da grande reforma processual". **Revista Forense**, nº 410, jul./ago. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TALAMINI, Eduardo. "A coisa julgada no tempo (os limites *temporais* da coisa julgada)". **Revista Jurídica**, nº 354, abr. 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. "Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado". *In* Cláudio Belmonte e Plínio Melgaré (coordenadores.). **O direito na sociedade contemporânea: estudos em homenagem ao Ministro José Néri da Silveira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

O Termo Inicial da Prescrição da Ação de Sonogados e Algumas Questões Práticas de Ordem Processual e Material¹

Leonardo de Faria Beraldo

Advogado em Belo Horizonte. Mestre em Direito pela PUC Minas. Especialista em Processo Civil. Professor em cursos de graduação e pós-graduação de Direito Civil e Processual Civil. Diretor-Secretário e Professor da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Presidente da Comissão Especial da OAB/MG encarregada do estudo do projeto de lei do novo CPC.

1. INTRODUÇÃO

Um dos temas mais fascinantes no Direito é o estudo da prescrição, haja vista o grande número de questões controvertidas que podem ser debatidas.

Neste trabalho, pretendemos analisar e revisitar, basicamente, duas questões. A primeira é o termo inicial do prazo prescricional, e, a segunda, qual seria a o prazo de prescrição para a ação de sonogados prevista no art. 1.996 do nosso Código Civil (CC/2002).² Antes de apresentarmos as nossas conclusões, daremos um voo geral sobre alguns ordenamentos jurídicos para verificarmos como é que o tema vem sendo debatido.

E, claro, não poderíamos deixar também de comentarmos alguns pontos processuais e materiais atinentes à ação de sonogados, tais como

1 Para maior aprofundamento sobre outras questões pontuais acerca da prescrição em geral, consulte-se: BERALDO, Leonardo de Faria. "Ensaio sobre alguns pontos controvertidos acerca da prescrição no direito brasileiro". In: **Prescrição no Código Civil**. 3ª ed. Mirna Cianci. (org.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 252-284; CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. **Da prescrição e da decadência**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. III, t. II. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

2 "Art. 1.996. Só se pode arguir de sonogação o inventariante depois de encerrada a descrição dos bens, com a declaração, por ele feita, de não existirem outros por inventariar e partir, assim como arguir o herdeiro, depois de declarar-se no inventário que não os possui".

legitimidade *ad causam*, litisconsórcio, pedido, sanção, requisitos, pedido, competência, prescrição e o seu termo inicial, etc.

2. O TRATAMENTO DA PRESCRIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O CC/2002 pôs fim à velha discussão que existia no Direito Civil e, de maneira muito simples, inseriu todos os prazos prescricionais nos arts. 205 e 206. O rol dos prazos prescricionais que constam do art. 206 é taxativo, por conseguinte, o prazo prescricional de todas as demais situações que não estejam elencadas ali ou em lei especial é de 10 anos, *ex vi* o art. 205 do CC/2002. Todos os demais prazos mencionados no CC/2002, seja na sua parte geral, seja na sua parte especial, são decadenciais. Mas qual seria o *dies a quo* desses prazos prescricionais?

Há, contudo, outros dispositivos legais que regulam essa categoria jurídica como um todo, versando, por exemplo, sobre as causas de impedimento, interrupção e suspensão da prescrição. Estamos nos referindo aos arts. 189 a 204 do CC/2002. A propósito, encontramos no escólio de JOÃO FRANZEN DE LIMA estes conceitos de maneira bastante precisa e clara: “*impedimento* é a consequência de uma daquelas causas que obstam o começo da prescrição. Existindo uma dessas causas, a prescrição não começa a correr. *Suspensão* é a paralização temporária do curso da prescrição, quando sobrevém uma dessas causas que impedem o seu curso, o qual continuará logo que desapareça a causa, domando-se os dois períodos. *Interrupção* é a anulação do tempo já decorrido, que recomeçará a correr, por inteiro, da data do ato interruptivo, ou do último ato, quando este se desdobra em vários”.³

O art. 189 do CC/2002 tem uma redação bastante importante, pois especifica, claramente, como é que incide a prescrição: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Vê-se, portanto, que o CC/2002 acabou com a ideia de que com a prescrição haveria a perda da ação. Não, este raciocínio é ultrapassado. A prescrição afeta a pretensão. A ação, que tem natureza processual e resguardo constitucional, é autônoma e abstrata em relação ao direito material. Assim, tem-se que o direito persiste, porém, debilitado. Tanto isso é verdade que, quem recebe pagamento de dívida prescrita, não está obrigado a devolver (art. 882 do CC/2002),

3 LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, n. 468, p. 371.

ao contrário do pagamento indevido, que deve ser repetido (art. 876 do CC/2002).

Destarte, violado o direito, seja por ação, seja por omissão, nasce para a vítima a pretensão, que pode ser conceituada como sendo o poder ou o direito de se exigir da pessoa que violou o direito a sua reparação ou uma prestação qualquer. E, apenas ratificando, é esta pretensão que está submetida à prescrição. Esta, por sua vez, pode ser definida como um fato jurídico que neutraliza a eficácia da pretensão.

Tanto a exceção (art. 190 do CC/2002) quanto o cumprimento de sentença e a execução (Súmula n. 150 do STF) prescrevem no mesmo prazo da pretensão. Desse modo, se X tem um crédito em relação a Z e este demanda aquele por uma outra dívida, pode X manejar a exceção de compensação, desde que o crédito que dela advém ainda não esteja prescrito. O mesmo vale para o cumprimento de sentença, que deve ser proposto dentro do prazo prescricional da ação de conhecimento, tendo como termo inicial a data do trânsito em julgado.

Muito se debate sobre a *natureza jurídica* da prescrição, havendo, pelos menos, quatro respostas: ato-fato jurídico, ato jurídico *stricto sensu*, fato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico unilateral. Como isso não é objeto do nosso estudo, deixaremos para dissertar sobre a sua complexa natureza numa outra oportunidade.

Por fim, vale registrar que *o fundamento da prescrição é a preservação da segurança jurídica*, ou seja, é conveniente para a sociedade que os titulares de direitos violados tenham um determinado prazo para buscar a prestação jurisdicional, evitando-se, com isso, que fatos ocorridos há décadas, ou mesmo longos anos, possam ser trazidos à tona. O tempo faz com que as pessoas esqueçam-se dos eventos danosos e destrói provas, razão pela qual é necessário consolidar situações jurídicas, mesmo que possam criar alguma injustiça. A prescrição é indispensável à estabilidade e consolidação de todos os direitos, justificando-se sua existência pela necessidade de ordem, paz e segurança jurídica. O seu grande fundamento, portanto, é a proteção da ordem social.

3. O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Neste tópico cuidaremos apenas de analisar, rapidamente, como vem sendo tratado o tema da prescrição e o seu *dies a quo* no Direito comparado.

3.1. Direito Alemão

O Código Civil alemão, mais conhecido como *BGB*, passou por uma reforma no ano de 2001 e o seu § 199, (1), possui dois requisitos, cumulativos, para se chegar ao termo inicial da prescrição: “(1) O prazo geral de prescrição começa com o fim do ano em que 1. a pretensão tenha nascido, e 2. o credor tenha tido conhecimento das circunstâncias que fundamentam a pretensão e da pessoa do devedor ou bem deveria ter tido conhecimento deles sem grave negligência”.

Disso, pode-se se extrair pelo menos três importantes conclusões. A primeira é a de que o *BGB*, ao regular a regra geral da prescrição, adotou o chamado sistema subjetivo, no qual se leva em consideração o conhecimento da vítima ou credor, do ilícito, para se iniciar a contagem do prazo prescricional. A segunda é a de que outros prazos prescricionais especiais existem no Código. A terceira é a de que não se admite o desconhecimento do surgimento da pretensão por negligência grave da vítima ou credor.

Outro dispositivo legal que deve ser citado é o § 852:

“si el obligado al resarcimiento ha obtenido por un acto algo a costa del perjudicado, está también obligado, incluso tras la consumación de la prescripción de la pretensión al resarcimiento del daño causado por un acto ilícito, a la restitución según las disposiciones sobre restitución de un enriquecimiento injustificado. Esta pretensión prescribe a los diez años desde su nacimiento e, sin considerar el nacimiento, a los treinta años desde la comisión del acto lesivo u outro acontecimiento desencadenante del daño”.

Este artigo, que está dentro do capítulo do *BGB* que regula os atos ilícitos, aplica-se às ações de ressarcimento ou reparação. Vejam que o *dies a quo* do prazo prescricional de dez anos é o dia em que o ilícito ocorreu, no entanto, caso a vítima não tenha conhecimento do dano imediatamente, esse prazo somente terá início com a ciência desta, desde que não se ultrapassem 30 anos contados da data do fato. É também uma regra interessante, pois, se de um lado, não se está sendo insensato em exigir que a vítima tenha conhecimento imediato de todo e qualquer dano à sua volta, por outro foi estabelecido um *dies ad quem* para a prescrição, o que traz uma certa dose de segurança jurídica.

3.2. Direito Argentino

No Direito argentino cumpre-nos, inicialmente, transcrever os seguintes artigos do Código Civil. São eles: o art. 3.956 do seu Código Civil: *“la prescripción de las acciones personales, lleven o no intereses, comienza a correr desde la fecha del título de la obligación”*; e o art. 4.037: *“prescribese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual”*.

No tocante ao art. 3.956, não há qualquer problema. O termo inicial é a data que consta do título da obrigação, e, pendendo condição suspensiva, por exemplo, somente dar-se-á início após o seu implemento.

Já com relação ao art. 4.037, numa simples leitura se percebe que não há nenhuma menção ao *dies a quo* do prazo de prescrição para a ação de reparação de danos em decorrência de ilícito extracontratual.

Diante disso, o jurista ALBERTO G. SPOTA, reconhecendo a má redação do art. 4.037, afirma que, segundo a doutrina majoritária, o termo inicial da prescrição nessas hipóteses seria marcado pelo ato ilícito, todavia, diz que essa regra deve ser temperada de acordo com as particularidades do caso concreto.⁴ Em seguida, aduz que o dia em que a vítima teve conhecimento do ilícito perpetrado também poderia ser o *dies a quo* do prazo prescricional, no entanto, chegar-se-ia a resultados negativos se tal regra fosse aplicada à risca, *v.g.*, dificuldades em se apurar, depois de muito tempo, quais foram os reais danos em face daquele ato ilícito específico, bem como o responsável direto por ele.⁵ Deste modo, para o autor, assim que o dano ou um ato exterior que o possa causar exsurgir, começará a correr o prazo de prescrição.⁶ Continuando seu raciocínio, ele parece chegar a uma regra que é intermediária. Portanto, o termo inicial do prazo de prescrição da vítima em ação de responsabilidade civil aquiliana terá início (i) não a partir do ilícito praticado, (ii) nem a contar do dia em que teve conhecimento do dano, (iii) mas sim desde o momento em que a vítima deveria ter conhecimento do dano.⁷

O doutrinador já citado ainda aduz que *“el principio enunciado no depende, en su aplicación, del conocimiento que se tenga del derecho ya*

4 Cf. SPOTA, Alberto G. **Prescripción e caducidad**. t. II. 2ª ed. Atualizada por Luis F. P. Leiva Fernandez. Buenos Aires: La Ley, 2009, n. 206, p. 246.

5 Cf. SPOTA, Alberto G. **Prescripción e caducidad**. t. II, n. 206, p. 246-247.

6 Cf. SPOTA, Alberto G. **Prescripción e caducidad**. t. II, n. 206, p. 247.

7 Cf. SPOTA, Alberto G. **Prescripción e caducidad**. t. II, n. 206, p. 247.

nacido. Sin embargo, por excepción la ley considera, en ciertos supuestos, que el nacimiento de la pretensión demandable se remonta hasta el día en que se conoció el estado de cosas que es el supuesto de hecho del derecho, a menos que la ignorancia provenga de una negligencia culpable”.⁸ Os exemplos citados por ele nos quais a prescrição começaria a correr apenas do conhecimento do fato são: (i) as pretensões para impugnação do negócio jurídico por dolo, erro, falsa causa ou fraude contra credores e (ii) a ação de reparação civil por danos causados ao meio ambiente.⁹

No tocante à jurisprudência, o argentino ALBERTO G. SPOTA informa que ela já se consolidou, citando, para comprovar sua afirmativa, diversos precedentes no seguinte sentido: *“el dies a quo dela prescripción corre, sea desde que el acto ilícito cometió si el damnificado tuvo ‘intervención’ el el y pudo apreciar el perjuicio, sea desde que lo conoció o comprendió el alcance del daño padecido”*.¹⁰

Veja-se, então, que a jurisprudência argentina fixou duas circunstâncias fáticas distintas e, para cada uma delas, o termo inicial da prescrição será diferente. Quando a vítima tiver participado ou intervindo no evento, conta-se a partir do ato ilícito. Por outro lado, se a vítima não teve ciência imediata do ilícito e do prejuízo sofrido, conta-se a partir do instante em que ela tomou conhecimento ou compreendeu a extensão dos danos. Apenas a título exemplificativo, se Juan for atropelado por Maria, o termo inicial da prescrição será a partir do momento em que teve alta do hospital. Caso ocorra *overbooking*, fazendo com que Rafael perca seu voo, naquele instante nasceu para ele a pretensão indenizatória.

A nosso ver, essa regra intermediária é, sem dúvida, a mais justa e coerente de todas, e esperamos continue a ser utilizada.

3.3. Direito Espanhol

Do Código Civil espanhol vamos extrair três artigos. No primeiro, o art. 1.968, 2, tira-se que prescreve em um ano *“la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado”*. O outro é o art. 1.969, e dispõe que *“el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición*

8 SPOTA, Alberto G. *Prescripción e caducidad*. t. I, n. 68, p. 266.

9 Cf. SPOTA, Alberto G. *Prescripción e caducidad*. t. I, n. 68, p. 267.

10 SPOTA, Alberto G. *Prescripción e caducidad*. t. II, n. 206, p. 248.

especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse". Por fim, nos termos do art. 1.963 do Código, "*las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años*".

O que se deve entender, então, por "se contará desde o dia em que puder exercê-la"? E o que significa "desde que souber o ofendido"?

Para LUÍS DIEZ-PICAZO, "*el desconocimiento del titular del derecho respecto a la posibilidad de ejercicio tampoco debe, por regla general, ser tomado en consideración*".¹¹ Para ele, deixar o conhecimento do fato como gerador do termo inicial do prazo prescricional é exceção, mas defende a ideia de que "*as ações indenizatórias começam a prescrever desde o momento do conhecimento do dano*".¹²

Em sentido contrário, FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ acredita que é preciso "*que su titular tenga, en primer lugar, no sólo la posibilidad objetiva (por razón de la situación jurídica del derecho o de la pretensión con abstracción de su titular) de ejercicio o de la conservación, sino una posibilidad efectiva personal (es él quien debe actuar para que no se le impute una voluntaria inactividad, a efectos prescriptivos), lo que requiere de entrada, un conocimiento cierto, con datos suficientes de aquella objetiva posibilidad, ya que si no lo conoce nada puede hacer*".¹³ O mesmo doutrinador arremata seu raciocínio asseverando que "*conocimiento efectivo o, en algún caso, cognoscibilidad razonable de tal posibilidad de ejercicio. Y si el derecho o pretensión tiene un tiempo (plazo) determinado de ejercicio, como forma parte de su esquema funcional el hacerlo valer en el momento que el titular quiera dentro de ese tiempo, el plazo no puede empezar a correr (deberá quedar detenido) hasta tanto el titular tenga aquel conocimiento cumplido y suficiente o la posibilidad razonable (con la oportuna diligencia) de conocerlo*".¹⁴

Com efeito, vê-se que o primeiro autor espanhol acredita que o *dies a quo* deve ser a partir da ocorrência do fato, mas traz algumas exceções, como nas ações de indenização, em que o termo inicial é apenas a partir do conhecimento do dano. Já para o segundo jurista, o prazo prescricional só começa a correr com o efetivo conhecimento da existência do direito que pode ser exercitado.

11 DÍEZ-PICAZO, Luis. **La prescripción extintiva**. 2ª ed. Pamplona: Thomson-Civitas, 2007, p. 132.

12 DÍEZ-PICAZO, Luis. **La prescripción extintiva**, p. 135.

13 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. **La suspensión de la prescripción en el Código Civil español**. Madrid: Dykinson, 2002, p. 122.

14 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. **La suspensión de la prescripción en el Código Civil español**, p. 122.

Na jurisprudência do Tribunal Supremo de España (TS), podemos verificar que o entendimento pacífico é de que o *dies a quo* do prazo de prescrição inicia-se apenas com o conhecimento do fato.

No primeiro caso, há uma frase que muito nos chamou a atenção, em que se fala que, havendo dúvida sobre o termo inicial da prescrição, deve-se decidir em favor da vítima, e em prejuízo do autor do dano. *“En el extremo relativo al término inicial del cómputo a partir del cual ha de iniciarse el cómputo del plazo correspondiente, de forma que la indeterminación de ese día inicial o las dudas que sobre el particular puedan surgir no deben en principio resolverse en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado, sino... en perjuicio de aquella otra que pretende su extinción... sobre la que efectivamente pesa la carga probatoria de los hechos impositivos o extintivos del derecho en litigio (S. de 10-III-89), y que la alegación de prescripción comporta para quien la opone demostrar cuál es el día inicial del cómputo (cualquiera que sea el aplicable)”*.¹⁵

Nesse segundo julgado, decidiu-se que o prazo prescricional só se inicial numa ação de indenização, quando se tiver ciência plena de toda a extensão dos danos causados, bem como do tratamento existente, pois, somente nesse momento, será sabido o *quantum* a que a vítima tem direito. *“La jurisprudencia, como señala la recurrente en el segundo de los submotivos, ha matizado dicha regla del artículo 1.968.2º en el caso de que los daños hayan sido causados por comportamientos continuados o permanentes (Sentencias de 12 de diciembre de 1.980, 12 de febrero de 1.981, 6 de mayo de 1.985, 17 de marzo de 1.986 y 24 de junio de 1.993) y, en particular, en el de lesiones cuya curación o cuyas secuelas no se conozcan plenamente hasta pasado un tiempo (Sentencias de 22 de marzo de 1.985, 13 de septiembre de 1.985, 6 de mayo de 1.985, 17 de marzo de 1.986, 8 de octubre de 1.988, 11 de junio de 1.989, 3 de abril de 1.991, 24 de junio de 1.993 y 14 de febrero de 1.994), exigiendo, en tales supuestos y para el inicio del plazo, una verificación total de los daños producidos (con el alta médica si se trata de lesiones), al entender que sólo en ese momento el perjudicado está en condiciones de valorar en su conjunto las consecuencias dañosas y de cifrar el importe de las indemnizaciones que puede reclamar*

15 Tribunal Supremo de Espanha, Sala Primeira de Civil, Recurso n. 1889/1998, Rel. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares, j. 21/05/2004.

(La Sentencia de 21 de abril de 1.986 , segunda Sentencia, se refirió a una ‘situación jurídica de aptitud plena para el ejercicio de las acciones’).¹⁶

No terceiro aresto, o TS simplesmente confirmou o que dispõe o art. 1.968, 2, do Código Civil espanhol, isto é, na ação de reparação de danos o dia de início da prescrição será o momento em que a vítima tiver conhecimento do ocorrido. *“El artículo 1968.2 del Código Civil sustituye, conforme a un criterio subjetivo, La referencia a la posibilidad abstracta de ejercicio contenida en el artículo 1.969, por una posibilidad em concreto, de modo que señala, como día inicial de la prescripción de lãs acciones para exigir responsabilidad por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, aquel en ‘que lo supo el agraviado’”*.¹⁷

Novamente, em se tratando de ação de reparação de danos, em que a vítima teve que ficar internada em hospital por determinado lapso temporal, ficou resolvido que o prazo prescricional começará a correr apenas quando a mesma receber alta médica. *“Esta Sala tiene declarado que la prescripción de la acción para reclamar por secuelas se inicia com la determinación de su alcance o de los defectos permanentes originados, pues hasta que no se determina ese alcance no puede reclamarse por ellas (SSTS de 20 de mayo de 2009, 14 de julio de 2008 y 13 de julio de 2003). El conocimiento del daño sufrido que ha de determinar el comienzo del plazo de prescripción lo tiene el perjudicado al producirse el alta, en la medida que en esta fecha se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas o, lo que es igual, se determina en toda su dimensión el daño personal y los conceptos indemnizables (SSTS, de Pleno, de 17 de abril de 2007, RC nº 2908/2001 y de 17 de abril de 2007, RC nº 2598/2002, así como SSTS de 7 de mayo de 2009, RC nº 220/2005; 9 de julio de 2008, RC nº 1927/2002; de 10 de julio 2008, RC nº 1634/2002; de 10 de julio de 2008, RC nº 2541/2003; de 23 de julio de 2008, RC nº 1793/2004; de 18 de septiembre de 2008, RC nº 838/2004 y de 30 de octubre de 2008, RC nº 296/2004 , las cuales, al referirse a la distinción entre sistema legal aplicable para la determinación del daño y cuantificación económica del mismo*

¹⁶ Tribunal Supremo de Espanha, STS 1757/2005, Recurso n. 3934/1998, Rel. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, j. 21/03/2005. No mesmo sentido: Tribunal Supremo de Espanha, STS 6540/2005, Recurso n. 1098/1999, Rel. Rafael Ruiz De La Cuesta Cascajares, j. 27/10/2005.

¹⁷ Tribunal Supremo de Espanha, STS 659/2007, Recurso n. 274/2000, Rel. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, j. 13/02/2007.

refrendan el criterio de que el daño queda concretado, como regla general, con el alta médica, y que esto obliga a valorarlo con arreglo a las cuantías actualizadas vigentes para todo el año en que ésta se produjo)".¹⁸

Este é o caso em que se considerou como termo inicial do prazo prescricional para acionar judicialmente o administrador da sociedade não a data em que, formalmente, cessaria o seu mandato, mas sim o dia em que terminou o seu mandato de fato. E, estando ele representando a sociedade em processo judicial, pode-se afirmar que isso significa gestão de fato, nos termos da jurisprudência espanhola, configurando-se, assim, mandato de fato. Disse ainda o relator que a averbação do fim do mandato no Registro Mercantil é requisito apenas para gerar efeitos disso perante terceiros, e que a sociedade não pode ser considerada um terceiro, pois sempre soube que seu mandato já havia acabado, e, mesmo assim, permitiu que ele continuasse a desempenhar as suas funções.¹⁹

Diante de tudo o que foi dito, podemos verificar que, na Espanha, tem-se entendido que o termo inicial do prazo prescricional inicia-se apenas quando a vítima tiver real ciência da existência do fato gerador da pretensão.

3.4. Direito Francês

Em França, deve-se chamar a atenção para dois dispositivos legais do *Code Civil des Français*. O art. 2.270-1 dispõe que: *"las acciones de responsabilidad civil extracontractual prescriben a los diez años a partir de la manifestación del daño o de su agravación"*. Esse artigo foi inserido no Código Civil francês apenas no ano de 1985. E o art. 2.262 determina que *"todas las acciones, tanto reales como personales, prescriben a los treinta años sin que quien alegue la prescripción esté obligado a presentar un título o que se pueda oponer contra él la excepción deducida de la mala fe"*.

Os renomados PLANIOL E RIPERT, há algumas décadas atrás, escreveram que *"el momento exacto en que comienza a contarse el término prescriptivo es, en principio, el día en que queda expedito el camino a la acción judicial y en que el acreedor empieza a poder entablarla. [...] Creemos más justo establecer una relación entre el comienzo de la*

¹⁸ Tribunal Supremo de Espanha, STS 2890/2010, Recurso n. 764/2006, Rel. Juan Antonio Xiol Rios, j. 26/05/2010.

¹⁹ Tribunal Supremo de Espanha, STS 2224/2009, Recurso n. 1504/2004, Rel. Juan Antonio Xiol Rios, j. 14/04/2009. Como era muito grande a parte do acórdão que explicava tudo isso, achamos melhor citar apenas a fonte.

*prescripción y el nacimiento del derecho a entablar la acción judicial. El plazo dado para la prescripción debe ser un término útil en cuanto al ejercicio de la acción; no puede reprocharse al acreedor el no haber actuado en una época en que todavía no tenía derecho a hacerlo; de no ser así, pudiera darse el caso de perderse el derecho antes de haberlo podido ejercitar”.*²⁰

No mesmo Código encontramos alguns casos em que a prescrição começa a correr apenas a partir do momento em que se tem conhecimento do fato.²¹

Finalizamos deixando uma pergunta ao leitor: o que será que o art. 2.270-1 quis dizer quando fala em “a partir da manifestação do dano ou de seu agravamento”? O prazo começa a correr da ocorrência ou do conhecimento, pela vítima, de sua ocorrência ou de seu agravamento?

3.5. Direito Italiano

No Código Civil italiano há três dispositivos legais que queremos destacar. O primeiro é o art. 2.935 e traz a regra geral sobre o termo inicial da prescrição.²² O segundo é o art. 2.941, 8, que trata de uma das hipóteses da suspensão da prescrição.²³ O terceiro é o art. 2.947, que regula o prazo prescricional para a reparação civil e o seu termo inicial.²⁴

Na doutrina, podemos destacar as seguintes correntes:

MASSIMO OTTOLENGUI cita entendimento (com o qual parece não concordar) de que, caso o dano decorra de ilícito que é praticado dia a dia, deve o prazo prescricional iniciar-se quando da cessação da ilicitude, não obstante seja possível tomar medidas judiciais antes disso. E ele dá como

20 PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge. *Tratado practico de derecho civil francés*, t. VII. Traduzido do francês para o espanhol por Mario Díaz Cruz. Habana: Cultural S/A, 1945, n. 1.352, p. 691.

21 Art. 316: “El marido debe presentar la acción de denegación de la paternidad dentro de los seis meses desde el nacimiento, cuando se encuentre en el lugar. Si no estuviera en el lugar, dentro de los seis meses desde su regreso. Y dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento del fraude, si el nacimiento del hijo le hubiera sido ocultado”.

Art. 416: “La acción de nulidad podrá ser ejercida por el tutor, el protutor, los miembros del consejo de familia o por el ministerio público dentro de los dos años siguientes a la deliberación, así como por el pupilo que alcanzara la mayoría de edad o se emancipara, dentro de los dos años desde su mayoría de edad o emancipación. La prescripción solo empezará a contar si hubiera habido dolo o fraude desde que se descubrió el hecho”.

22 Art. 2.935: “La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere”. Tradução nossa: “A prescrição começa a correr a partir do dia em que se pode reivindicar o direito”.

23 Art. 2.941, 8: “La prescrizione rimane sospesa: 8. tra il debitore che ha dolosamente occultato l’esistenza del debito e il creditore, finché il dolo non sia stato scoperto”. Tradução nossa: “A prescrição permanece suspensa: 8. entre o devedor que tenha dolosamente ocultado a existência de débito e o seu credor, até que o dolo seja descoberto”.

24 Art. 2.947: “Il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito (2043 e seguenti) si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato”. Tradução nossa: “O direito à reparação do dano derivado de fato ilícito (2043 e seguintes) prescreve em cinco anos do dia em que o fato tenha sido constatado”.

exemplo dessa corrente a hipótese da pessoa que ocupa irregularmente um imóvel.²⁵ A doutrina chama isso de *conceito unitário de fato para os fins do efeito da prescrição*.

Outro doutrinador italiano que merece ser citado é GIUSEPE MOLFESE, para quem “a impossibilidade para exercer o direito, a qual o art. 2.935 do Código Civil atribui relevância de fato impeditivo para o início do prazo de prescrição, é somente aquela que deriva de causas jurídicas que obstaculizam o exercício do direito e não compreende também os impedimentos subjetivos ou os obstáculos de mero fato, como aqueles encontrados na ignorância, por parte do titular, do evento gerador do seu direito ou no retardo com qual proceda ao tomar providência por insuficiência de comunicação – com exceção da hipótese especial de suspensão prevista no art. 2.941, n. 8, do Código Civil – de tal evento de parte do devedor ou a ignorância da vítima sobre a identidade da pessoa obrigada a ressarcir o dano (Corte de Cassação, n. 11452, j. 23/07/2003)”.²⁶

Seria necessário, destarte, fazer uma distinção entre o termo inicial da prescrição nas ações ressarcitórias por ilícito contratual e extracontratual. Esta, decorreria da verificação do fato injusto e, aquela, da constatação do inadimplemento de uma obrigação.²⁷ Assim, em se tratando de responsabilidade civil extracontratual, “a prescrição começa a correr, em caso de acidente, não da data do evento, mas da data em que a vítima teve conhecimento da extensão da lesão sofrida”.²⁸

Continuando, é possível verificar, na sua obra, que a doutrina e a jurisprudência interpretam o art. 2.035 do *Codice Civile* no sentido de que apenas a impossibilidade legal do exercício do direito impede o início do prazo prescricional, isto é, “a impossibilidade material não foi considerada pela lei”.²⁹ GIUSEPPE MOLFESE, contudo, adverte, com arrimo em farta jurisprudência da *Suprema Corte di Cassazione* italiana (SCC), que “condição necessária e suficiente para que a prescrição corra (art. 2.035) é que o titular do direito, podendo exercitá-lo, se abstenha de tal exercício”.³⁰

25 OTTOLENGUI, Massimo. *Prescrizione dell'azione per danni*. Milano: Giuffrè, 1975, n. 16, p. 89-90. Merece destaque a nota de rodapé n. 11.

26 MOLFESE, Giuseppe. *Prescrizione e decadenza*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2009, p. 98.

27 Cf. MOLFESE, Giuseppe. *Prescrizione e decadenza*, p. 99.

28 MOLFESE, Giuseppe. *Prescrizione e decadenza*, p. 99.

29 MOLFESE, Giuseppe. *Prescrizione e decadenza*, p. 101.

30 MOLFESE, Giuseppe. *Prescrizione e decadenza*, p. 102.

Assim, “o prazo de prescrição do direito ao ressarcimento do dano começa a correr não do dia em que o fato ocorre, mas daquele em que a produção do dano se manifesta exteriormente em toda a sua evidência, tornando-se perceptível e reconhecível de forma objetiva”.³¹

Os chamados “simples obstáculos de fato” não têm o poder de impedir o início do curso do prazo prescricional. Apenas a título exemplificativo, “se pode dizer que são simples obstáculos de fato a inércia de uma das partes ou a dificuldade de contabilizar integralmente o crédito”.³² Com efeito, “a simples ignorância do próprio direito por parte do seu titular não é obstáculo aos efeitos da prescrição, salvo quanto ao disposto no art. 2.941, n. 8, do Código Civil, que é quando o devedor dolosamente oculta a existência do débito, ficando a prescrição suspensa até que o dolo seja descoberto”.³³

Cabe ainda discorrer sobre os denominados *atos ilícitos permanentes e instantâneos*. Esses são aqueles que duram um mínimo lapso de tempo e terminam com a prática de um ou mais atos, *v.g.*, o depósito de lixo ou resto de materiais em terreno alheio. Já os *ilícitos permanentes* ocorrem quando a “ilicitude do comportamento lesivo não se exaure em um primeiro ato, mas perdura no tempo, renovando-se de momento em momento, e, como consequência, a prescrição se reinicia a cada dia”,³⁴ conforme se depreende das várias decisões da SCC transcritas.

Na jurisprudência da SCC verifica-se que “di vero, é giurisprudenza di questa Corte, da cui non vi è motivo di discostarsi, secondo la quale il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da responsabilità professionale inizia a decorrere non già dal momento in cui la condotta del professionista determina l’evento dannoso, bensì da quello in cui la produzione del danno è oggettivamente percepibile e conoscibile da parte del danneggiato”.³⁵ Em outras palavras, decidiu-se que o termo inicial do prazo prescricional na ação de reparação de danos por conduta profissional não é a data do evento danoso, mas sim a partir do momento em que a produção do dano é objetivamente perceptível e cognoscível pela vítima.

31 MOLFESE, Giuseppe. *Prescrizione e decadenza*, p. 105.

32 MOLFESE, Giuseppe. *Prescrizione e decadenza*, p. 109.

33 MOLFESE, Giuseppe. *Prescrizione e decadenza*, p. 110.

34 MOLFESE, Giuseppe. *Prescrizione e decadenza*, p. 119.

35 Cass. n. 16658/07; n. 10493/06.

A SCC decidiu que *“in tema di responsabilità del notaio, il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da responsabilità professionale inizia a decorrere non già dal momento in cui la condotta del professionista determina l’evento dannoso, bensì da quello in cui la produzione del danno è oggettivamente percepibile e conoscibile da parte del danneggiato”*.³⁶ A responsabilidade do notário, como se viu, é igual ao caso anterior.

No caso da pessoa que tem o sangue infectado em razão de transfusão, vê-se que a SCC adotou a mesma linha de raciocínio e decidiu que o *dies a quo* do prazo de prescrição é o momento em que a vítima tenha consciência da sua total extensão, valendo-se da diligência objetiva do homem comum.³⁷

Portanto, após todas essas considerações, podemos afirmar que, na Itália, o prazo de prescrição começa a correr a partir do momento em que o titular do direito subjetivo violado toma ciência da ocorrência do fato, não sendo possível alegar “simples obstáculo de fato”, conforme já devidamente explanado.

3.6. Direito Português

Nos termos da primeira parte do art. 306, 1, do Código Civil português, “o prazo da prescrição começa a correr quando o direito puder ser exercido”.

O que significaria, então, dizer que “o início da prescrição só pode ter lugar quando o direito está em condições de o seu titular poder exercitá-lo”?³⁸

Para o jurista lusitano ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO existem, no Direito comparado, dois grandes sistemas acerca do início do curso do prazo da prescrição, que são o sistema objetivo e o sistema subjetivo. “Pelo

³⁶ Suprema Corte di Cassazione, Sezione III Civile, Sentenza 15 luglio 2009, n. 16463.

³⁷ “Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo decorre, non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione che produce il danno altrui o dal momento in cui la malattia si manifesta all’esterno, ma dal momento in cui viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l’ordinaria oggettiva diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche” (Suprema Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Sentenza 20 novembre 2007 – 11 gennaio 2008, n. 583, Presidente Carbone – Relatore Segreto. Disponível no site: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=39892&idstr=20>. Acessado no dia 21/07/2011. Nesse mesmo sentido: Conforme: Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 579. Disponível no site: <http://www.casiesoluzioni.it/casi.php?action=caso&id=2912&volume=vsd2>. Acessado no dia 21/07/2011.

³⁸ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*, v. II. 8ª reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1998, n. 208, p. 448.

sistema objetivo, o prazo começa a correr assim que o direito possa ser exercido e independentemente do conhecimento que, disso, tenha ou possa ter o respectivo credor. Pelo subjetivo, tal início só se dá quando o credor tenha conhecimento dos elementos essenciais relativos ao seu direito. O sistema objetivo é tradicional, sendo compatível com prazos longos; o subjetivo joga com prazos curtos e costuma ser dobrado por uma prescrição mais longa, objetiva. Como vimos, o sistema objetivo dá primazia à segurança e o subjetivo à justiça; a junção dos dois será a melhor solução *de iure condendo*".³⁹ Portugal, segundo ele, teria adotado o sistema objetivo.

Há, contudo, opiniões em sentido contrário, salientando que "o início da contagem do prazo especial de três anos não está dependente do conhecimento jurídico pelo lesado do respectivo direito, antes supondo, apenas, que o lesado conheça os fatos constitutivos desse direito, isto é, saiba que o ato foi praticado ou omitido por alguém — saiba ou não do seu carácter ilícito — e dessa prática ou omissão resultaram para si danos".⁴⁰

Na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal (STJ) o entendimento é de que "o prazo de prescrição do direito a indenização por responsabilidade civil extracontratual conta-se a partir do conhecimento, pelo lesado, da verificação dos pressupostos dessa responsabilidade",⁴¹ nos termos do art. 498, I, do Código Civil daquele país. Assim, pode-se afirmar que "o lesado tem conhecimento do direito que invoca – para o efeito do início da contagem do prazo de prescrição – art. 498, nº 1, do Código Civil – quando se mostra detentor dos elementos que integram a responsabilidade civil – [fato voluntário, ilicitude, culpa, dano e relação de causalidade entre o fato e o dano]".⁴²

Por fim, cumpre trazer à baila o disposto no art. 298, 3, do Código Civil português, que estabelece que "os direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, enfiteuse, superfície e servidão não prescrevem, mas podem extinguir-se pelo não uso nos casos especialmente previstos na lei, sendo aplicáveis nesses casos, na falta de disposição em contrário, as regras da caducidade".

39 MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, v. I, t. IV. Lisboa: Almedina, 2005, n. 80, p. 166.

40 NETO, Abílio. *Código Civil Anotado*. 15ª ed. Lisboa: Ediforum, 2006, p. 517.

41 Supremo Tribunal de Justiça, j. 12.3.1996, in *BMJ*, 455-441.

42 Supremo Tribunal de Justiça, Revista n. 08A3127, Rel. Fonseca Ramos, j. 04/11/2008.

4. REPENSANDO O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO

Como se pode perceber, existe um descompasso entre o entendimento adotado no Brasil em face daquele utilizado nos países acima mencionados no que tange ao termo inicial da prescrição. Diante dessa realidade devidamente comprovada, cremos ser uma boa hora para revisitarmos esse tema, mas não com a profundidade que gostaríamos e que o tema merece, porque a proposta deste trabalho é a de tecer breves considerações sobre a ação de sonegados.

Ao longo do capítulo anterior, pode-se perceber que, naqueles países, o prazo prescricional tem começado a correr apenas com o conhecimento, pelo titular do direito, de que ele tem pretensão contra outrem. A data do fato não é, portanto, tão importante nesses países como é no Brasil.

Ora, é óbvio que, para se poder pensar em ajuizar ou não uma ação, ou melhor, para se exercitar ou não uma pretensão, é imprescindível que o seu titular tenha, antes disso, conhecimento da existência dessa pretensão. *O conhecimento de que possui uma pretensão, portanto, é pressuposto para que se possa iniciar a contagem do prazo prescricional.*

Salvo melhor juízo, nenhum autor enfrentou essa questão no Brasil, até hoje, com a devida profundidade.⁴³ O que outra parcela da doutrina faz é apenas mencionar o seguinte: “na prescrição o prazo começa a correr quando o direito subjetivo é violado, momento em que nasce a pretensão do credor de ver cumprida a obrigação, ou ressarcido o dano a ele imposto pelo devedor inadimplente”,⁴⁴ sem, contudo, explicar melhor quando é que, exatamente, nasce a pretensão.

ANTÔNIO LUÍS DA CÂMARA LEAL, por exemplo, escreveu poucas linhas sobre o tema. Segundo ele, “nas ações que nascem do não cumprimento de uma obrigação, denominadas pessoais, porque o direito do titular recai sobre atos do sujeito passivo, que se obrigara a dar, fazer ou

43 Nenhum desses autores mencionou qual seria o *dies a quo* do prazo prescricional no Brasil: FIUZA, César. **Direito civil**. 14ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMBLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. v. 1. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009; GOMES, José Jairo. **Direito civil**: introdução e parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. I. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1964; LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**, v. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

44 AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 581. No mesmo sentido: NEVES, Gustavo Kloh Muller. “Prescrição e decadência no novo Código Civil”. In: **A parte geral do novo Código Civil**. 2ª ed. Gustavo Tepedino (coord). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 431; CARVALHO NETO, Inácio de. **Curso de direito civil brasileiro**, v. I. Curitiba: Juruá, 2006, p. 485; CAHALI, Yussef Said. **Prescrição de decadência**. São Paulo: RT, 2008, n. 13, p. 35-36; RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do Código Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, n. 22, p. 625.

não fazer alguma coisa, não pode o titular ignorar a violação ao seu direito, uma vez que essa consiste na falta de cumprimento da obrigação, e, por isso, o início da prescrição, nas ações pessoais, coincide com o momento em que a obrigação devia ser cumprida e não o foi. Mas, nas ações que nascem da transgressão da obrigação geral-negativa de respeito do direito do titular, a que todos estão sujeitos, pode dar-se a violação do direito, sem que dela o titular tenha imediato conhecimento, podendo, mesmo, sua ignorância prolongar-se por muito tempo, como geralmente sucede quando o titular do direito violado se acha ausente do lugar da violação, e não tem ali preposto ou representante que o ponha ao corrente dos fatos”.⁴⁵ Ele, então, conclui seu pensamento pontificando que “a ignorância não se presume, pelo que ao titular incumbe provar o momento em que teve ciência da violação, para que possa beneficiar-se por essa circunstância, a fim de ser o prazo prescricional contado do momento da ciência, e não da violação”.⁴⁶

Nessa mesma linha é a doutrina de NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS. Afirmam os autores que, “efetivamente, o início da fluência do prazo prescricional deve decorrer não da violação, em si, a um direito subjetivo, mas sim do *conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo pelo seu respectivo titular*”.⁴⁷

ORLANDO GOMES acredita que o início do prazo prescricional “coincide com o instante em que a pretensão pode ser exercida”, e que “a dificuldade reside, porém, na fixação desse momento”.⁴⁸ Em seguida, analisa em poucas linhas o prazo prescricional no direito das obrigações e das coisas, mas nada fala sobre o início do prazo a partir do conhecimento do fato.⁴⁹ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, assim como o autor supracitado, também fala muito pouco sobre o *dies a quo* do prazo prescricional.⁵⁰

Merece destaque ainda as palavras de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, que salienta que “somente se pode iniciar a contagem do prazo extintivo a partir do momento em que sua atividade contra a situação

45 CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*, n. 16, p. 23-24.

46 CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*, n. 16, p. 23-24.

47 ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil: teoria geral*. 8ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 644.

48 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, n. 296, p. 499-500.

49 Cf. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, n. 296, p. 500.

50 Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, n. 123, p. 444.

injurídica se tornou possível e, não obstante, deixou de ser exercida”.⁵¹ Consideramos que uma ação somente pode ser perpetrada, isto é, ela só é possível se a vítima tiver conhecimento do dano que sofreu. Assim, somente se pode falar em deixar de exercitar uma atividade se for do conhecimento do titular os direitos que possui.

Em contrapartida, devemos registrar que PONTES DE MIRANDA é radicalmente contra a tese aqui defendida por nós, entendendo que o conhecimento da existência do direito violado, ou seja, da pretensão, por parte de seu titular, é de todo irrelevante.⁵²

Com relação ao ônus da prova do momento em que se teve conhecimento do dano, pensamos ser incorreto pretender que tal seja imputado ao titular do direito violado. Seria uma prova diabólica. Como é que a vítima iria conseguir provar que só teve ciência do dano naquele dia específico, e, não, em um outro dia qualquer? É verdade que, como regra, cabe ao autor fazer prova do fato constitutivo do seu direito, e, ao réu, fazer prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito sustentado pelo autor, conforme reza o art. 333, I e II, do CPC. Entretanto, reitera-se, não é possível exigir que a vítima prove o momento em que teve conhecimento do fato danoso; isso seria impossível. Pensamos que basta que o titular do direito subjetivo infringido afirme qual o dia exato em que teve real ciência do evento danoso, cumprindo ao réu da ação fazer a contra-prova, ou seja, demonstrar que a alegação inicial não é verdadeira, e que a vítima já tinha conhecimento do dano desde o dia ‘x’.

Passemos a analisar alguns exemplos.

1. O automóvel de Luís Cláudio é abalroado na traseira pelo carro de Antônio Marcos no dia 03/05/2011. Nesse dia nasceu para Luís a sua pretensão indenizatória, iniciando-se a contagem do prazo prescricional no dia seguinte. Esse é um caso simples, não deixando dúvida de que o conhecimento do dano se deu no dia 03/05/2011.

2. A prestação única do contrato de compra e venda vence no dia 29/09/2011. Caso não seja efetuado o pagamento nessa data, pode o credor ajuizar ação de cobrança para se ver ressarcido. O termo inicial da prescrição é o dia 30/09/2011, uma vez que não se pode admitir que o titular do direito desconheça a existência do inadimplemento.

51 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. III, t. II. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 308, p. 175.

52 Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, tomo VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, § 665, n. 10.

3. O prazo prescricional do segurado contra a seguradora, em caso de seguro de danos, começa a partir da data do sinistro, sendo suspenso em razão da análise do pedido de ressarcimento pela seguradora e voltando a correr com o recebimento da resposta.

4. O consumidor que quiser ajuizar ação de reparação em face de uma companhia aérea qualquer, seja por *overbooking*, atraso ou cancelamento de voo ou por extravio de bagagem, deve assim fazer levando-se em conta que sua pretensão nasceu no dia em que o dano se efetivou. Não é aceitável, ao consumidor, tentar sustentar que o *dies a quo* seria outro que não aquele em que a mala foi extraviada, que o voo foi cancelado, etc.

5. A dívida da pensão alimentícia vence a cada mês, logo, o prazo prescricional de cada parcela inicia-se com o seu não pagamento na data estipulada, judicial ou extrajudicialmente.

6. O locador de um imóvel que não recebe o aluguel do locatário na data estipulada contratualmente tem ciência inequívoca imediatamente. Não é crível a alegação de que não sabia que não estava percebendo o valor devido.

Com efeito, o que é muito importante reparar e perceber em todos esses casos é que, em todos eles, a data em que o prazo prescricional começará a correr é certa e determinada. O termo inicial será estabelecido, assim, de maneira objetiva. Isso porque, em todas as situações acima, não se pode admitir que a vítima não tenha tido ciência do dano em outra data que não seja aquela em que o dano, de fato, ocorreu. Não tomar as medidas legais cabíveis, em todos os exemplos supra mencionados, deve ser visto como inércia da parte, por livre e espontânea vontade. Nesse caso, deve tal negligência ser reprimida pelo Direito, *in casu*, haverá a perda da pretensão pela ocorrência da prescrição, pois, repita-se, o desleixo evidente não pode ser perdoado.

Por outro lado, vejamos algumas hipóteses nas quais *não* se pode presumir que a vítima tenha conhecimento do dano desde a sua ocorrência, em que, o correto, seria iniciar a contagem do prazo prescricional a partir do dia em que se teve real ciência da sua pretensão.

1. Durante o processo de inventário, um ou mais bens foram sonegados. O *dies a quo* do prazo de prescrição deve ser o dia em que se teve ciência desse fato, e não a partir da apresentação das últimas declarações nos autos do inventário.

2. O mesmo vale para a sobrepilha em decorrência da separação ou do divórcio do casal, e também para o fim da união estável. Assim, o prazo prescricional iniciar-se-á a partir da data em que se teve conhecimento da omissão do bem da partilha, e não de outro momento qualquer, como a homologação da partilha, o trânsito em julgado ou o arquivamento do processo. Evidentemente que se deve estender este entendimento, também, às partilhas não homologadas, mesmo se já tiverem se passados décadas e o feito tiver sido arquivado.

3. Na ação de compensação por danos morais em razão de inscrição indevida do nome nos cadastros de restrição ao crédito, como o SPC e o Serasa, conta-se o prazo de prescrição a partir do dia em que a pessoa teve conhecimento de que seu nome estava negativado, e não do dia em que a inscrição indevida se efetivou, salvo se se provar que o devedor teve ciência inequívoca em outra oportunidade, como, por exemplo, por meio de notificação pessoal pelo correio, por telefone ou por outra forma.

Nos três exemplos acima, nos afigura correto que o termo inicial do prazo prescricional seja subjetivo, isto é, contado a partir do conhecimento, pela vítima, do dano que sofreu.

É preciso ressaltar novamente que o exercício do direito depende da vontade do seu titular, até porque “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.⁵³ E, para se poder exercer essa vontade, é imprescindível que se tenha conhecimento do seu direito. A nosso ver, a questão é estritamente lógica. A pessoa só pode escolher se irá exercitar o seu direito em juízo se ela tiver prévio conhecimento da lesão que sofreu. Assim, com o conhecimento da violação do direito subjetivo, nasce para a pessoa pretensão.

Dessa feita, o certo é que o prazo prescricional somente pode começar a correr com a ciência do titular do direito. Em alguns casos, o legislador presume que este saiba do nascimento de sua pretensão, que é o que se passa nos dois exemplos acima. Em ambos, é inadmissível sustentar o desconhecimento do nascimento da pretensão. Por outro lado, ocorre que, em outros casos, não é admissível presumir que a vítima esteja a par dos acontecimentos.

Em se tratando da usucapião, queremos acreditar que o proprietário perde os direitos que tem sobre o bem porque o ordenamento quer punir a desídia deste em ter abandonado a coisa que detinha, e, ao

53 Art. 6º do CPC.

mesmo tempo, proteger o possuidor que tem *animus domini*. A prescrição aquisitiva na usucapião é sempre longa, logo, não pode o proprietário dizer que “não sabia de nada”. Como é que ele não sabia que era proprietário de um bem?

Assim sendo, na nossa opinião, *é coerente com o nosso ordenamento jurídico, justo e lícito afirmar que o conhecimento pela vítima da existência do dano sofrido é uma causa implícita de impedimento da prescrição*.⁵⁴ *Em outras palavras, o prazo prescricional não começará a correr enquanto o credor não tiver ciência da existência do dano.* É como se fosse um direito sem pretensão. Apenas reiterando, com todo o respeito aos que tenham entendimento em sentido contrário, não nos afigura correto que o prazo de prescrição possa se iniciar sem que o dono da pretensão tenha conhecimento do dano sofrido.

Resta agora saber se basta que a vítima saiba da existência do dano para que o *dies a quo* do prazo prescricional se inicie, ou se é preciso que ela saiba de toda a sua extensão. Por questões de segurança jurídica, melhor ficarmos com a primeira alternativa, até porque não haverá nenhum prejuízo para a vítima com isso, uma vez que, nos termos do art. 286, II, do Código de Processo Civil (CPC), é lícito ao autor formular pedido genérico “quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito”. Caso, porém, o novo dano surja apenas anos depois, provando a vítima o nexo causal entre o ilícito e o dano, bem como a data em que teve o conhecimento da existência do dano, tem-se que é a partir desta data que se iniciará o prazo prescricional.

Por fim, cumpre exaltar que a jurisprudência do nosso Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui alguns precedentes nessa linha que estamos defendendo. O mais importante deles é a Súmula n. 278, que contém a seguinte redação: “o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral”.

No ramo da construção civil já se decidiu que “o termo inicial do prazo prescricional é a data do conhecimento das falhas construtivas”.⁵⁵

⁵⁴ Entendendo que o rol de causas impeditivas da prescrição é taxativo, consulte-se: LIMA, João Franzen de. **Curso de direito civil brasileiro**, n. 474, p. 375.

⁵⁵ STJ, 3ª T., REsp n. 903.771/SE, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12/04/2011, DJe 27/04/2011.

Em se tratando de prescrição na pretensão por improbidade administrativa, em que se tem aplicação do art. 23, I, da Lei n. 8.429/92,⁵⁶ o STJ entendeu que “o termo inicial do prazo prescricional da ação de improbidade administrativa, no caso de reeleição de prefeito, se aperfeiçoa após o término do segundo mandato”.⁵⁷ A importância dessa lei é que nos mostra a preocupação do legislador em colocar, como marco inicial da prescrição, a ciência do fato, e não a sua ocorrência. Somente com a saída do agente público corrupto é que se poderá verificar se houve alguma ilegalidade, logo, este é o *dies a quo* do prazo prescricional para a pretensão de improbidade administrativa.

Importante ainda trazer à baila aresto em que se resolveu que, “1. Pela teoria da *actio nata*, o termo inicial da contagem do prazo prescricional é a data em que o lesado tem ciência do fato de que lhe causou dissabor moral. Precedentes. 2. O acórdão recorrido adotou o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que ação indenizatória tem como lastro inicial o momento efetivo do constrangimento moral, que, na hipótese, somente ocorreu, ensejando dissabor moral, quando o agravado foi cientificado da pendência de execução fiscal contra si em razão de débito já quitado (agosto/2001). A presente ação foi ajuizada em maio/2006”.⁵⁸

Portanto, diante de todas essas considerações, fica apenas uma certeza, que é a de que precisamos iniciar o debate, aqui no Brasil, acerca do termo inicial do prazo prescricional. Na nossa opinião, há duas situações distintas. Na primeira, é possível presumir que a vítima teve ciência do dano tão logo o mesmo tenha ocorrido, portanto, o *dies a quo* do prazo de prescrição será o dia seguinte ao evento danoso. Na segunda, estarão aqueles fatos em que, por regra, o normal seria que o dono do direito subjetivo violado não pudesse saber da existência do dano desde o seu nascedouro, e, conseqüentemente, o prazo prescricional somente começará a correr a partir da data em que se teve pleno conhecimento da sua pretensão. No primeiro caso, trata-se de presunção *iure et de iure*, enquanto que, no segundo, é presunção *juris tantum* em favor da vítima. Os profissionais do Direito terão trabalho apenas para determinar quais casos estão no grupo um e quais figurarão no grupo dois.

56 “As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança”.

57 STJ, 1ª T., REsp n. 1.153.079/BA, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 13/04/2010, DJe 29/04/2010.

58 STJ, 2ª T., AgRg no REsp n. 1.177.978/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 26/10/2010, DJe 10/11/2010.

5. QUESTÕES PROCESSUAIS E MATERIAIS NA AÇÃO DE SONEGAÇÃO

A sonegação está regulada nos arts. 1.992 a 1.996 do CC/2002, e, desses dispositivos legais, podemos extrair lições extremamente importantes para a eventual necessidade de se ter que manejar ação de sonegados ou ação de sonegação; tanto faz, as duas formas estão corretas.

5.1. Conceito e hipóteses de sonegação e a natureza da ação de sonegados

Sonegação é a ocultação dolosa de bens que, por força de lei, devem ser levados ao inventário ou à colação. Segundo o art. 1.992 do CC/2002, o “herdeiro que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los, perderá o direito que sobre eles lhe cabia”.

É preciso destacar que parte da doutrina brasileira, ao tentar conceituar *sonegação*, sempre o faz da maneira acima. No direito comparado, porém, pode-se colher ponto de vista bastante interessante e pertinente sobre outras hipóteses de sonegação. Apenas a título exemplificativo, em França se diz que, quando o herdeiro pretende, falsamente, se passar por credor do espólio, e o pagamento é efetuado, há um decréscimo do ativo e um aumento do passivo. Nesse caso, certamente configura-se como sendo sonegação de bens.⁵⁹ Outras situações caracterizadoras de sonegados, que podem ser perpetradas pelo herdeiro, são as seguintes: (i) esconder um crédito do espólio para, posteriormente, usá-lo em seu proveito; (ii) fraudar o débito para vantagem sua ou de terceiro; (iii) rasgar um documento que prova seu débito junto ao *de cujos* ou ao espólio ou então o dissimular; (iv) valer-se desses atos para prejudicar o espólio e dele tirar proveito econômico; (v) apresentar testamento falso para poder se apropriar de bens da sucessão, ou, caso haja um testamento verdadeiro, destruí-lo; e (vi) deixar de informar ao juízo do inventário que recebeu um crédito do espólio, judicial ou extrajudicialmente.⁶⁰

Em suma, toda vez que o herdeiro tentar diminuir indevida e injustificadamente o patrimônio do espólio, em detrimento de si próprio ou de outrem, dolosamente, resta caracterizada a sonegação, devendo

59 Cf. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Trattato teorico-pratico di diritto civile: delle successioni*, v. II. Traduzido do francês para o italiano por P. Bonfante, G. Pacchioni e A. Sraffa. Milano: Dottor Francesco Vallardi, s/d, n. 1.812, p. 498.

60 Todos esses ótimos exemplos foram retirados da seguinte obra: BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Trattato teorico-pratico di diritto civile: delle successioni*, v. II, n. 1.812, p. 498.

ser apurada nos autos do inventário ou por meio de ação própria, e, se realmente confirmada, ser punida na forma da lei.⁶¹ No entanto, apesar de este ser o melhor entendimento acerca do conceito de sonegação, o TJMG decidiu que “não tem supedâneo em lei a pretensão de discutir, em ação de sonegados, questões atinentes a eventuais subavaliações, falta de recolhimento de tributos ou retenção indevida de numerário por ocasião da partilha, eis que não cabem na via estreita dos sonegados”.⁶²

No tocante à ação de sonegados, conforme discorre doutrina e jurisprudência, vê-se que a sua natureza é *real*, pois, o que nela se visa é a restituição de um bem sonegado do espólio.⁶³

Com efeito, também importa registrar que “a ação, do ponto de vista do polo passivo, é personalíssima, por se tratar de imposição de pena. Nem poderá prosseguir a ação contra os herdeiros do réu no caso de falecimento no curso da ação”.⁶⁴

5.2. Pessoas que podem cometer a sonegação

Como regra, apenas o inventariante e os herdeiros, legítimos ou testamentários, podem cometer a sonegação a que faz menção o nosso Código.⁶⁵ Isso se extrai, em parte, do disposto no art. 1.992, lembrando-se que, caso o herdeiro seja inventariante, será tido como sonegador da mesma maneira. Aliás, a experiência nos ensina que, na maior parte das vezes, quem comete a sonegação é o inventariante.⁶⁶ ORLANDO DE SOUZA, reforçando essa nossa afirmativa, diz que a sonegação é cabível também contra “qualquer pessoa (mesmo cônjuge meeiro) investida legalmente da função de inventariante”.⁶⁷

61 Com opinião mais ou menos nesse diapasão, confira-se: GOMES, Orlando. **Sucessões**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, n. 242, p. 305-306; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v. VI. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, n. 486, p. 204; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. “Colação e sonegados”. In, **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Giselda Hironaka (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 383; MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**, v. III. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, n. 546, p. 374 e n. 554, p. 380-381.

62 TJMG, 4ª C., AI n. 1.0000.00.233058-7/000, Rel. Des. Hyparco Immesi, j. 08/08/2002.

63 Cf. PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, n. 1.038, p. 519.

64 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, v. VII. São Paulo: Atlas, 2003, p. 359.

65 É o que se extrai das lições de: RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 614; CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 243-244.

66 Confira-se ainda o art. 1.993 do CC/2002, que assim dispõe: “além da pena cominada no artigo antecedente, se o sonegador for o próprio inventariante, remover-se-á, em se provando a sonegação, ou negando ele a existência dos bens, quando indicados”.

67 SOUZA, Orlando de. **Inventários e partilhas**. 4ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1968, n. 53, p. 80.

Já para SÍLVIO DE SALVO VENOSA, não se pode fazer uma leitura restritiva do dispositivo legal. No seu magistério, podemos colher que “o cessionário que nega ter recebido bens da herança também pratica sonegação. O testamentário também pode sonegar bens cuja posse lhe tenha sido confiada, assim como o administrador provisório”.⁶⁸ Acrescenta ainda que “o cônjuge supérstite, ainda que não inventariante, insere-se nessas condições. Aliás, terá ele, se tiver convivido com o falecido, situações mais propícias de assobrar à tentação de omitir bens do inventário, não informando ao inventariante”.⁶⁹

Na verdade, deve-se tomar cuidado para não se estender demais os raios de atuação da ação de sonegados, uma vez que essa pretensão tem como particularidade a aplicação da pena prevista no art. 1.992 do CC/2002, sanção essa que só se aplica para aquelas pessoas que estiverem ligadas à sucessão. Dessa forma, “se os bens forem omitidos por terceiros, estranhos à sucessão, aí sim não se falará em sonegação. A ação para reaver os bens com esses estranhos não derivará do direito hereditário, mas será uma ação reivindicatória ou possessória”.⁷⁰ Arremata exemplificando que “o legatário, não tendo a posse dos bens da herança, o indigno e o herdeiro renunciante, não sendo considerados herdeiros, não podem ser agentes causadores de sonegação. Poderão responder, contudo, perante o espólio, como qualquer terceiro que detenha bens indevidamente”.⁷¹ Aplica-se esse entendimento também ao companheiro que não concorrer à herança.⁷²

Situação extremamente delicada seria a de uma esposa, herdeira dos bens, se o seu marido fosse o sonegador. Deveria ela ser punida? Segundo CARLOS MAXIMILIANO, nesse caso, a consorte não merece castigo.⁷³ Será que ele está com a razão?

Em suma, para poder ser rotulado de sonegador, é preciso que ele seja herdeiro de qualquer forma. Ser credor da herança é, portanto, pressuposto para que se possa praticar a sonegação de bens, que tem, como consequência, a pena civil à qual discorreremos no item abaixo.

68 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, p. 355.

69 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, p. 355-356.

70 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, p. 356.

71 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, p. 356.

72 Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, p. 356.

73 Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, n. 563, p. 389.

5.3. Sanção para o sonegador

A pena prevista para o herdeiro que ocultar ou esconder bens do espólio é, segundo disposição legal expressa e clara do art. 1.992 do CC/2002, a perda do direito que ele teria sobre aquele bem, pouco importando o seu valor. Essa é, portanto, a única punição (pena civil) para o sonegador, não sendo lícito aplicar-lhe as sanções civis da indignidade (art. 1.814 do CC/2002) ou da deserdação (arts. 1.814, 1.962 e 1.963, todos do CC/2002), sendo discutível se isso é ou não crime.

Reitera-se, portanto, que a pena prevista no art. 1.992 do CC/2002 deve ser aplicada ao sonegador se o pedido na ação de sonegados for julgado procedente, isto é, se o juiz entender que houve ocultação dolosa da coisa pertencente ao espólio, estará obrigado a imputar-lhe a pena prevista na legislação civil.

Faz-se necessário registrar que, “se o sonegador não foi condenado em vida, o castigo não se transfere aos seus sucessores; a pena de sonegados é personalíssima; recai sobre o herdeiro, somente se ele também incorre em culpa, se persiste em negar a existência do bem, ou a dádiva, depois de morto o faltoso primitivo”.⁷⁴

Diante disso, podemos afirmar que, caso haja o óbito do réu da ação de sonegados no transcorrer desta ação, deverá o juiz extinguir o processo, sem resolução de mérito, pela ocorrência de fato superveniente, com base no art. 462 do CPC. É evidente, contudo, que o bem deverá ser devolvido ao espólio para a sobrepartilha. Porém, “se o falecimento se deu depois da sentença, então, sim, o culpado nada transmite do objeto desviado; os seus herdeiros deixam de receber a parte que ele perdeu em consequência da falta cometida”.⁷⁵

5.4. Legitimidade

De acordo com o art. 1.994 do CC/2002, “a pena de sonegados só se pode requerer e impor em ação movida pelos herdeiros ou pelos credores da herança”. Com isso fica claro que qualquer herdeiro ou credor da herança tem legitimidade ativa para ajuizar a ação de sonegação.

A legitimidade passiva, por sua vez, é da pessoa que detém, de maneira irregular, o bem objeto da lide.

⁷⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, n. 565, p. 390.

⁷⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, n. 565, p. 390.

Caso o objeto ocultado esteja em poder de um terceiro qualquer (não herdeiro), somente se poderá tentar desfazer o negócio entre este e o suposto sonegador por meio de ação pauliana, ou seja, não é possível que o terceiro seja réu na ação de sonegados.

5.5. Litisconsórcio

Em princípio, não há necessidade de se formar litisconsórcio ativo e nem passivo.

No polo ativo, o litisconsórcio seria sempre facultativo, e, prova maior disso, é a redação do parágrafo único do art. 1.994 do CC/2002: “a sentença que se proferir na ação de sonegados, movida por qualquer dos herdeiros ou credores, aproveita aos demais interessados”.

No polo passivo, figurará apenas aquele que escondeu o bem, ou seja, será raro termos mais de um réu, todavia, é plenamente possível que dois herdeiros, em comum acordo, ocultem um ou mais bens com o intuito de lesar os demais herdeiros, logo, ambos formarão um litisconsórcio. Ocorre, porém, que esse litisconsórcio será facultativo, pois a lei não obriga o autor a manejar a ação de sonegados em face de todos os sonegadores. Assim, se temos quatro herdeiros (A, B, C e D), e dois deles sonegam uma fazenda do inventário (A e B), tanto C quanto D têm legitimidade ativa para ingressar em juízo com a ação de sonegação. No polo passivo poderá figurar A, B, ou A e B. Curioso é que, caso C e D, autores e litisconsortes facultativos na ação, quiserem ingressar em juízo apenas contra C, poupando D por qualquer razão que seja, aquele nada poderá fazer para que D também seja punido, pois lhe faltará interesse de agir.

Caso o réu seja casado, pouco importando o regime de bens, o seu cônjuge deverá ser citado como litisconsorte necessário, por força do disposto no art. 10, § 1º, I, do CPC. Isso se deve ao fato de a ação de sonegados ter natureza real. Já no tocante ao autor, sendo ele casado, basta que tenha a anuência do seu cônjuge, conforme determinação do art. 10 do CPC. Em ambas as situações, sendo a parte amasiada (união estável ou união homoafetiva), recomendamos seja intimado o seu companheiro, para ter ciência da lide. Com essa medida, evita-se eventual alegação de nulidade por ausência de litisconsórcio necessário (ou de anuência, no caso do polo ativo), pois o companheiro que, intimado, não toma as medidas judiciais que entender necessárias, não pode arguir posteriormente

a nulidade do processo. Tal requerimento, certamente, estaria violando o princípio da boa-fé objetiva.

5.6. O requisito essencial para o sucesso da ação de sonegação: o dolo

O requisito primordial para o manuseio da ação de sonegação é a *ocultação dolosa do bem* pertencente ao espólio por quem tenha a qualidade de herdeiro, seja por ação seja por omissão. ORLANDO DE SOUZA assevera que “a sonegação pressupõe o dolo. Mas, para a ação de sonegados, não basta simples alegações; é necessário que haja prova concludente de que houve ocultação dolosa dos bens pertencentes ao espólio, vale dizer, é preciso provar, e com provas procedentes, que o inventariante ocultou bens, ou que sabia deles em poder de algum herdeiro ou mesmo estranhos”.⁷⁶ O mesmo autor continua seu raciocínio dizendo que, “para o herdeiro, a má-fé se concretiza no momento em que declara não ter recebido bens que deva colacionar, ou não possuir os que, por outra causa, se achem em seu poder”.⁷⁷

O jurista J. M. CARVALHO SANTOS entende que “é necessária a prova de que a ocultação seja dolosa”, pois “sonegar quer dizer ocultar dolosamente”.⁷⁸ Para ele, na dúvida, deve-se presumir que a ocultação não foi dolosa,⁷⁹ entendimento com o qual, *data venia*, não podemos concordar.

O ônus da prova se inverte quando apresentadas as últimas declarações ou encerrado o inventário, e há algum bem do espólio na posse do inventariante ou do herdeiro, que não tenha sido apresentado ou levado à colação como determina a lei civil. Nesse sentido, aliás, é o escólio de ARNALDO RIZZARDO, para quem, “encontrando-se o inventariante na posse do patrimônio, desde já é reconhecida a sonegação, com a aplicação das cominações legais. É prática condenável a apresentação de bens somente quando denunciada a omissão, ficando desvalido de argumentos o responsável para negar a apropriação. Tendo o patrimônio à disposição, presumem-se a má-fé e o dolo com o simples silêncio no tocante aos bens não descritos”.⁸⁰

⁷⁶ SOUZA, Orlando de. *Inventários e partilhas*, n. 53, p. 80.

⁷⁷ SOUZA, Orlando de. *Inventários e partilhas*, n. 53, p. 80.

⁷⁸ CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*, v. XXV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, p. 5.

⁷⁹ Cf. CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*, v. XXV, p. 7.

⁸⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*, p. 614.

Objecção pertinente é feita por SALOMÃO CATEB, no sentido de que “não se aplica a pena, se o herdeiro recebera o bem em vida, não lhe foi solicitada a conferência, nem esclarecida a necessidade de colacionar o bem, por não ter sido dispensado no ato da liberalidade. É preciso comprovar que o herdeiro, agraciado antecipadamente, sabia de sua responsabilidade e obrigação de colacionar o bem”.⁸¹

Será que a pessoa precisa mesmo ser informada de que é necessário levar o bem à colação? Pode a pessoa desconhecer as normas do ordenamento jurídico do país em que vive? Estaria o art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro⁸² revogado? É bem verdade que essa regra não pode ser aplicada literalmente a todo e qualquer caso, comportando-se raras exceções, porém, na nossa opinião, a alegação de desconhecimento da Lei não é motivo o bastante para se evitar a pena de sonegação.

Encerramos com arrimo em CARLOS MAXIMILIANO, que entende que, “para se aplicarem as penas de sonegados, não é necessária prova especial referente ao dolo; basta resultar dos fatos da causa e do conjunto das circunstâncias envolventes dos mesmo a malícia de quem oculta ou deixa de mencionar bens do espólio, o desvio propositado para prejudicar sucessores do falecido”.⁸³ Assim, “do simples fato de ocultar um objeto ou valor, ou subtrai-lo à partilha, ressalta a malícia – *dolus pro facto est*; neste caso, incumbe ao faltoso provar a boa-fé”.⁸⁴

5.7. Outros requisitos da ação

Há outros dois requisitos especiais da ação de sonegados.

O primeiro é o desconhecimento, por parte do autor, da sonegação, sendo certo que “o direito de propô-la não decai pela circunstância de haverem os herdeiros concordado com as declarações do inventariante no inventário”.⁸⁵ Em outras palavras, “não cabe a ação na hipótese de todos os herdeiros conhecerem a sonegação, e omitirem essa circunstância no inventário”.⁸⁶ Igualmente, por razões óbvias, não será

81 CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das sucessões**, p. 245. Nesse sentido: MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito das sucessões no novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 269.

82 Art. 3º do Decreto-Lei n. 4.657/42: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

83 MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**, n. 548, p. 376.

84 MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**, n. 549, p. 377.

85 GOMES, Orlando. **Sucessões**, n. 244, p. 308. No mesmo sentido: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, p. 359.

86 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**, p. 617.

cabível a pena de sonegação se os herdeiros estiverem em conluio com o ocultador do bem.

O segundo, bastante óbvio, é o de que o bem precisa ter sido sonegado, ou seja, não foi descrito nem nas primeiras e nem nas últimas declarações do inventário. O fato de não ter sido levado à colação pelo herdeiro bem que recebeu por doação em vida do *de cujus* também pode caracterizar sonegação.

Portanto, pode-se concluir que os requisitos a seguir são necessários para a sonegação reste configurada: (i) serem os bens pertencentes ao inventário, (ii) estarem esses bens na posse do herdeiro acusado de sonegá-los; (iii) conhecimento, por parte desses herdeiros, de que eles pertencem ao inventário; (iv) ocultação dolosa.

5.8. Procedimento

Fala-se muito em ação de sonegados ou em ação de sonegação, todavia, nem sempre será necessário fazer uso das vias ordinárias para que seja recuperado o bem e imposta a pena ao herdeiro da perda dos direitos que ele tem sobre o bem sonegado.⁸⁷

ARNALDO RIZZARDO bem adverte que “nos próprios autos admite-se denunciar a existência de outros bens, desde que haja prova documental irrefutável ou a questão não exija longas discussões”.⁸⁸ Contudo, se a questão for de alta indagação, “reclamando o pedido maiores indagações, ou a elaboração de provas, intenta-se o pedido através de ação judicial”,⁸⁹ conforme dispõe o art. 1.994 do CC/2002 e o art. 984 do CPC.⁹⁰ Isso é o que pensa, por exemplo, CARLOS MAXIMILIANO: “considera-se de *alta indagação* toda disputa referente a sonegados; envolve, sempre, matéria *de fato*. Por isto, há de ser ventilada e decidida em processo contencioso”.⁹¹

Assim, se a discussão parecer simples, pode a vítima optar por apenas protocolizar simples petição nos autos do próprio inventário. E, se porventura o suposto sonegador reconhecer a procedência do pedido for-

87 Em sentido contrário: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v. VI, n. 486, p. 204; MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito das sucessões no novo Código Civil brasileiro**, p. 268.

88 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**, p. 615.

89 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**, p. 616.

90 “Art. 984. O juiz decidirá todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas”.

91 MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**, n. 561, p. 385.

mulado, sem o exercício da ampla defesa, por livre e espontânea vontade, poderá o juízo do inventário decidir a questão, determinar a inserção do referido bem no espólio, e, ainda, aplicar-lhe a pena pela sonegação.

Porém, a vida não é tão simples assim e, na maior parte das vezes, o acusado de sonegação apresentará defesa e negará todas as inserções a ele imputadas. Nesse caso, ao juízo do inventário não restará outra opção, senão definir que essa lide seja discutida em procedimento à parte, podendo tramitar pelo rito ordinário ou sumário.

O ato processual do juiz, remetendo as partes às vias ordinárias, é decisão interlocutória, e, por conseguinte, desafia recurso de agravo de instrumento. E, o fato de este estar pendente de julgamento, não impossibilita seja intentada a ação de sonegados. Em suma, não é correto, a nosso ver, cogitar da existência de litispendência.

Por fim, é preciso ressaltar que, por razões óbvias, “a ação de sonegados não suspende o andamento do inventário nem mesmo a partilha dos bens, que se realizará independentemente do bem objeto da lide”.⁹²

5.9. O pedido

Na ação de sonegados, dois são os pedidos, ambos de cunho condenatório, sendo o segundo decorrência lógica do primeiro, contudo, autônomos entre si. O autor, inicialmente, requererá a condenação do réu na devolução do bem supostamente sonegado ao espólio para que, com isso, possa ser devidamente inventariado aos demais herdeiros. O segundo pedido é para que seja aplicada ao réu a pena prevista no art. 1.992 do CC/2002, que é justamente a perda do seu quinhão daquele bem específico.

Apenas por cautela, com relação ao primeiro pedido, é prudente seja formulado, junto a ele, pedido sucessivo, na forma do art. 289 do CPC, a fim de evitar maiores problemas. Em outras palavras, o primeiro pedido será o de devolução do bem por sonegação ao monte-mor e, o sucessivo, o de restituição do bem para sobrepilha, caso o anterior não possa ser provido. Isso é importante porque, conforme já mencionado anteriormente, o juiz somente imporá ao réu a pena da sonegação se ficar comprovado o dolo da ocultação do bem. No entanto, é possível que o autor não consiga provar a conduta dolosa do réu, e, nesse caso, o bem deverá ser restituído ao espólio para que seja sobrepilhado. Enfim, como

92 TJMG, 8ª C., AI n. 1.0024.06.026751-5/004, Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 05/11/2009.

se viu, a perda do quinhão do réu sobre o bem objeto da lide somente será devida se a devolução se der com base na sonegação, isto é, na conduta dolosa de esconder a coisa dos demais herdeiros, lembrando que não levar o bem à colação, dolosamente, é causa de sonegação.⁹³

Não bastasse, segundo ZENO VELOSO, “mesmo que o sonegador tenha restituído o bem que ocultou, sofrendo a pena prevista nos arts. 1.992 e 1.994, se, com seu ato ilícito, causou danos, terá de indenizá-los, aplicando-se as regras gerais da responsabilidade civil (arts. 186 e 927)”.⁹⁴ Não há dúvida da viabilidade de se formular esse pedido, especialmente em face da parte final do art. 1.995 do CC/2002, que fala em “mais perdas e danos”.

Cumpre informar, por fim, que não é lícito a um dos co-herdeiros ajuizar ação de sonegados e pedir apenas que seja restituída a sua cota-parte, ou melhor, o seu quinhão.⁹⁵ Sendo ajuizada por apenas um dos herdeiros, o pedido, como já dito, deve ser para a devolução do bem ao espólio, tendo, como causa de pedir, a sonegação. E, sendo o pedido julgado procedente, todos os demais herdeiros, terceiros em relação a essa ação, dela se beneficiarão.

5.10. Desaparecimento ou alienação do bem sonegado

Caso o bem declarado judicialmente como sonegado tenha desaparecido ou já tenha sido alienado a terceiros pelo réu, antes ou depois do ajuizamento da ação, qual será a solução jurídica para isso?

Não interessa se o bem objeto dessa lide já não esteja mais na posse do réu-sonegador, podendo a ação ser ajuizada normalmente, sendo incorreto cogitar em falta de interesse processual. O art. 1.995 do CC/2002 dispõe que, “se não se restituírem os bens sonegados, por já não os ter o sonegador em seu poder, pagará ele a importância dos valores que ocultou, mais as perdas e danos”. Assim, se o bem já não existir, desde a pro-

93 Queremos registrar nosso ponto de vista pessoal sobre esse assunto. Caso o pedido na ação de sonegação seja julgado improcedente, por não se ter configurado o dolo do réu em ocultar a coisa, esta deve, automaticamente, ser levada ao inventário para que se proceda a sobrepartilha, ou seja, é desnecessário que haja pedido nesse sentido. Todavia, como sabemos que o formalismo está muito arraigado na nossa cultura, é prudente seja formulado pedido sucessivo conforme exposto.

94 VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**, v. 21. Antônio Junqueira de Azevedo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 400.

95 Cf. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. **Trattato teorico-pratico di diritto civile: delle successioni**, v. II, n. 1.804, p. 492.

positura da ação de sonogados, basta que se prove que ele existia, e que foi sonogado pelo réu, para que ele seja condenado.

Ocorrendo a conversão da obrigação de entrega do bem em perdas e danos, a sua efetivação pode se dar de três formas distintas: (i) pagamento espontâneo; (ii) cumprimento de sentença com penhora de bens que já são do sonegador; ou (iii) com a compensação de parte dos bens que ele teria, por direito, do inventário.

Quanto à hipótese de alienação ou doação do bem no transcorrer da ação de sonogados, é possível seja declarada a ineficácia do negócio jurídico, haja vista a ocorrência de fraude à execução, lembrando-se que os direitos do terceiro de boa-fé devem ser protegidos. Não sendo possível recuperar a coisa transferida, converter-se-á a obrigação em perdas e danos, da mesma maneira que acabamos de desenhar nos parágrafos anteriores. Desse modo, aqui também não comporta alegação de perda do objeto pelo fato de o bem não estar mais na posse do réu da ação.

Uma última situação merece ser destacada. Caso o bem seja sonogado, *v.g.*, pelo inventariante, e este permita que a coisa seja usucapida por um terceiro, propositalmente ou não, ainda assim caberá a ação de sonegação. Todavia, como o bem já não pode mais ser partilhado entre os demais herdeiros, pois pertence a outra pessoa, pensamos que seria o caso de condenação do inventariante em perdas e danos. Essa mesma situação se aplica, claro, ao herdeiro que não leva à colação bem que recebeu em vida pelo doador.

5.11. Competência

Segundo parte da doutrina, a ação de sonogados deve ser proposta no juízo universal por onde tramita ou tramitou o inventário, sem, contudo, explicar o porquê.⁹⁶ Apesar de a ação de sonogados não constar do rol taxativo do art. 96 do CPC,⁹⁷ ela pode ser vista como ação acessória em relação ao inventário,⁹⁸ logo, incidirá a regra

96 Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, p. 359. No mesmo sentido: CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das sucessões**, p. 247; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. VII. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 504.

97 "Art. 96. O foro do domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.

Parágrafo único. É, porém, competente o foro: I - da situação dos bens, se o autor da herança não possuía domicílio certo; II - do lugar em que ocorreu o óbito se o autor da herança não tinha domicílio certo e possuía bens em lugares diferentes".

98 Por todos, confira-se: "São exemplos de ação acessória, dentre outros: a) cautelar; b) denunciação da lide; c) oposição; d) habilitação (CPC 1055), e) reconvenção; f) ação declaratória incidental (CPC 5º e 325); g) ação anulatória

do art. 108 do CPC.⁹⁹ Diante disso, não nos afigura correto que a ação seja proposta no domicílio do réu, conforme dispõe o art. 94 do CPC,¹⁰⁰ não se podendo cogitar na aplicação do art. 95 do CPC,¹⁰¹ pois não se estará discutindo direito de propriedade, mas sim a existência ou não de sonegação.

Há ainda quem sustente que “o juízo competente para esta espécie de litígios é, por dependência ou conexão, o do inventário”.¹⁰²

Na nossa opinião, apesar de ser discutível a existência de conexão, é salutar que a ação seja julgada pelo mesmo juízo do inventário, para que, com isso, evite-se decisões contraditórias ou sobre fatos já decididos. Não pensamos, assim, que haverá violação ao princípio do juiz natural.

5.12. Efeitos da sentença

A sentença na ação de sonegados, caso reconheça a procedência do pedido, condenará o réu a devolver o bem dolosamente ocultado ao monte-mor, para que seja feita a partilha ou a sobrepartilha, dependendo do momento em que se encontrar o inventário. O réu sofrerá ainda a pena prevista no art. 1.992 do CC/2002 e não terá direito a receber o quinhão a que teria direito sobre a coisa objeto da lide.

Dois cenários ainda podem ser conjecturados, e não há problema algum que isso aconteça.

No primeiro, o juiz reconhece que o bem é do espólio, porém, não vislumbra o dolo pela não apresentação do bem nos autos do inventário. Nesse caso, o bem deverá ser partilhado entre todos os herdeiros, na proporção dos seus quinhões.¹⁰³

(CPC 486); h) ação de sonegados; i) ação de sobrepartilha; j) ação de anulação ou de nulidade da partilha” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 365).

99 “Art. 108. A ação acessória será proposta perante o juiz competente para a ação principal”.

100 “Art. 94. A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu”.

101 “Art. 95. Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa. Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova”.

102 MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**, n. 561, p. 386.

103 Nesse sentido: TJMG, 8ª C., Ap. n. 1.0702.05.263205-7/001, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, j. 03/03/2011.

No segundo, o magistrado entende que o bem não é do espólio, e, conseqüentemente, julga o pedido improcedente.¹⁰⁴

Importante registrar que a procedência do pedido na ação de sonogados não gera a nulidade da partilha já realizada no inventário. O que se deve fazer é, única e tão somente, a sobrepilha do bem que retorna ao espólio.

5.13. Providências de urgência que podem ser tomadas

O autor poderá requerer algumas medidas cautelares ao juízo da ação de sonogados, em especial o sequestro, regulado pelos arts. 822 a 825 do CPC. A importância do sequestro é se evitar que o bem objeto da lide possa ser transferido para terceiros. A propósito, ocorrendo alienações sucessivas, tornar-se-á muito difícil a caracterização da fraude à execução, conforme já decidiu o STJ.¹⁰⁵

No que tange à tutela antecipada, evidentemente que não há qualquer óbice legal à sua concessão, podendo ser deferida se presentes os requisitos autorizadores do art. 273 do CPC.

5.14. Momento em que já se pode configurar a sonegação e devolução voluntária

Nos termos do art. 1.996, “só se pode arguir de sonegação o inventariante depois de encerrada a descrição dos bens, com a declaração, por ele feita, de não existirem outros por inventariar e partir, assim como arguir o herdeiro, depois de declarar-se no inventário que não os possui”.

Assim, só se pode arguir contra o inventariante a sonegação quando da apresentação das últimas declarações.¹⁰⁶ Já quanto aos herdeiros, não há prazo certo (até porque nem sempre se junta no processo declaração de que não possui determinado bem), mas pode-se verificar a sua má-fé quando, intimado para se manifestar sobre o esboço de partilha, nada diz a respeito de bens que deveria levar à colação.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Nesse sentido: TJMG, 4ª C., Ap. n. 1.0407.05.008985-0/001, Rel. Des. Moreira Diniz, j. 25/11/2010.

¹⁰⁵ Cf. STJ, 1ª T., REsp n. 835.089/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22/05/2007, DJ 21/06/2007, p. 287.

¹⁰⁶ Cf. FIUZA, César. **Direito civil**. 14ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 1.104; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v. VI, n. 486, p. 204; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. “Colação e sonogados”. In: **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Giselda Hironaka (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 385; MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito das sucessões no novo Código Civil brasileiro**, p. 268.

¹⁰⁷ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. VII, p. 504.

ARNALDO RIZZARDO, porém, adverte que “esta ocasião é a das primeiras declarações, configurando-se a espécie se há a afirmação da inexistência de outros bens. A questão, porém, chega a certa controvérsia se, no final das declarações, protesta-se pela descrição de outros bens porventura existentes. Não é admissível o protesto pela descrição de novos bens que se fará quando das últimas declarações, pois tornaria sem utilidade os atos anteriormente realizados, como os de avaliação”.¹⁰⁸

SÍLVIO DE SALVO VENOSA tem posicionamento intermediário. Para ele, pode o inventariante protestar pela apresentação de novos bens mesmo nas últimas declarações, devendo-se sempre analisar o caso concreto. Assim, se ele “não demonstrou a menor intenção de descrever bens de seu pleno conhecimento, já haverá sonegação”.¹⁰⁹

É preciso aclarar ainda, para que não reste dúvida, que a ocultação do bem, pelo herdeiro, não precisa ser apenas após a morte do autor da herança, isto é, se este estiver em vista de morrer, e o bem for apropriado por um dos herdeiros, e, durante o inventário, nada se mencionar sobre a coisa, então certamente restará configurada a sonegação.¹¹⁰ O possuidor desse bem tem o dever de informar, nos autos do inventário, a sua existência, pouco importando se foi questionado ou não sobre a sua existência específica ou de bens em geral. Pelo princípio da boa-fé objetiva, ele tem o dever de agir com lealdade, probidade e cooperação, o tempo todo.

Destarte, lembre-se que haverá *sonegados* a todas as subtrações dolosas praticadas por um herdeiro em detrimento dos demais co-herdeiros. Caso, contudo, haja a *devolução voluntária* do bem ou crédito sonegado ao monte-mor, sem que o suposto sonegador tenha sido descoberto ou flagrado pelos demais co-herdeiros, então não se deve aplicar a pena prevista no art. 1.992 do CC/2002.¹¹¹

Finalmente, é possível que não exista no inventário uma “peça processual” intitulada “últimas declarações”, ou que faça as suas vezes. Nesse caso, “a despeito de não terem sido prestadas as últimas declarações, mas tendo havido interpelação específica à inventariante quanto ao bem

108 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*, p. 613.

109 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, p. 356.

110 Cf. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Trattato teorico-pratico di diritto civile: delle successioni*, v. II, n. 1.843, p. 518.

111 Nesse mesmo sentido: BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Trattato teorico-pratico di diritto civile: delle successioni*, v. II, n. 1.845, p. 521

ora discutido e negando-se esta a declará-lo, caracterizado está o termo inicial, bem como as condições da ação para a propositura da ação de sonogados”.¹¹² Caso, contudo, não tenha havido interpelação, abri-se a possibilidade do manejo dessa ação a partir da homologação da partilha, pouco importando se exista ou não “últimas declarações”, tampouco afirmativa de que “inexistem outros bens a serem partilhados”.

5.15. Prazo prescricional e o seu termo inicial

Esse, sem dúvida, é o ponto nevrálgico do nosso trabalho, pois são bastante controvertidas na doutrina e na jurisprudência as respostas acerca do prazo de prescrição e do seu *dies a quo*. Senão, vejamos.

Para SÍLVIO DE SALVO VENOSA, “na falta de outro termo, melhor entender que a ação é exercitável a contar da homologação da partilha. No novo Código, se aplica o prazo máximo de 10 anos”.¹¹³

Já MARIA BERENICE DIAS entende que “o prazo de prescrição da demanda é de 10 anos, a contar da ciência do interessado da ciência da sonogação (CC 205)”.¹¹⁴

JOSÉ DA SILVA PACHECO, sem dizer qual é o prazo de prescrição, afirma que, “se o viúvo meeiro declara em registro público não possuir bens a inventariar, a partir dessa data começa a fluir o prazo de prescrição da ação de sonogados”.¹¹⁵

O doutrinador ARNALDO RIZZARDO diz que “o prazo para o ingresso estende-se, atualmente, por quinze anos, a contar do momento oportunizado para o arrolamento do patrimônio, conforme reconhece antiga jurisprudência”.¹¹⁶ O estranho é que não existem mais prazos de 15 anos no CC/2002, sendo o prazo máximo de prescrição de 10 anos, *ex vi* o seu art. 205.

O juriconsulto ORLANDO GOMES, comentando o CC/1916, diz que a ação de sonogados prescreve em 20 anos, sem falar, contudo, qual seria o termo inicial.¹¹⁷

112 TJMG, 1ª C., Ap. n. 1.0319.05.021470-3/001, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, j. 09/02/2010.

113 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, p. 359. No mesmo sentido: CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das sucessões*, p. 247; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. VII, p. 504-505.

114 DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: RT, 2008, n. 64.6, p. 591.

115 Cf. PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, n. 1.144, p. 544.

116 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**, p. 616.

117 Cf. GOMES, Orlando. **Sucessões**, n. 244, p. 308.

E há ainda quem não emita opinião sobre o assunto, como é o caso de diversos doutrinadores de escol.¹¹⁸

Por derradeiro, não poderíamos deixar de citar CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, que menciona em sua obra que há quem sustente ser a ação de sonogados *imprescritível*,¹¹⁹ quando dirigida contra o inventariante, sob o fundamento de não prescrever a ação contra os mandatários ou administradores, mas conclui dizendo que, como o nosso ordenamento é “avesso às ações imprescritíveis, a ação de sonogados prescreve no maior prazo, que na época era 20 anos, e, hoje, apenas 10”.¹²⁰ No volume um de sua coleção, o mesmo autor assevera que “imprescritível é o direito de propriedade, exerça-o ou não o dono, por qualquer tempo que seja”,¹²¹ podendo um terceiro, contudo, adquirir o bem por usucapião. A propósito, CARLOS ROBERTO GONÇALVES, apesar de não ter escrito especificamente sobre a ação de sonogados, possui entendimento de que não prescrevem as pretensões que protegem o direito de propriedade, uma vez que este é perpétuo.¹²²

A jurisprudência não tem adotado a tese que estamos aqui defendendo. O STJ, por exemplo, apesar de não ter julgado nenhum caso à luz do CC/2002, decidiu, com base no já revogado Código Civil de 1916, que “o prazo prescricional da ação de sonegação de bens em partilha de separação consensual é regulada pelo art. 177 do Código Civil”.¹²³ E o qual é a redação desse dispositivo legal? É a seguinte: “as ações pessoais prescrevem ordinariamente em vinte anos, as reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas”. Em seguida, claro, só pode ser formulado um questionamento: e qual é essa “data em que poderia ter sido proposta a ação”? Conforme já sustentado nesse mesmo estudo, só se pode afirmar que a pessoa poderia ter ajuizado uma ação se ela tiver conhecimento do seu direito, da sua pretensão. Dessa forma, pedimos vênias para discordar de tal posicionamento, com base nos argumentos já lançados no *item 4*.

118 Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 6. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

119 Dentre eles, diz o mestre, estariam Teixeira de Freitas e Coelho da Rocha.

120 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. VI, n. 486, p. 205.

121 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I, n. 121, p. 439.

122 Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. I. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 475.

123 STJ, 3ª T., REsp n. 509.300/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 28/06/2005, DJ 05/09/2005, p. 397.

Outros tribunais do nosso país, tais como o TJRS¹²⁴ e o TJSP¹²⁵ também têm arestos similares a esse do STJ. Pode-se encontrar ainda acórdãos decidindo de forma contrária à lei, como este do TJRJ em que se contou o prazo de prescrição a partir da abertura do inventário, ou seja, frontalmente em choque com o momento, em tese, inicial, disposto no art. 1.996 do CC/2002.¹²⁶

Felizmente, em sentido contrário, encontramos este precedente do TJRO, em que se decidiu que “o prazo para a propositura da ação de sobrepartilha de bens sonogados por ocasião da divisão dos bens comuns do casal é de dez anos, contados do momento em que o ex-cônjuge toma conhecimento da existência destes”.¹²⁷

Por fim, já no âmbito do direito de família, há inclusive quem entenda que a ação de sobrepartilha seria imprescritível, como é o caso de acórdão do TJDFT.¹²⁸

Ora, a grande pergunta que deve ser feita nesse *item* é a seguinte: por que é que um herdeiro, em sua consciência, ao saber da existência de um bem sonogado, iria ficar de braços cruzados e deixar escoar o prazo prescricional para mover a ação de sonogados? A nosso ver, é possível que isso aconteça, mas é extremamente improvável. Destarte, é exatamente em razão disso que estamos defendendo que a presunção de desconhecimento da existência do bem supostamente sonogado deve operar-se em prol do herdeiro vitimado pelo ato ilícito do outro co-herdeiro.

O Direito jamais pode ignorar a *lógica do razoável* na formação de suas normas e decisões, sendo necessário que paremos de fazer regras para proteger o devedor no nosso país. Com isso queremos dizer que é muito mais lógico e coerente com o ordenamento jurídico crer que

124 “O prazo prescricional da ação de sonogados é 10 anos, contados a partir das últimas declarações no inventário, onde ocorreu suposta omissão de bens (artigo. 177, segunda parte, do CC/16, mantido no art. 205, do CC/02)” (TJRS, 8ª C., AI n. 70041585522, Rel. Des. Rui Portanova, j. 30/06/2011).

125 “É cediço que o prazo prescricional da Ação de Sonogados se conta a partir das últimas declarações, onde deixaram de constar no inventário os bens ditos como omitidos” (TJSP, 7ª C., Ap. n. 0008177-75.2007.8.26.0270, Rel. Des. Luiz Antônio Costa, j. 06/07/2011).

126 Cf. “Prescrição inoperada, porque não transcorrido o prazo vintenário do art. 177 do Código Civil de 1916, a contar da abertura do inventário, em 1998” (TJRJ, 17ª C., Ap. n. 2009.001.14091, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 10/03/2010).

127 TJRO, 2ª C., Ap. n. 100.002.2006.001660-2, Rel. Juiz João Luiz Rolim Sampaio, j. 02/05/2007. Com ideia muito próxima a essa, confira-se: TJRJ, 17ª C., El n. 2009.005.00087, Rel. Des. Custódio Tostes, j. 15/07/2009.

128 Cf. TJDFT, 1ª T., AI n. 49868, Rel. Des. Pingret de Carvalho, j. 21/02/1990. Em sentido divergente, entendendo-se que tal prazo iniciar-se-ia a partir da homologação da partilha, confirmam-se: TJGO, 3ª C., Ap. n. 109960-0/188, Rel. Des. Rogerio Aredio Ferreira, j. 05/07/2007; TJGO, 3ª C., Ap. n. 28899-0/188, Rel. Des. Jamil Pereira De Macedo, j. 22/12/1992.

o herdeiro prejudicado não sabia da existência do bem objeto da ação de sonogados do que o contrário. E, entre ter de dar maior proteção à suposta vítima ou ao herdeiro acusado de sonegação, preferimos dar guarida àquele.

Ora, apesar de parecer que 10 anos, contados da apresentação das últimas declarações, seja um prazo longo, acreditamos que a melhor solução, para a pretensão ora analisada, seja a de se contar o prazo prescricional do momento em que o herdeiro teve real conhecimento da sonegação da coisa. E o motivo pelo qual sustentamos, alguns parágrafos atrás, que a presunção deve operar-se em favor do autor da ação de sonogados é simples, pois é muito mais fácil o réu provar que o autor tinha conhecimento da existência do bem litigioso na data X do que o contrário. Trata-se de tarefa árdua, ao autor, incumbir-lhe do ônus de provar que só teve o conhecimento da existência do bem supostamente sonogado na data Y. E, repita-se, mesmo que a dificuldade fosse a mesma, entre proteger uma suposta vítima ou um possível sonegador, acreditamos ser mais justo resguardar a vítima.

Em alguns casos, o legislador procurou criar uma forma objetiva e inequívoca de se apurar qual deve ser o dies a quo do prazo prescricional. Porém, nem sempre isso é possível, e são para essas situações que se deve entender que somente após a real ciência do fato é que poderá começar a correr o prazo de prescrição.

No caso concreto, querer aplicar à pretensão reivindicatória e/ou condenatória de sonogados o prazo ordinário de prescrição de 10 anos do art. 205 do CC/2002, com *dies a quo* a partir da apresentação das últimas declarações pelo inventariante, com todo o respeito, é uma doce e absurda ilusão! O legislador não tem o direito de imaginar que, em 10 anos, a partir da apresentação das últimas declarações pelo inventariante, ou da concordância dos demais herdeiros com o plano de partilha, e afirmando que não há bens que possam ser levados à colação, a vítima descobrirá que foi enganada pelo inventariante ou por um dos seus co-herdeiros.

Ora, se o sonegador conseguiu passar despercebido com a sonegação, já nos primeiros dias após a apresentação das últimas declarações ou do esboço de partilha, é sinal claro e evidente de que os demais herdeiros não fazem a menor ideia da existência do bem sonogado. É por isso que o termo inicial da prescrição, na ação de sonogados, deve ser o dia da descoberta da sonegação, e não qualquer um dos outros já mencionados,

e que, diga-se de passagem, são os adotados pela doutrina e jurisprudência nacional.

É preferível que o prazo prescricional para essa pretensão seja reduzido de 10 anos para um ano, mas desde que o *dies a quo* seja o dia em que o herdeiro lesado teve real conhecimento do dano sofrido, e não aquele marco inicial estapafúrdio que vem sendo utilizado. Em se tratando de prescrição, é muito mais importante pensar em dar conhecimento ao titular do direito lesado de que ele tem uma pretensão contra o causador do dano do que criar longos e infinitos prazos prescricionais. De que adianta a vítima ter ao seu lado um prazo de prescrição de 10 ou 20 anos, se o termo inicial deste é a data do fato, e não a data do conhecimento da lesão sofrida? É bem verdade que o longo prazo prescricional facilita o acesso à informação, mas não a garante.

No Direito comparado pode-se perceber o seguinte.

Na *Alemanha*, com a aplicação conjunta do § 197, (1), 1, do § 199, (1), 1 e 2, e dos §§ 201, 852, 2.018, 2.025 e 2.026, todos do BGB, chega-se a várias conclusões. A primeira é a de que o prazo prescricional para a ação de sonegados é de 30 anos. A segunda é a de que, apenas com base na letra fria da lei, há dubiedade sobre o seu *dies a quo*. De acordo com o § 199, (1), 1 e 2, seria a data do conhecimento do dano. Por outro lado, com base no § 2.025 combinado com o § 852, contar-se-ia a partir da ocorrência do dano. Por fim, o sonegador não pode adquirir a propriedade do bem sonegado por meio de usucapião, haja vista o disposto no § 2.026.¹²⁹

Na *Argentina*, não corre a prescrição entre co-herdeiros, pois o art. 3.972 do Código Civil argentino determina que “la prescripción no corre contra el heredero que ha aceptado la herencia con beneficio de inventario, respecto de sus créditos contra la sucesión”.¹³⁰ O mesmo se pode dizer em relação a bens sonegados da partilha em razão de separação ou divórcio, conforme se depreende do art. 3.969 do mesmo diploma legal.¹³¹

Na *Espanha*, funciona da mesma forma que na Argentina, isto é, não prescreve a pretensão entre co-herdeiros. É o que se extrai do art. 1.965 do Código Civil espanhol: “no prescribe entre coherederos, condueños o

129 V. § 2.005.

130 V. arts. 3.331 e 3.405.

131 “A prescripción no corre entre marido y mujer, aunque estén separados de bienes, y aunque estén divorciados por autoridad competente”.

propietarios de fincas colindantes la acción para pedir la partición de la herencia, la división de la cosa común o el deslinde de las propiedades contiguas”,¹³²

Em França, nos termos do art. 2.258 do Código Civil local, “*la prescripción no corre contra el heredero beneficiario con respecto a los créditos que posea contra la sucesión*”.¹³³ Em outras palavras, lá funciona da mesma forma que na Argentina e na Espanha.

Na Itália, segundo o art. 2.941, 8, do Código Civil italiano, “a prescrição permanece suspensa entre o devedor que tenha dolosamente ocultado a existência de débito e o credor, até que o dolo seja descoberto”.¹³⁴ Percebe-se que lá a regra é ainda mais ampla, no sentido de que a ocultação dolosa de um crédito, do devedor em face do credor, é causa que impede que a prescrição se inicie, seja em relação de direito das obrigações, das sucessões ou outra qualquer. Isso porque o legislador não restringiu a sua magnitude.

Em Portugal, não há uma regra muito específica sobre o tema.¹³⁵ Contudo, na falta desta, deve-se usar os dispositivos legais concernentes ao enriquecimento sem causa¹³⁶ e à reparação civil tradicional,¹³⁷ lembrando-se que não será possível, ao sonegador, usucapir bens sonegados.¹³⁸

Dessa forma, o que se vê no Direito comparado é uma enorme proteção aos herdeiros que foram vítima de sonegação no inventário, algo ainda que não acontece no Brasil.

132 V. arts. 1.002 e 1.024.

133 V. art. 792.

134 V. art. 527.

135 V. art. 2.096.

136 Art. 473º, 1, do Código Civil português: “Aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou”.

Art. 482º do Código Civil português: “O direito à restituição por enriquecimento prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o credor teve conhecimento do direito que lhe compete e da pessoa do responsável, sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respectivo prazo a contar do enriquecimento”.

137 Art. 498º, 1, do Código Civil português: “O direito de indenização prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, embora com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão integral dos danos, sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respectivo prazo a contar do fato danoso”.

138 Art. 2.096º: 1. O herdeiro que sonegar bens da herança, ocultando dolosamente a sua existência, seja ou não cabeça de casal, perde em benefício dos co-herdeiros o direito que possa ter a qualquer parte dos bens sonegados, além de incorrer nas mais sanções que forem aplicáveis. 2. O que sonegar bens da herança é considerado mero detentor desses bens.

E, nos termos do art. 1.290º, o detentor não pode adquirir bens por usucapião, podendo o proprietário ajuizar ação de reivindicação para requerer a restituição da coisa que lhe pertence (art. 1.311º), sendo que, tal pretensão, é imprescritível (art. 1.313º).

Todos os dispositivos legais citados nessa nota de rodapé também são do Código Civil português.

Por fim, gostaríamos de citar a doutrina de MOACYR AMARAL SANTOS sobre o princípio da utilidade dos prazos. Para ele, “os prazos devem ser suficientemente úteis para a prática do ato processual, isto é, compreender o tempo bastante para que o ato possa ser praticado de forma conveniente ao processo. Atos há que reclamam mais tempo, outros que reclamam menos tempo. Conforme o ato, tal será o tempo necessário à sua realização”.¹³⁹

Mutatis mutandis, tal princípio deve ser observado e aplicado no âmbito dos prazos prescricionais enquanto o legislador não tomar uma atitude de pulso e alterar o CC/2002, uma vez que não é aceitável que o prazo de prescrição para a pretensão de sonegados seja contado a partir da ocultação do bem, aplicando-se, também, à omissão dolosa na partilha de bens em razão de separação, divórcio ou extinção de união estável. Este é, portanto, mais um argumento favorável à tese defendida neste tópico do presente estudo.

Concluimos, assim, no sentido de que o prazo prescricional na ação de sonegados é de 10 anos, contados do dia em que o herdeiro lesado teve ciência da existência do bem ocultado, existindo presunção *juris tantum*, em favor da vítima, quanto à data em que descobriu a sonegação perpetrada pelo inventariante ou herdeiro. E, tudo isso que foi dito sobre o *dies a quo* do prazo prescricional na ação de sonegados, por certo se aplica à sobrepartilha em decorrência de separação, divórcio ou extinção de união estável.

5.16. Despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais

A regra do CPC é bastante simples: arcará com as despesas processuais e os honorários advocatícios sucumbenciais a parte que perder, que sucumbir. Às vezes, porém, dúvidas surgirão. Exemplo disso seria o julgamento de improcedência do pedido de sonegação, determinando-se, porém, a inserção de determinada coisa ao monte-mor. A causa disso foi a ausência de prova do dolo do réu em esconder o bem objeto da lide. *Quis iuris?* Se, por um lado, o autor perdeu, pelo outro, só existiu a ação pela desídia do réu. Seria justo que o autor arcasse sozinho com a dívida?

Quanto aos honorários advocatícios de sucumbência, aplicar-se-á o art. 20, § 3º, do CPC, em caso de procedência total ou parcial do pedido. Em caso de improcedência, entra em cena o § 4º do mesmo dispositivo. ❖

139 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, v. I. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 296.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**, v. II. 8ª reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1998.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. **Trattato teorico-pratico di diritto civile: delle successioni**, v. II. Traduzido do francês para o italiano por P. Bonfante, G. Pacchioni e A. Sraffa. Milano: Dottor Francesco Vallardi, s/d.

BERALDO, Leonardo de Faria. "Ensaio sobre alguns pontos controvertidos acerca da prescrição no direito brasileiro". In: **Prescrição no Código Civil**. 3ª ed. Mirna Cianci (org.). São Paulo: Saraiva, 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Prescrição de decadência**. São Paulo: RT, 2008.

CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. **Da prescrição e da decadência**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CARVALHO SANTOS, J. M. **Código Civil brasileiro interpretado**, v. XXV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: RT, 2008.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **La prescripción extintiva**. 2ª ed. Pamplona: Thomson-Civitas, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 6. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. I. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. VII. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, João Franzen de. **Curso de direito civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**, v. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito das sucessões no novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**, v. III. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil português**, v. I, t. IV. Lisboa: Almedina, 2005.

MOLFESE, Giuseppe. **Prescrizione e decadenza**. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007.

NETO, Abílio. **Código Civil Anotado**. 15ª ed. Lisboa: Ediforum, 2006.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana. **Tratado de direito das sucessões**, v. III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Jacintho, 1936.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. "Colaço e sonogados". In: **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Giselda Hironaka (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v. I. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v. VI. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, tomo VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. **La suspensión de la prescripción en el Código Civil español**. Madrid: Dykinson, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do Código Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil: teoria geral**. 8ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, v. I. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SOUZA, Orlando de. **Inventários e partilhas**. 4ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1968.

SPOTA, Alberto G. **Prescripción e caducidad**, t. I e II. 2ª ed. Atualizada por Luis F. P. Leiva Fernandez. Buenos Aires: La Ley, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. "Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002". In: **A parte geral do novo Código Civil**, Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. III, t. II. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**, v. 21. Antônio Junqueira de Azevedo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, v. VII. São Paulo: Atlas, 2003.

Confiança e Modernidade: Uma abordagem sociológica

Lucio Picanço Facci

Mestrando em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Procurador Federal em Petrópolis/RJ.

RESUMO:

O presente estudo tem como objeto examinar a confiança no contexto da complexidade da vida moderna. Para tanto, iremos inicialmente dedicar algumas linhas para a delimitação da ideia de Modernidade referida neste trabalho, apresentando seus traços característicos a partir dos estudos realizados por Anthony Giddens. Após, abordaremos a temática da confiança nessa perspectiva, procurando, principalmente, analisar a questão relativa à indispensabilidade da confiança no âmbito das complexas sociedades modernas em que vivemos. Examinaremos se, na Modernidade, a confiança cuida-se de uma escolha individual ou uma inexorável resultante do mundo moderno. Ao final, procuraremos sistematizar as principais reflexões feitas ao longo do texto para uma pretendida conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O tema da confiança tem sido frequentemente abordado pelos intérpretes e aplicadores do Direito. Não sem razão: a busca de significado para importantes institutos jurídicos como boa-fé objetiva, vedação ao comportamento contraditório, segurança jurídica etc. demanda necessariamente a compreensão sobre o assunto, cuja complexidade resulta, dentre outros fatores, do seu caráter inegavelmente multidisciplinar. Diante disso, o presente estudo tem por objetivo oferecer uma análise sobre a confiança sob uma ótica sociológica e no contexto da complexidade da vida moderna.

Para tanto, iremos inicialmente dedicar algumas linhas para a delimitação da ideia de Modernidade referida neste trabalho, apresentando seus traços característicos a partir dos estudos realizados por Anthony Giddens.

Após, abordaremos a temática da confiança nesta perspectiva, procurando, principalmente, analisar a questão relativa a indispensabilidade da confiança no âmbito das complexas sociedades modernas em que vivemos. Em outras palavras, procuraremos aqui examinar se, na Modernidade, a confiança cuida-se de uma escolha individual ou uma inexorável resultante do mundo moderno.

Ao final, procuraremos sistematizar as principais reflexões feitas ao longo do texto para uma pretendida conclusão.

2. ELEMENTOS PARA UMA CARACTERIZAÇÃO DA MODERNIDADE NA CONCEPÇÃO DE ANTHONY GIDDENS

Anthony Giddens, importante sociólogo britânico contemporâneo, dedicou grande parte de sua obra à análise institucional da Modernidade, pretendendo, segundo reconhece o próprio autor, afastar-se da maior parte das abordagens normalmente realizadas.¹ Giddens se refere à Modernidade circunscrevendo-a ao *“estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”*.²

Sem pretendermos aprofundar o tema referente à (in)existência de uma *“pós-modernidade”*, questão para nós afinal de menor importância, pois essencialmente terminológica, registramos a crítica feita por Giddens, para quem não basta inventar novos termos para a compreensão dos fenômenos sociais, cabendo ao sociólogo lançar olhar atento para a própria natureza da Modernidade. Para tanto, o estudioso britânico desenvolve suas concepções em torno do que ele chama de uma interpretação descontinuista do desenvolvimento social moderno, que compreende que as instituições sociais modernas são, em alguns aspectos, diferentes de outros tipos da ordem tradicional. Os modos de vida produzidos pela

1 GIDDENS, Anthony. **As consequências da Modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 11.

2 *Idem, op. e loc. cit.* Giddens examina o tema da globalização em seu **Mundo em Descontrole. O que a globalização está fazendo de nós**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2003, em especial p. 17-30.

Modernidade nos afastam de todos os tipos tradicionais da ordem social de uma maneira sem precedentes. Em virtude da radicalidade dessas transformações, há uma limitação de nosso conhecimento de períodos anteriores para interpretá-las. Segundo Giddens, o caráter descontínuista da Modernidade não tem sido tão enfocado, sobretudo, por influência do evolucionismo social. Por essa razão, deve-se deslocar a narrativa evolucionária ou desconstruir seu enredo, tanto para melhor elucidar a Modernidade, quanto para alterar o enfoque de parte do debate pós-moderno.³

As discontinuidades que afastam as instituições sociais modernas das tradicionais teriam como características: o *ritmo da mudança* que a era da Modernidade põe em movimento; o *escopo da mudança*, pois as transformações sociais penetram virtualmente no mundo todo; e a *natureza intrínseca das instituições modernas*, algumas delas sem nenhuma correspondência em períodos históricos anteriores, de que são exemplos “o sistema político do Estado-nação, a dependência por atacado da produção de fontes de energia inanimadas, ou a completa transformação em mercadoria de produtos e trabalho assalariado”.⁴

Giddens enxerga a Modernidade como um fenômeno de dois gumes. As instituições sociais modernas criaram a oportunidade para os seres humanos desfrutarem de uma vida segura e confortável e esse aspecto de oportunidade sempre foi mais fortemente enfatizado pelos fundadores clássicos da sociologia, como Karl Marx, Émile Durkheim e Max Weber. Contudo, a Modernidade gerou diversos efeitos indesejáveis, tais como: o *trabalho industrial moderno*, que, para além de submeter os homens à disciplina de um trabalho maçante e repetitivo, apresenta um potencial destrutivo de larga escala em relação ao meio ambiente; os *totalitarismos*, que pareciam ser pertencentes ao passado mas estão contidos nos parâmetros da Modernidade, como demonstram os episódios do Holocausto, do Fascismo e do Stalinismo; a *industrialização da guerra*, refutadora da tese durkheimiana de que o industrialismo geraria uma ordem industrial pacífica e integrada. Acrescenta Giddens que os pensadores

3 GIDDENS, Anthony. **As consequências da Modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 14-15. Mais adiante na mesma obra, às pp. 51-52, Giddens distingue pós-Modernidade e pós-modernismo, enfatizando que este último termo é mais apropriado para se referir a estilos ou movimentos na literatura, artes plásticas e arquitetura. Já quando nos referimos a caminhar para a pós-Modernidade, significa que estamos saindo das instituições da Modernidade rumo a um novo e diferente tipo de ordem social.

4 *Idem, op. cit.*, p. 16.

sociais também não puderam prever a invenção do armamento nuclear.⁵ O mundo moderno é, assim, repleto de perigos. Essa constatação tem contribuído para a perda da crença no progresso e, por consequência, para a dissolução de narrativas da história.

Giddens destaca que se pode encontrar na sociologia três concepções que impedem a realização de uma análise adequada das instituições modernas.

Em primeiro lugar, o *diagnóstico institucional da Modernidade*: para os autores influenciados por Marx, a força que amolda a sociedade moderna seria o capitalismo. Segundo Durkheim, a Modernidade seria resultado do industrialismo. Já Weber, embora fale de capitalismo, sem se referir à existência de uma ordem industrial, tem uma concepção mais próxima de Durkheim do que de Marx. Examinando essas concepções, Giddens entende que essas caracterizações da Modernidade não podem ser compreendidas como mutuamente excludentes, pois a Modernidade, no âmbito das instituições, seria multidimensional.⁶

Em segundo lugar, a ideia de *sociedade* utilizada ordinariamente pelo pensamento sociológico, com a qual se deve guardar reservas. Primeiro, porque os autores que veem a sociologia como o estudo das sociedades levam em consideração apenas as sociedades modernas e, entendidas dessa forma, as sociedades seriam simplesmente Estados-nação. Segundo, porque frequentemente entende-se que o principal objetivo da Sociologia seria solucionar o problema da ordem, compreendida aqui como a força que mantém a integração do sistema em face das divisões de interesses. Para Giddens, o problema da ordem não deve ser focado dessa maneira, mas como um problema de distanciamento tempo-espaço, pois as sociedades modernas “*são também entrelaçadas com conexões que perpassam o sistema sociopolítico do estado e a ordem cultural da 'nação'*”⁷ e apresentam um distanciamento de tempo-espaço muito maior que o das mais desenvolvidas civilizações agrárias.

Em terceiro lugar, as *conexões entre conhecimento sociológico e as características da Modernidade*: em várias formas de pensamento, a

⁵ *Idem, op. cit.*, p. 18.

⁶ *Idem, op. cit.*, p. 21.

⁷ *Idem, op. cit.*, p. 23.

Sociologia tem sido encarada como a ciência produtora de conhecimento sobre a vida social moderna, que poderia ser empregada a serviço da previsão e do controle. Giddens compreende que essas concepções são insuficientes, pois traduzem uma visão de reflexividade extremamente simples. Para ele, “*o conhecimento sociológico espirala dentro e fora do universo da vida social, reconstituindo tanto este universo, como a si mesmo como uma parte integral deste processo*”⁸, afastando-se da ideia de que haveria uma relação necessária entre a acumulação de conhecimento sociológico e o controle firmemente mais extensivo do desenvolvimento social.

Giddens afirma ser preciso romper com tais perspectivas sociológicas para dar conta do grande dinamismo e do escopo globalizante das instituições modernas, bem como para compreender a natureza de suas discontinuidades em relação às culturas tradicionais.

A partir de uma retrospectiva histórica, lembra que todas as culturas pré-modernas tinham suas formas de calcular o tempo. Contudo, esse cálculo de tempo sempre vinculou tempo e lugar. Giddens atribui à separação do tempo do espaço o extremo dinamismo da Modernidade. A determinação da hora do dia sempre esteve ligada a outros fatores socioespaciais. Ele atribui à descoberta do relógio mecânico o fator crucial para a separação entre o tempo e o espaço. Essa descoberta coincidiu com a expansão da Modernidade e trouxe, como efeitos, a padronização em escala mundial dos calendários e a padronização do tempo através das regiões.

Isso que ele define como esvaziamento do tempo seria pré-condição para o esvaziamento do espaço, pois “*a coordenação através do tempo é a base do controle do espaço*”.⁹ O autor define o espaço vazio como a separação entre espaço e lugar (cenário físico da atividade social). Se para as sociedades pré-modernas havia coincidência entre espaço e lugar, a Modernidade separa o espaço do tempo, estimulando relações entre “ausentes”, distantes de qualquer situação dada. Os locais passam a ser penetrados e moldados por influências sociais bem distantes.

A separação entre tempo e espaço é crucial para o dinamismo da Modernidade por variadas razões, dentre elas ser condição para o pro-

⁸ *Idem, op. cit.*, p. 24.

⁹ *Idem, op. cit.*, p. 26.

cesso de *desencaixe*, termo cunhado por Giddens para designar o “*deslocamento' das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de tempo-espaço*”.¹⁰ Ressalta a existência de dois tipos de mecanismos de desencaixe presentes nas instituições modernas. Em primeiro lugar, as *fichas simbólicas*, meios de intercâmbio que podem ser circulados sem ter em vista as características específicas dos indivíduos ou grupos que lidam com eles em qualquer conjuntura particular. O dinheiro é o exemplo mais significativo desse tipo de mecanismo. Como já afirmava Georg Simmel, “*a posição central que o dinheiro assume por meio do crescimento enorme do círculo de objetos alcançáveis por ele irradia a sua influência em vários traços característicos da vida moderna*”. Segundo esse sociólogo alemão, o dinheiro interpõe, entre o homem e os seus desejos, uma instância de mediação, um mecanismo facilitador, abrindo para o homem singular a chance à satisfação plena de seus desejos numa distância muito mais próxima.¹¹ Giddens acrescenta, porém, que as condições de desencaixe proporcionadas pelas economias modernas são muito mais amplas do que ocorria com as civilizações pré-modernas nas quais já havia dinheiro, pois hoje, o dinheiro independe de qualquer modo de representação, consistindo numa informação pura, armazenada como números num computador. Outro tipo de mecanismo de desencaixe presente na Modernidade são os *sistemas perito*, “*sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambiente material e social em que vivemos hoje*”.¹² Para Giddens, os sistemas nos quais está integrado o conhecimento dos peritos influenciam diversos aspectos do que fazemos continuamente. Exemplifica: ao permanecer em casa, também estamos envolvidos num sistema perito, pois não temos medo de subir as escadas da moradia mesmo sabendo que em tese a estrutura pode desabar. Eles seriam um mecanismo de desencaixe porque, do mesmo modo que as fichas simbólicas, retiram as relações sociais das imediações do contexto.

Para Giddens, todos os mecanismos de desencaixe dependem da confiança, que se baseia na experiência de que esses sistemas geralmente funcionam conforme as nossas expectativas. Pretendemos aprofundar essa temática no tópico seguinte.

10 *Idem, op. cit.*, p. 29.

11 SOUZA, Jessé e ÖELZE, Berthold. **Simmel e a Modernidade**. Brasília: UnB, 1998, p. 23-40.

12 GIDDENS, Anthony. **As consequências da Modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 35.

3. CONFIANÇA NA MODERNIDADE

Niklas Luhmann, importante sociólogo alemão falecido há pouco mais de uma década, procurando aprofundar uma teoria da sociedade contemporânea através de uma perspectiva interdisciplinar, assimilou a teoria da autopoiese da Biologia, revendo-a a partir de uma visão sociológica sistêmica. Procurando fazer um paralelo com a sociologia de Max Weber e Talcot Parsons – este último professor de Luhmann na Universidade de Harvard no início da década de 1960 –, registra Leonel Severo Rocha que “Weber situou a problemática da ação, da decisão; Parsons, a problemática dos sistemas. E Luhmann vai rever tudo isso e aprofundar uma teoria da sociedade contemporânea”.¹³ Os estudos de Luhmann deram origem à sua teoria dos sistemas sociais autopoéticos, cujas premissas teóricas se assentam principalmente nas ideias de *estrutura, sistema, poder, reflexão, ação e confiança*¹⁴, sendo esta última o elemento pertinente ao nosso objeto de estudo.

Na concepção de Luhmann, confiança resulta de uma necessidade de redução da complexidade da vida moderna, permitindo-nos circular no mundo.¹⁵

O sociólogo alemão compreende confiança através de três dimensões: a primeira é *subjéctiva*, de operação reflexiva, isto é, de que é preciso ter confiança e confiar nessa confiança; a segunda enfoca as expectativas *compartilhadas* reciprocamente entre indivíduos; e a terceira é *sistêmica*, transcendendo aspectos psíquicos e as relações individuais: a confiança, aqui, se estrutura em expectativas generalizadas em sistemas e organizações.¹⁶

Confiança possui necessária relação com a noção de desconfiança: a vida moderna, pela sua própria complexidade, cria ambiente favorável a um grande nível de desconfiança. A confiança reverte esse ambiente para uma atmosfera de aparente segurança, necessária para o irrecusável enfrentamento do incerto e do arriscado. É através da confiança que as

13 ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: UNISINOS, 2004, p. 190.

14 Neste sentido, FLORES, Luis Gustavo Gomes; BARRETO, Ricardo Menna. "Sociologia e Direito: um diálogo a partir das teorias de Niklas Luhmann e Anthony Giddens". *Revista da ABRASD – Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito*, nº 1, outubro de 2011, p. 245-253.

15 *Idem, op. cit.*, p. 252.

16 LUHMANN, Niklas. *Confiança*. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 121.

expectativas de comportamento são generalizadas, reduzindo “a falta de informações sobre condutas futuras e o risco quanto a incertezas”¹⁷. Tem a função de reduzir a complexidade do mundo moderno, ampliando suas possibilidades.

Retomando Anthony Giddens, este sociólogo britânico cita a definição de confiança feita pelo *Oxford English Dictionary*, segundo a qual seria compreendida como “crença ou crédito em alguma qualidade ou atributo de uma pessoa ou coisa, ou a verdade de uma afirmação”.¹⁸ Tanto crença como crédito estariam vinculados de algum modo à ideia de fé. O próprio Giddens esclarece que Luhmann distingue fé e confiança, ressaltando que esta deve ser compreendida especificamente em relação ao risco, um termo originado a partir da época moderna.

Para Luhmann, a noção de confiança desponta a partir da compreensão de que as nossas atividades e decisões podem gerar resultados inesperados. O risco, em grande medida, substitui a ideia de fortuna e está apartado das cosmologias. Embora crença e confiança se relacionem a expectativas que podem ser frustradas ou desencorajadas, a confiança pressupõe consciência das circunstâncias de risco. Dessa forma, aquele que considera alternativas estaria numa situação de crença; quem reconhece essas alternativas e tenta calcular os riscos assim reconhecidos, estaria engajado em confiança.¹⁹

Giddens critica a concepção de Luhmann porque entende que a confiança é geralmente um estado mais contínuo do que a sua teoria implica. Para Giddens, em condições de Modernidade, as atitudes de confiança são normalmente incorporadas à continuidade das atividades cotidianas e reforçadas pelas circunstâncias intrínsecas do dia a dia. Nesse sentido, “a confiança, assim, é muito menos um salto para o compromisso do que uma aceitação tácita de circunstâncias nas quais outras alternativas estão amplamente descartadas”.²⁰

Além disso, Giddens discorda de Luhmann quando ele conclui que quem se abstém de agir não incorre em risco, pois a inação seria frequen-

17 ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança*. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009, p. 12. No trecho que segue transcrito, o autor faz expressa referência a Gary S. Schaal.

18 GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da Modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 38.

19 *Idem*, *op. cit.*, p. 39.

20 *Idem*, *op. cit.*, p. 93.

temente arriscada. Feitas essas objeções, Giddens tenta conceituar o que ele entende por confiança, por meio de várias características a ela inerentes, dentre as quais destacamos as seguintes: está relacionada à ausência de tempo e espaço; não haveria necessidade de se confiar em alguém ou num sistema cujas atividades ou procedimentos fossem plenamente conhecidos e compreendidos; está vinculada não ao risco, mas à contingência; a confiança resulta da credibilidade em face de consequências contingentes, não importando se esses resultados decorram das ações humanas ou das operações de sistemas; não se confunde com a fé na credibilidade de uma pessoa ou de um sistema; ela deriva dessa fé. Seria uma espécie de elo que liga fé e crença; não se refere à fé na probidade moral dos outros, mas na fé na correção de princípios dos quais se é ignorante.²¹

Ao tratar da confiança em sistemas abstratos (gênero do qual os sistemas perito são espécie) na Modernidade, o sociólogo britânico toca num ponto sensível relativo a essa temática: a confiança não encerra uma escolha, pois a natureza mesma das instituições modernas está essencialmente vinculada à confiança em sistemas peritos. Vale transcrever sobre o tema as palavras de Giddens que, fazendo um paralelo com o que ocorria na pré-Modernidade, assinalou, *in verbis*:

Um dos significados disto, numa situação em que muitos aspectos da Modernidade tornaram-se globalizados, é que ninguém pode optar por sair completamente dos sistemas abstratos envolvidos nas instituições modernas. Este é mais obviamente o caso de fenômenos tais como o risco de guerra nuclear ou de catástrofe ecológica. Mas ele vale de uma forma mais completa para amplas extensões da vida cotidiana, tal como ela é vivida pela maioria da população. Os indivíduos em cenários pré-modernos, em princípio e na prática, poderiam ignorar os pronunciamentos de sacerdotes, sábios e feiticeiros, prosseguindo com as rotinas da atividade cotidiana. Mas este não é o caso no mundo moderno, no que toca ao conhecimento perito.²²

21 *Idem, op. cit.* p. 40-43.

22 *Idem, op. cit.* p. 88.

4. CONCLUSÃO

Seguindo a concepção de Modernidade de Anthony Giddens, a Modernidade “radicalizou-se” por meio de mecanismos de desencalxe, de que são exemplos as fichas simbólicas e os sistemas peritos. Tais mecanismos, ante sua complexidade, exigem confiança, baseada na experiência de que esses sistemas geralmente funcionam conforme as expectativas da sociedade.

Niklas Luhmann enxergava confiança como uma compreensão de que as nossas atividades e decisões podem gerar resultados inesperados, associando-a a ideia de aceitação de um risco calculado. Giddens, todavia, entende que a confiança é geralmente um estado mais contínuo, não se cuidando de uma escolha, mas de uma irrecusável resultante da vida moderna.

Filiamo-nos, neste particular, ao pensamento de Anthony Giddens, por considerar, como o sociólogo britânico, que, ante a complexidade do mundo moderno, confiança é uma atitude já incorporada à continuidade das atividades cotidianas e reforçadas pelas próprias contingências diárias, sendo, desse modo, menos um compromisso assumido do que uma aceitação tácita dessas únicas circunstâncias possíveis. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O Princípio da Proteção da Confiança**. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009.

FLORES, Luis Gustavo Gomes; BARRETO, Ricardo Menna. "Sociologia e Direito: um diálogo a partir das teorias de Niklas Luhmann e Anthony Giddens". **Revista da ABRASD – Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito**, nº 1, outubro de 2011, p. 241-266.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da Modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

_____. **Mundo em Descontrole. O que a globalização está fazendo de nós**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

SOUZA, Jessé e ÖELZE, Berthold. **Simmel e a Modernidade**. Brasília: UnB. 1998.

Refugiados Ambientais e sua Proteção Jurídica no Direito Internacional

Patricia Azevedo da Silveira

Advogada, professora convidada do Curso de Especialização em Direito Ambiental da UFRGS, Mestre e Doutora em Direito - UFRGS.

1. CONTORNOS INICIAIS DO PROBLEMA: A CATÁSTROFE NO PLANO INTERNACIONAL

As catástrofes naturais e a conseqüente migração de milhões de pessoas mundo afora, vem alarmando Estados, institutos e organizações internacionais. Impõe-se, na agenda internacional, por conta do crescimento desse contingente de indivíduos, a criação de um plano específico de proteção. É o que reconheceu, em 2005, a União das Nações Unidas, em parceria com o Instituto para o Meio Ambiente e Segurança Humana da ONU. Em 1985, o Programa das Nações Unidas conceituou refugiados ambientais a partir das lições de EL-HINNAWI¹ em seu estudo “Refugiados Ambientais”, definindo-os como “aquelas pessoas que foram forçadas a abandonar temporária ou definitivamente o seu lugar por declínio do meio ambiente” [químico, físico ou biológico que torne insustentável a vida humana temporária ou permanentemente]. Ele dividiu os refugiados ambientais em três categorias: a) em face de alguma ocorrência temporária natural, como terremoto ou ciclone; b) em face da ocorrência de efeitos permanentes que comprometam o *habitat*, tais como secas em lagos etc; c) em face de alguma mudança no *habitat*, de maneira que não haja como prover permanentemente as necessidades básicas.

No nosso estudo, foram reunidos tópicos sobre o *status* jurídico concedido àqueles que migram, por diferentes razões, na esteira da evolução do direito internacional, demonstrando-se que a falta de uma tutela

¹ EL-HINNAWI, Essam, citado por FIORENZA, Fabio. "Refugiados ambientais e a busca por reconhecimento e proteção pelo direito internacional". *Coleção Jornada de Estudos da ESMAF*, Brasília, v. 9, jul. 2011, p. 70.

jurídica adequada dos refugiados ambientais pode comprometer a efetiva proteção dos direitos humanos.

O Direito Internacional dos Refugiados é um dos ramos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Deixar-se uma lacuna normativa no tratamento do refugiado ambiental pode afetar o igualmente Direito Internacional do Meio Ambiente, que tem sua principiologia fundada na precaução, na comunhão do homem com a natureza (veja a Convenção da Diversidade Biológica, por exemplo) e na soberania da exploração dos recursos naturais e associados. A relação de custódia para com o meio ambiente encontra-se, por exemplo, na Declaração do Rio de 1992, que reconhece a “natureza integral e interdependente da Terra, nosso lar”. Daí a necessidade de firmar-se um adequado nível de informação, prevenção e responsabilização em sede de desastres naturais de efeitos transnacionais e planetários.

No sistema dos direitos humanos, é bastante ampla a previsão relativa às situações de proteção da vida e da segurança de qualquer pessoa. Ambas restam abaladas nas catástrofes ambientais. Não há dúvidas de que a questão ambiental é, hoje, um dos sustentáculos de afirmação dos direitos humanos. Por exemplo, o direito ao meio ambiente sadio foi inserido no sistema interamericano de direitos humanos por meio do art. 11, §§ 1º e 2º, do Protocolo de São Salvador, que entrou em vigor internacional em 1999.

A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. XXV, assim proclama: “1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice **ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora do seu controle**”. [destacamos]

A partir do século XXI, é certo afirmar-se que o enfrentamento da matéria ambiental, em nível planetário, tem relação direta com os desastres ambientais. A consequente criação de normas jurídicas internacionais, como contrapartida ao fenômeno da destruição, enriqueceu a noção de direitos humanos.

No que diz respeito aos aspectos jurídicos, imersos nesse fenômeno da destruição, figuram também os novos “sujeitos” do direito internacional, as ONGs. Elas, aliás, estão cada vez mais presentes nos encontros in-

ternacionais para a criação de normas jurídicas (é o caso da Agenda 21) e bastante atuantes na efetivação do direito ao meio ambiente equilibrado no plano global. Cite-se a organização internacional intergovernamental União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN).

Outro fenômeno igualmente importante toca a questão do diálogo entre as diferentes fontes nacionais e internacionais, no trato da responsabilidade jurídica e de planos de ação multilaterais, em face dos danos e riscos ambientais. O constitucionalista português J. Canotilho² indica, ao seu turno, que as constituições nacionais devem se abrir a uma rede cooperativa de “metanormas” (estratégias internacionais, pressões concertadas), de normas oriundas de ordens institucionais intermediárias (associações, programas internacionais) e de normas transnacionais, regionais e locais.

Não menos importante é a discussão em torno da necessária criação de um tribunal internacional para o meio ambiente (?), englobando todos os bens e serviços ambientais associados, e a desejável efetivação das regras internacionais contidas na *soft law* em nível nacional. Quem sabe, em vez de pensarmos em um tribunal específico para a matéria ambiental, não devemos, emergencialmente e no plano precaucional, implementar os canais de informação internacionais, no tocante a riscos iminentes. Ademais, convém refletirmos sobre a criação de um fundo ambiental planetário para prevenção e recuperação de áreas ditas “sensíveis”. Tudo para evitar-se, num futuro mediato, a fiscalização e sanções internacionais, próprias do direito de guerra e contrárias à Cultura de Paz³ que almejamos. Deve ser construído o consenso⁴ e as práticas realmente voltadas para a prevenção de desastres ambientais.

Segundo o Departamento das Nações Unidas para Assuntos Humanitários (UNDHA), “um desastre é uma grave interrupção do funcionamento de uma sociedade, causando perdas humanas, materiais ou ambientais que excedem a capacidade da sociedade afetada de lidar com tais consequências com seus próprios recursos.”⁵

2 CANOTILHO, J. citado por PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 53.

3 BUEY, F. et al. **Pensamento Pacifista**: Henry Thoreau, León Tolstói, Ghandi, Albert Einstein, Virginia Woolf, Hannah Arendt, Marin L. King e P. Thompson. Barcelona: Icaria Editorial, 2004, *passim*.

4 BOFF, Leonardo. **Ethos mundial: um consenso mínimo entre os seres humanos**. Rio de Janeiro: Sextante, 2003, *passim*.

5 "ESTADO do meio ambiente e retrospectivas políticas: 1972-2002", p. 290. Disponível em: http://www.wwiuma.org.br/geo_mundial_arquivos/cap2_desastres.pdf. Acesso em 12 jan. 2012.

Já o desastre ecológico é a catástrofe, causada geralmente pela ação humana, que provoca grande prejuízo em termos socioambientais, com perda de biodiversidade e de vidas humanas, nem sempre reparados ou reparáveis, e que exigem das instituições e dos próprios seres humanos, no plano subjetivo, um espírito de fraternidade. Aliás, carecem de esforços de toda ordem: orçamentários, psicológicos, técnicos, de gestão administrativa etc., impondo-se a atuação e o engajamento estatal (fundamental a ação da diplomacia multilateral) e social diferenciados e duradouros para a efetiva reconstrução da sociedade e recuperação do ambiente.

Um desastre ecológico pode ter proporção local, regional, nacional, transnacional e até planetária. Fato é que a migração daqueles atingidos por desastres ambientais comumente tem implicações planetárias, já que suas vítimas são, muitas vezes, forçadas a migrarem para diferentes partes do mundo, em busca da recuperação da sua dignidade. Veja-se, por exemplo, o caso dos imigrantes haitianos no Brasil.

Certo é que o Direito Internacional, portanto, precisa acompanhar esse acontecimento que vem se agigantando dramaticamente. A Declaração do Rio de 1992, por exemplo, em seu princípio 18, reconhece a necessária atuação da comunidade internacional diante dos desastres naturais:

Princípio 18

"Os Estados notificarão imediatamente outros Estados acerca de desastres naturais ou outras situações de emergência que possam vir a provocar súbitos efeitos prejudiciais sobre o meio ambiente desses últimos. Todos os esforços serão enviados pela comunidade internacional para ajudar os Estados afetados".

Uma vez que apontamos que o desastre ecológico é causado geralmente pela ação humana, cabem aqui algumas digressões. Nesse sentido, convém citar alguns diplomas legais internacionais, tais como a Convenção do Clima e o Protocolo de Kyoto. Eles relacionam mudanças climáticas com a ação antrópica, gerando um sistema de responsabilidades diferenciadas aos Estados-Partes, fundamentalmente àqueles incluídos em seu Anexo I. O mesmo se dá nos relatórios elaborados pelo Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) e outros institutos internacionais de pesquisas altamente credenciados. Foi ele, aliás, que,

em um de seus estudos, estimou que existirão 150 milhões de refugiados ambientais até 2050.

Segundo o sistema romano-germânico, no qual nos abeberamos para formar a doutrina do direito civil, clássica é a lição de que o instituto da responsabilidade civil resta afastado diante de acidentes naturais, tais como terremotos, maremotos etc. Parece-nos que, no tocante ao desastre ou catástrofe ambiental, podem perder sua razão de ser os institutos jurídicos “caso fortuito” e “força maior”. É o caso de desastres naturais decorrentes dos câmbios climáticos. Afinal, nessas situações de emergência, foi reconhecida, no plano internacional, a ação antrópica.

A linha divisória entre eles, por conta do nível de exposição ao risco a que chegou nossa sociedade de consumo, passa a ser tênue. Ao mesmo tempo em que transforma o paradigma da destruição, o fato de todos sermos responsáveis, em maior ou menor medida, por exemplo, pelos câmbios climáticos, pode gerar problemas na individualização das responsabilidades no plano internacional, enfraquecendo-a. Como computá-la e com base em qual critério? A partir do nível de desenvolvimento do país e sob qual critério, ou da destruição perpetrada no seu território nacional? Como garantir a liquidez da responsabilização dos países pobres? Com base em quê? Prestação de serviços ambientais, recuperação ou indenização? Como imputar-se a responsabilidade civil no plano individual? Qual é o critério (responsabilidade subjetiva ou objetiva), tribunal e sistemática?

Não basta, portanto, termos a previsão da *soft law* tal ocorre na Declaração do Rio de 1992, em seu Princípio 13. É necessária a construção jurídica da responsabilização transnacional. A forma de pensar a responsabilização, nos moldes tradicionais, no caso de desastres naturais, é ineficaz. Assim, uma análise sob a ótica causadores-vítimas, ou ganhador-perdedor (esta própria do regramento sobre a guerra) não parece ser a mais apropriada. Um desastre ambiental de proporções planetárias ou transnacionais não envolve nacionais de um lado e estrangeiros de outro, ou, em outros termos, aliado-inimigo, mas, fundamentalmente, seres humanos que são atingidos em sua dignidade dentro e fora do Estado nacional. É o cidadão planetário que precisa de amparo. É a cultura de Paz que necessita ser fortalecida. É o amor que precisa ser redescoberto em relação ao outro e em relação à natureza, dentre vários elementos, com o desapego. Pertence ao campo da subjetividade, metajurídico, portanto. Daí ser fundamental a educação para a Cultura de Paz.

Por outro lado, especificamente no caso dos câmbios climáticos, não só os gases de efeito estufa têm efeitos devastadores, mas o assoreamento, a destruição de matas ciliares e de florestas etc. E isso não está sendo computado no âmbito do Protocolo de Kyoto para responsabilizarem-se igualmente países em processo de desenvolvimento. Isso mostra que o sistema internacional de responsabilização em matéria ambiental, em face dos gases de efeito estufa, é deficitário. Não trata das causas de vários tipos de danos e riscos de forma abrangente, senão fragmentada, por melhor que seja a sua iniciativa.

De qualquer modo, mesmo que seja aceita a ação antrópica como uma causa de desastre natural, ainda que consorciado com desastre tecnológico (ex: afetação do sistema de usina atômica), tal qual ocorreu no Japão em 2011, complica-se a individualização das responsabilidades. Um país devastado carece de todo tipo de ajuda humanitária, restando para um segundo plano a responsabilização em termos práticos. Daí ser recorrente esta pergunta: como responsabilizar um país devastado pela catástrofe ambiental que se encontra no plano cultural, social, psíquico e econômico também profundamente abalado, mais do que nunca necessitando de ajuda internacional? E se forem sentidos os efeitos deletérios da radiação atômica em outros países? Como fazer exigências a um país em crise econômica? Como estabelecer o nexo de causalidade em situações cujo dano não é imediato? O sistema da responsabilidade civil é extremamente controvertido, seja no direito nacional, seja no direito internacional.

Ainda que não exista como ramo autônomo o Direito Internacional do Meio Ambiente e que haja impropriedades no sistema da responsabilidade civil e penal internacional em matéria ambiental, o sistema jurídico de tratamento de desastre já possui algumas normas consideráveis no âmbito da notificação dos desastres *tecnológicos*. É o caso da segurança nuclear. Cite-se, por exemplo, a Convenção sobre segurança nuclear de 1994, a Convenção sobre notificação rápida de um acidente nuclear de 1986 e a Convenção sobre assistência em caso de acidente nuclear ou emergência radiológica de 1986. Todas elas destinam-se à notificação do acidente nuclear aos demais países. Todos esses diplomas legais internacionais foram internalizados pelo Brasil. São frutos da Cultura da Destruição causada, exemplificativamente, pelo acidente nuclear de Chernobyl.

2. VÍTIMAS DOS DESASTRES AMBIENTAIS E MIGRAÇÃO: POR UM ESTATUTO DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS

Inicialmente, o instituto jurídico do “refúgio” foi disciplinado pelo direito de guerra. Afinal, foi a Convenção de Genebra, relativa à proteção das pessoas civis em tempos de guerra, de 12 agosto de 1949, que disciplinou o tema. A seguir, tivemos a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de julho de 1951, e seu Protocolo de 1966.

Recebia o *status* jurídico de refugiado toda pessoa que “em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões públicas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode, ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele”. (art. 1º, A, § 2º).

Logo, como aponta a doutrina, havia uma limitação geográfica [saídos da Europa] e temporal [antes de 1º de janeiro de 1951].

Em 1966, no Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, acima citado, ampliou-se o seu conceito jurídico. Passou então a ser qualificado como refugiado “qualquer pessoa que, temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele”.

Assim, sem mais a limitação geográfica ou temporal, o conceito estendeu-se para abarcar inúmeras situações subjetivas que forcem as pessoas a deixarem o seu território.

Já na Declaração de Cartagena sobre os Refugiados, de 1984, centrou-se a concessão do *status* de refugiado não no cometimento de crime de natureza política ou ideológica (como ocorre no asilo), mas em virtude de perseguição por motivos de raça, religião ou de nacionalidade, ou ainda pelo fato de pertencer o sujeito a determinado grupo social ou ter uma determinada opinião política, *somando-se isso à ameaça de violência generalizada, agressão interna e a violação massiva de direitos humanos.*

Com a inclusão da violação massiva de direitos humanos, criou-se um conceito jurídico aberto para que novas situações possam ser incluídas. E é justamente aí que reside uma discussão doutrinária importante: estariam os refugiados ambientais enquadrados nessa definição, ou seria necessária a criação de um estatuto próprio a eles? É este entendimento que defende Michel Prieur. Segundo ele, existem três tipos de catástrofes: as naturais, as decorrentes de degradação progressiva e as causadas por desastres tecnológicos. Haveria também aqueles que são expulsos de suas terras por conta de barragens e por conta da tentativa de proteção dessa área de importância ambiental (ex: expulsão para criação de uma estação ecológica)⁶. É uma sistemática diferente da adotada por El-Hinnawi, parecendo ser mais abrangente.

Aliás, esse renomado jurista francês defende inclusive a ideia de que não se trata de refugiados ambientais, mas sim de 'deslocados ambientais'. Dessa forma, estariam englobados aqueles que migram dentro do território e necessitam de ajuda humanitária, além de esta terminologia distinguir a situação de refúgio motivada por desastre ambiental da migração por questões estritamente políticas. Pergunta-se: se esse Estatuto abrigar o deslocado que migra internamente no país estaríamos, com isso, extrapolando o âmbito do Direito Internacional? E se estipular mecanismos internos para a realocação daqueles que migram, poderia haver afronta ao direito nacional? Cite-se que o Centro de Estudos da França e a ONU planejam uma convenção internacional para o tratamento da matéria, segundo informara Michel Prieur em 2010. Ao seu turno, Stephen Castles crê que o fundamental seria abordar as verdadeiras causas dos problemas que causam a migração, de maneira a torná-la desnecessária⁷.

O nível de destruição em nossa sociedade é tal que, no âmbito do refúgio, historicamente confrontamo-nos com a perda da nacionalidade. Vários sujeitos tornaram-se apátridas. Também houve a perseguição que culminou com a fuga em massa de pessoas e, a partir disso, passaram a ser consideradas *non grata* em seus países de origem. Hoje, nos deparamos

6 PROCURADORIA-REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO. **PROFESSOR francês traz novidades sobre direitos humanos e meio ambiente ao apresentar projeto de convenção internacional de refugiados ambientais.** Disponível em <http://www.prr3.mpf.gov.br/content/view/433/2/>. Acesso em 13 jan. 2012.

7 CASTLES, S. citado por SILVA, Fernando. "A proteção jurídica do refugiado no ordenamento jurídico brasileiro: o fundamento constitucional e as medidas legislativas e administrativas aplicáveis". *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, 2000, v. 29, p. 164.

com o desaparecimento de territórios (!), em face dos câmbios climáticos, e a retirada forçada da sua população para outros locais ou países. Segundo Antônio Cançado Trindade⁸, para o correto enquadramento de refugiado ambiental, é preciso distinguirmos as “vítimas de desastres naturais puros” (vulcões, terremotos) e as “vítimas de desastres ambientais causados por erro humano ou negligência (mudança climática, incêndios etc.)”. Somente estas últimas estariam sob o abrigo da Declaração de Cartagena para a proteção do direito dos refugiados.

Certo é que o instituto jurídico dos refugiados atualmente não contempla aqueles que migram dentro do território nacional. A estes denomina a doutrina “deslocados”. Igualmente, deve ser pensado em que termos dar-se-á o refúgio ambiental para que fique a) bem-delimitada a situação em que este refugiado pode ser devolvido ao seu país de origem ou realocado para outro Estado; b) as responsabilidades; c) bem como a sua duração. Assim, seria melhor definida a moldura do princípio de não entrega (*non refoulement*). E, em face da natureza desse refúgio, a composição da equipe transdisciplinar deve ser repensada, inclusive no Brasil, de modo a integrar um grupo maior de profissionais de diferentes áreas, tais como sociólogos, antropólogos, assistentes sociais, psiquiatras e psicólogos.

No âmbito da ONU, é o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) que trata da migração forçada. Pode conceder individual ou coletivamente a determinação de refugiado. Segundo relata Cançado Trindade, a ACNUR está se voltando para a prevenção, e não mais estritamente à ajuda humanitária internacional para proteção dos refugiados que já abandonaram seus lares⁹, ainda que não pareça inclinar-se pela criação de um Estatuto do Refugiado.

No Brasil, o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), ligado ao Ministério da Justiça e com composição multidisciplinar (e até religiosa, através da *Caritas*), trata dos refugiados *lato sensu*. Convém lembrar que o Brasil adotou o conceito amplo de refugiado e disciplina o tema na Lei Federal 9.474-97, sobretudo, em relação ao “devido processo legal do refugiado”.

8 CANÇADO TRINDADE, A. *Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. POA: Fabris, 1997. V. I, p. 133-134.

9 CANÇADO TRINDADE, A. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997, v. I, p. 158.

O processo administrativo para a admissão do refugiado *lato sensu* no país exige uma atuação diferenciada da Polícia Federal, diga-se de passagem. São vítimas, e não criminosos. Lembre-se que quem perder a condição de refugiado, em nosso país, pode estar sujeito à saída compulsória e passa a ser regido pelo Estatuto do Estrangeiro.

Impõe-se também pensarmos nos contingentes de migrantes que tendem a aumentar por conta dos desastres ambientais: qual é a responsabilidade de outros países os receberem? Essa é uma das questões que sinaliza a importância da criação de um Estatuto próprio para o refugiado ambiental, mas sem jamais limitar a fluidez do diálogo das fontes, sem desconsiderarem-se a *good governance* e o *global legal pluralism*. Afinal, os vários sujeitos, as várias fontes normativas e o caso concreto podem compor inúmeras formas de controle e solução. Trata-se da “rede cooperativa”, citada anteriormente por Canotilho, e do diálogo das fontes, tese desenvolvida por Eric Jayme.

Como seremos fraternos diante de situações emergenciais, ou de catástrofes de âmbito planetário? Poderemos devolver os refugiados a seus países de origem, em contrariedade ao *non refoulement*, se também nos encontrarmos em situação ambiental dramática? Essas são questões que seremos forçados a pensar cada vez mais, à medida em que avança a degradação ambiental. Como vamos, num futuro mediato ou imediato, repartir a água com os refugiados ambientais à medida que a água escasseia no planeta, mesmo sendo um bem natural a cujo acesso todos os povos têm direito?

3. OS DESASTRES AMBIENTAIS COMO A NOVA GUERRA

O pensamento pacifista voltou-se, num primeiro momento, à proclamação de valores voltados para a cultura da paz com base no antimilitarismo. Assim, repudiou-se a militarização da ciência, da política e da sociedade.

Sob esse contexto, foi assim que, no plano do direito internacional, várias normas jurídicas foram editadas no sentido de considerar-se a guerra como medida ilícita e genocida. Além disso, questiona-se a imparcialidade dos tribunais *ad hoc* e do Conselho de Segurança da ONU. A partir de 1948, sob o influxo do Pós-Guerra, desenvolveu-se – e muito – o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. Num

segundo momento, temos a reivindicação pela proteção do planeta, de modo a garantir-se a vida digna das presentes e futuras gerações, igualmente respeitando-se a própria Natureza. Esse fluxo de ideias ganhou força a partir da década de setenta.

Assim, a cultura de Paz, hoje, também repousa no desenvolvimento da Ética e da Justiça ambientais para os “cidadãos do mundo”. Trata-se de uma onda reativa contra o ecocídio – uma das graves violações de direitos humanos. Daí a necessária reformulação do que venha a ser guerra, o que gera consequências importantes na disciplina dos crimes de guerra. Sob um novo paradigma, discutimos a segurança e a defesa do próprio planeta. Não existem adversários no sentido clássico do termo. O que existem são direitos com sujeitos não identificáveis no sentido clássico, senão, fundamentalmente, na fluida humanidade. Paralelo a isso, existem situações de risco que expõem o planeta à iminência de um colapso que compromete a permanência e continuidade da vida humana, provocado não diretamente pelo Estado, mas por empresas que atuam “motivadas” pela falta de fiscalização dos órgãos administrativos desses países ou em face de deficiências e impropriedades, próprias do sistema jurídico nacional em matéria ambiental.

Nesse contexto tão complexo, estamos construindo o ideário da paz. Merecem destaque o Tratado para a proscricção de armas nucleares na América Latina e no Caribe (Dec. 1246, 1994) e a Declaração do Rio. Nos termos do Considerando daquele Tratado, vale citarmos: “Persuadidos de que: O incalculável poder destruidor das armas nucleares tornou imperativo seja estritamente observada, na prática, a proscricção jurídica da guerra, a fim de assegurar a sobrevivência da civilização e da própria humanidade [...]”.

O mesmo se depreende da Declaração do Rio, em alguns de seus Princípios, no tocante ao ideário da Cultura de Paz:

Princípio 24 da Declaração do Rio

"A guerra é, por definição, prejudicial ao desenvolvimento sustentável. Os Estados irão, por conseguinte, respeitar o direito internacional aplicável à proteção do meio ambiente em tempos de conflitos armados e irão cooperar para seu desenvolvimento progressivo, quando necessário".

Princípio 25 da Declaração do Rio

"A paz, o desenvolvimento e a proteção ambiental são interdependentes e indivisíveis".

Princípio 26 da Declaração do Rio

"Os Estados solucionarão todas as suas controvérsias ambientais de forma pacífica, utilizando-se dos meios apropriados, de conformidade com a Carta das Nações Unidas".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito se avançou no sistema da proteção dos refugiados *lato sensu*, consolidando um novo nível de proteção dos direitos humanos. Certo também é que convém definirem-se alguns contornos da política institucional de salvaguarda dos refugiados ambientais – na esfera da mitigação do risco social por eles enfrentado.

Mas igualmente é importante salientar que a norma jurídica não pode disciplinar todos os detalhes da questão, nem isso seria possível. Afinal, no âmbito internacional, haverá acordos de diplomacia multilateral e várias instituições atuarão no plano da ajuda humanitária, não somente Estados. Toda e qualquer calamidade gera um estado de emergência com desdobramentos previsíveis e imprevisíveis. Toda e qualquer catástrofe cria vítimas, mas também atores que sequer tinham a responsabilidade institucional de ingerência. Fazem-no movidos pela ética e pela solidariedade ou compaixão.

Fundamental é que, num contexto de degradação extrema, o direito humanitário, no que diz respeito aos refugiados ambientais, não se torne capítulo do direito de guerra. É aí que reside uma chave importante para a cultura de Paz no mundo, de modo que todos os povos possam viver dignamente e num meio ambiente saudável. E a Cultura de Paz volta-se fundamentalmente para a proteção do planeta em que vivemos, assim como para a salvaguarda do núcleo essencial dos direitos humanos. Afinal, o direito em si busca proteger o que senão a vida?❖

REFERÊNCIAS

BOFF, Leonardo. **Ethos mundial: um consenso mínimo entre os seres humanos**. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

BREITWISSER, Liliane Graciele. "Refugiados ambientais: breves notas sobre sua proteção jurídica internacional". **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 142-166, out/dez 2009.

BUEY, F. *et al.* **Pensamento Pacifista**: Henry Thoreau, León Tolstói, Ghandi, Albert Einstein, Virginia Woolf, Hannah Arendt, Marin L. King e P. Thompson. Barcelona: Icaria Editorial, 2004.

CANÇADO TRINDADE, Antônio. **Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. POA: Fabris, 1997. V. I

_____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1997, v. I.

"ESTADO do meio ambiente e retrospectivas políticas: 1972-2002". Disponível em: http://www.wwiuma.org.br/geo_mundial_arquivos/cap2_de-sastres.pdf. Acesso em 12 jan. 2012.

FIorenza, Fábio. "Refugiados ambientais e a busca por reconhecimento e proteção pelo direito internacional". **Coleção Jornada de Estudos da ESMAF**, Brasília, v. 9, p. 67-73, jul. 2011.

LEGISLAÇÃO de Direito Internacional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. at. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PROCURADORIA-REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO. "PROFESSOR francês traz novidades sobre direitos humanos e meio ambiente ao apresentar projeto de convenção internacional de refugiados ambientais, 2010". Disponível em <http://www.prr3.mpf.gov.br/content/view/433/2/>. Acesso em 13 jan. 2012.

SILVA, Fernando. "A proteção do refugiado no ordenamento jurídico brasileiro: O fundamento constitucional e as medidas legislativas e administrativas aplicáveis". **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, 200, v. 29, p. 180-192.

A Responsabilidade Civil da Indústria Tabagista e a Teoria do Risco Concorrente

Vitor Guglinski

Advogado em Minas Gerais. Pós-graduado com especialização em Direito do Consumidor.

No findar do ano de 2010, o brilhante civilista Flávio Tartuce defendeu sua tese de doutorado na USP, na qual sustenta a aplicação da teoria do risco concorrente nos casos que envolvem demandas de consumidores contra a indústria do tabaco. O eminente professor promove uma rápida explanação sobre o tema no site do INJUR – Instituto Cultural para a Difusão do Conhecimento Jurídico (<http://www2.injur.com.br/pg/videos/play/group:5/9325/responsabilidade-civil-pelo-cigarro-prof-flvio-tartuce>), adiantando que o assunto, dada sua relevância, merece ser objeto de aprofundado estudo durante os próximos anos.

Diante das interessantes colocações do Doutor Flávio, penso que a questão mereça mesmo ser estudada e esmiuçada à luz dos princípios e regras que orientam o ordenamento jurídico brasileiro.

A questão que envolve o consumo de tabaco é, de fato, das mais intrincadas no estudo do Direito. A doutrina civilista é dividida, mas a jurisprudência do STJ é majoritária no sentido da não responsabilização da indústria do tabaco pelos danos ocasionados pelos efeitos do fumo. Só no ano passado, o Tribunal da Cidadania, amparado em precedentes, analisou a questão dos danos provocados pelo fumo em três oportunidades: no REsp 1.009.591-RS, no REsp. 1.113.804 e no REsp 886.347-RS.

Os argumentos despendidos no julgamento do REsp 886.347-RS estão disponíveis no Informativo nº 430, abaixo transcritos:

RESPONSABILIDADE. CIGARRO.

Cuidava-se de ação de indenização por dano material e moral decorrente das sequelas causadas pelo uso de cigarro ajuizada

em 2004, já sob a égide do CDC. Nesse contexto, de acidente de consumo perfeitamente tipificado no art. 12 daquele código, tal qual entendeu o Min. Luis Felipe Salomão (convocado da Quarta Turma para desempatar a votação), não se mostra razoável conceder ao autor a disponibilidade sobre o diploma legal que deve ser aplicado à sua pretensão. Prevaleceu o entendimento, antes esposado pelo Min. Massami Uyeda, de que deve incidir, no caso, a prescrição quinquenal do art. 27 do CDC, que não é afastada pelo disposto no art. 7º desse mesmo codex. Apesar de esse artigo prever a abertura do microsistema para outras normas que possam dispor sobre a defesa de consumidores, ainda que insertas em diplomas que não cuidam especificamente da proteção do consumidor, a prescrição vintenária do art. 177 do CC/1916, que se pretendia fazer incidir, caracteriza-se pela generalidade e vai de encontro ao regido especificamente na legislação consumerista. Anotou-se que o disposto no art. 2º, § 2º, da LICC também determina a aplicação do art. 27 do CDC ao caso. Isso posto, mediante a reconsideração dos votos vencidos, com a ressalva da Min. Nancy Andrighi quanto a seu entendimento, a Turma, por unanimidade, acolheu esse entendimento, recentemente consolidado pela Segunda Seção, e extinguiu o feito com a resolução do mérito; pois, afirmado pelo autor que ele tomou conhecimento do dano em meados de 1997, o ajuizamento da ação estaria restrito até 2002 por força da aplicação da prescrição quinquenal. Precedentes citados: REsp 489.895-SP; REsp 304.724-RJ, DJ 22/8/2005; REsp 1.036.230-SP, DJe 12/8/2009, e REsp 810.353-ES, DJe 11/5/2009. REsp 1.009.591-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/4/2010.

Por conseguinte, confira-se os argumentos articulados no REsp. 1.113.804, ao analisar uma ação ajuizada pelos sucessores de um ex-fumante que morreu em decorrência de câncer de pulmão provocado pelo uso do cigarro. O STJ levou em consideração diversos fatores para afastar a responsabilidade da indústria tabagista, sendo que o julgado encontra-se no informativo nº 432 do STJ, cuja suma se transcreve:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CIGARRO.

O falecido, tabagista desde a adolescência (meados de 1950), foi diagnosticado como portador de doença broncopulmonar obstrutiva crônica e de enfisema pulmonar em 1998. Após anos de tratamento, faleceu em decorrência de adenocarcinoma pulmonar no ano de 2001. Então, seus familiares (a esposa, filhos e netos) ajuizaram ação de reparação dos danos morais contra o fabricante de cigarros, com lastro na suposta informação inadequada prestada por ele durante décadas, que omitia os males possivelmente decorrentes do fumo, e no incentivo a seu consumo mediante a prática de propaganda tida por enganosa, além de enxergar a existência de nexo de causalidade entre a morte decorrente do câncer e os vícios do produto, que alegam ser de conhecimento do fabricante desde muitas décadas. Nesse contexto, há que se esclarecer que a pretensão de ressarcimento dos autores da ação em razão dos danos morais, diferentemente da pretensão do próprio fumante, surgiu com a morte dele, momento a partir do qual eles tinham ação exercitável a ajuizar (actio nata) com o objetivo de compensar o dano que lhes é próprio, daí não se poder falar em prescrição, porque foi respeitado o prazo prescricional de cinco anos do art. 27 do CDC. Note-se que o cigarro classifica-se como produto de periculosidade inerente (art. 9º do CDC) de ser, tal como o álcool, fator de risco de diversas enfermidades. Não se revela como produto defeituoso (art. 12, § 1º, do mesmo código) ou de alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança, esse último de comercialização proibida (art. 10 do mesmo diploma). O art. 220, § 4º, da CF/1988 chancela a comercialização do cigarro, apenas lhe restringe a propaganda, ciente o legislador constituinte dos riscos de seu consumo. Já o CDC considera defeito a falha que se desvia da normalidade, capaz de gerar frustração no consumidor, que passa a não experimentar a segurança que se espera do produto ou serviço. Dessarte, diz respeito a algo que escapa do razoável, que discrepa do padrão do produto ou de congêneres, e não à capacidade inerente a todas as unidades produzidas de o produto gerar

danos, tal como no caso do cigarro. Frise-se que, antes da CF/1988 (gênese das limitações impostas ao tabaco) e das legislações restritivas do consumo e publicidade que a seguiram (notadamente, o CDC e a Lei n. 9.294/1996), não existia o dever jurídico de informação que determinasse à indústria do fumo conduta diversa daquela que, por décadas, praticou. Não há como aceitar a tese da existência de anterior dever de informação, mesmo a partir de um ângulo principiológico, visto que a boa-fé (inerente à criação desse dever acessório) não possui conteúdo **per se**, mas, necessariamente, insere-se em um conteúdo contextual, afeito à carga histórico-social. Ao se considerarem os fatores legais, históricos e culturais vigentes nas décadas de cinquenta a oitenta do século anterior, não há como cogitar o princípio da boa-fé de forma fluida, sem conteúdo substancial e contrário aos usos e costumes por séculos preexistentes, para concluir que era exigível, àquela época, o dever jurídico de informação. De fato, não havia norma advinda de lei, princípio geral de direito ou costume que impusesse tal comportamento. Esses fundamentos, por si sós, seriam suficientes para negar a indenização pleiteada, mas se soma a eles o fato de que, ao considerar a teoria do dano direto e imediato acolhida no direito civil brasileiro (art. 403 do CC/2002 e art. 1.060 do CC/1916), constata-se que ainda não está comprovada pela Medicina a causalidade necessária, direta e exclusiva entre o tabaco e câncer, pois ela se limita a afirmar a existência de fator de risco entre eles, tal como outros fatores, como a alimentação, o álcool e o modo de vida sedentário ou estressante. Se fosse possível, na hipótese, determinar o quanto foi relevante o cigarro para o falecimento (a proporção causal existente entre eles), poder-se-ia cogitar o nexa causal juridicamente satisfatório. Apesar de reconhecidamente robustas, somente as estatísticas não podem dar lastro à responsabilidade civil em casos concretos de morte supostamente associada ao tabagismo, sem que se investigue, episodicamente, o preenchimento dos requisitos legais. Precedentes citados do STF: RE 130.764-PR, DJ 19/5/1995; do STJ: REsp 489.895-SP, DJe 23/4/2010; REsp

967.623-RJ, DJe 29/6/2009; REsp 1.112.796-PR, DJ 5/12/2007, e REsp 719.738-RS, DJe 22/9/2008. REsp. 1.113.804-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/4/2010.

Finalmente, no REsp 886.347-RS, julgado em 25/05/2010, foi afastada a responsabilidade da empresa demandada por ausência de nexo de causalidade entre sua conduta e o dano experimentado pelo autor da ação – portador de tromboangeíte obliterante – TAO ou doença de Buerger, um mal causado quase exclusivamente pelo fumo. Além de considerar ausente o nexo causal, foi levado em conta que o fumante já conhecia os riscos causados pelo consumo de cigarros, uma vez que começou a fumar em 1988, ou seja, no ano em que as advertências sobre os males causados pelo fumo começaram a ser estampadas explicitamente nos maços de cigarros, tendo o consumidor se valido de seu livre-arbítrio. Confira-se a síntese do acórdão, contida no informativo nº 436 do STJ:

DANO MORAL. FUMANTE.

Mostra-se incontroverso, nos autos, que o recorrido, autor da ação de indenização ajuizada contra a fabricante de cigarros, começou a fumar no mesmo ano em que as advertências sobre os malefícios provocados pelo fumo passaram a ser estampadas, de forma explícita, nos maços de cigarro (1988). Isso, por si só, é suficiente para afastar suas alegações acerca do desconhecimento dos males atribuídos ao fumo; pois, mesmo diante dessas advertências, optou, ao valer-se de seu livre-arbítrio, por adquirir, espontaneamente, o hábito de fumar. Outrossim, nos autos, há laudo pericial conclusivo de que não se pode, no caso, comprovar a relação entre o tabagismo desenvolvido pelo recorrido e o surgimento de sua enfermidade (tromboangeíte obliterante – TAO ou doença de Buerger). Assim, não há falar em direito à indenização por danos morais, pois ausente o nexo de causalidade da obrigação de indenizar. Precedentes citados: REsp 325.622-RJ, DJe 10/11/2008; REsp 719.738-RS, DJe 22/9/2008, e REsp 737.797-RJ, DJ 28/8/2006. REsp 886.347-RS, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), julgado em 25/5/2010 (ver Informativo n. 432).

Destarte, afóra a questão da prescrição quinquenal, tratada no REsp 886.347-RS, ao examinar o mérito de duas outras demandas que envolvem a responsabilidade civil da indústria tabagista, a jurisprudência do STJ ancora-se, principalmente, nos seguintes argumentos:

1. O cigarro é um produto de periculosidade inerente;
2. A indústria tabagista não deve ser responsabilizada, uma vez que milhares de fumantes adquiriram o hábito de fumar numa época em que os fabricantes não conheciam os efeitos deletérios do tabaco para a saúde humana.
3. A comercialização do cigarro é lícita, somente sendo restringida a propaganda;
4. Não há ofensa à boa-fé objetiva, na medida em que há que se considerar o contexto legal, histórico e cultural vigentes até antes de se conhecer os riscos do consumo de tabaco;
5. A Medicina não comprovou a causalidade necessária, direta e exclusiva entre o consumo de tabaco e o câncer, pois o estilo de vida do fumante deve ser analisado globalmente, uma vez que fatores como stress, sedentarismo, má alimentação, consumo de álcool etc. também contribuem para o desenvolvimento da doença;
6. Há que se considerar o livre arbítrio do indivíduo, que, dentre as opções de não fumar e fumar, escolheu a última, havendo, portanto, sua culpa exclusiva.

Até o momento, essa é a posição do STJ em relação à matéria, ou seja, os fabricantes de cigarros não devem ser responsabilizados pelos danos advindos do consumo das substâncias presentes no tabaco, na medida em que não se lhe pode atribuir culpa exclusiva.

Em sentido contrário, no ano de 2008 o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo examinou a questão na Ap. Cível nº 379.261.4/5-00, oportunidade em que condenou, por maioria, a indústria tabagista pelos danos causados ao consumidor, com destaque para o voto do eminente

Des. Caetano Lagrasta. Do julgado, pode-se extrair, destacadamente, os seguintes argumentos:

- 1.** O cigarro é um problema de saúde pública, inclusive devendo-se responsabilizar o Estado pelos danos causados pelo fumo, haja vista o dano social que se verifica no hábito de fumar;
- 2.** A imposição social do fumo no passado;
- 3.** A doença da autora da ação (Doença de Buerger) foi causada pelo consumo de cigarros;
- 4.** No passado, a publicidade do cigarro era enganosa, em razão da omissão intencional de informações relevantes por parte da indústria tabagista em relação aos males causados pelo cigarro;
- 5.** A licitude da comercialização de cigarros somente está presente em parte da atividade da empresa, mas não no momento em que aquela coloca nos produtos substâncias sabidamente nocivas à saúde;
- 6.** Em relação ao livre arbítrio, sustenta que este não pode conduzir à existência de um dogma ou a uma estranha e impossível religião do vício, ou seja, não se pode transferir ao consumidor todo o peso do consumo de cigarros.

Explicitadas a tese e a antítese, passo agora à síntese, amparado nos argumentos que compõem a tese defendida pelo professor Flávio Tartuce em seu doutorado.

Consoante o trabalho apresentado à banca examinadora, o autor em referência propõe um meio termo entre a total ausência de responsabilidade por parte daquelas empresas e sua responsabilidade integral pelos danos causados pelo cigarro, sendo que a argumentação se desenvolve a partir da chamada concausalidade, entendida como a concorrência de causas que redundam na ocorrência do evento danoso experimentado pelo ofendido.

Em sede normativa, a concausalidade pode ser extraída da leitura dos arts. 944 e 945 do Código Civil, que assim dispõem:

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

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Se por um lado não é justo que as empresas fabricantes de cigarros suportem sozinhas a responsabilidade pelos danos causados pelo consumo do tabaco, muito menos justo seria permitir que a indústria tabagista continue seu comércio sem que seja responsabilizada pela propagação de um produto sabidamente nocivo à saúde humana. Da mesma forma, não é justo nem que o consumidor suporte sozinho aqueles danos, e nem que fique totalmente isento de responsabilidade pelos seus atos. É preciso, como foi dito, analisar a realidade fática que cerca os sujeitos envolvidos, de forma a verificar a parcela de culpa de cada um para a materialização do dano.

Consoante a doutrina de Jorge Mosset Iturraspe, citado por Tartuce no vídeo referido no início deste artigo, há que se verificar qual foi a contribuição causal dos sujeitos envolvidos na cadeia de eventos que culminaram no dano experimentado pelo ofendido, pois, segundo o jurista argentino, na responsabilidade civil, raríssimas são as situações em que uma parte é totalmente culpada e a outra é totalmente inocente.

Com vistas nas dificuldades enfrentadas pelos estudiosos do tema, sugere-se como solução para essa celeuma a realização de exame pericial consistente na consecução de cálculos estatísticos, a serem solicitados pelo juiz da causa, sendo que entende-se como justa a proporção de 20% de culpa por parte do consumidor, e os 80% restantes por parte da empresa tabagista.

Mas por que a indústria tabagista deve ser mais responsável pelos danos em discussão? Ora, por serem conhecedoras de todas as informações sobre os malefícios que envolvem o consumo do tabaco, as empresas fabricantes de cigarros agem refletidamente, conscientes, e exclusivamente baseadas no custo-benefício que cerca sua mercância.

Aliás, auferindo muito mais benefícios do que custos ao longo de todos os anos durante os quais omitiu, dolosamente, informações relevantes, conhecidas antes do Poder Público em relação à capacidade destruidora das substâncias componentes do cigarro, iniciando e mantendo as pessoas nesse vício nefasto.

Analogicamente, a atividade da empresa tabagista se aproxima da ideia de dolo eventual, estudado no Direito Penal. Essas empresas, mesmo sabendo que seus produtos são potencialmente letais, assumem o risco, *in casu* um risco proveito, porquanto auferem lucro com sua atividade, preferindo continuar comercializando derivados do tabaco, pois, mesmo que milhares de pessoas sofram danos em razão do consumo de cigarros, e até possam morrer por isso, sua finalidade (lucro) estará satisfeita.

De sua sorte, valendo-se da mesma analogia, o consumidor estaria incorrendo em culpa consciente, na medida em que, embora tenha plena consciência de que o consumo de cigarros pode matar, acredita seriamente que tal resultado não advirá. Certamente, a conduta da empresa é muito mais grave.

Nos parece que a proposta em estudo, dentre todas até então apresentadas pela doutrina e pela jurisprudência, é a mais justa e correta, pois não se pode desprezar que o consumidor, sem dúvida, é quem, em última instância, determina seu comportamento, sendo essa a consequência natural do determinismo inerente ao ser humano.

Mas será que o comportamento do consumidor é refletido, consciente, livre de influências externas?

O consumo é atividade que deve ser refletida, isto é, deve ser desempenhada conscientemente, de maneira livre e espontânea pelo consumidor. Tomando por base essa premissa, não encontramos dificuldades em concluir que o consumidor, em maior ou menor grau, acaba sendo influenciado pela publicidade cotidiana, a qual, se hodiernamente não é explícita, é praticada de forma velada. Se é certo que hoje temos a restrição da propaganda do cigarro, não é por isso que a indústria tabagista deixará de anunciar o cigarro de forma sutil, através do cinema e da TV, por exemplo. A título ilustrativo, quantos de nós não assiste, quase diariamente, a notícias sobre atletas, principalmente do futebol, que são consumidores de cigarros?

Ora, será que a imprensa, ao divulgar esse tipo de informação, seja por qual mídia for, não é capaz de despertar no indivíduo a falsa ideia de

que fumar não causa tantos males? Afinal de contas, um atleta profissional, externamente em forma, gera a presunção de que goza de boa saúde, na medida em que um corpo saudável é indispensável para um bom desempenho no esporte.

Sendo assim, a ideia de que o hábito de fumar se relaciona ao livre arbítrio não merece prevalecer, já que somente será legítimo se advier de atividade refletida por parte do consumidor.

O argumento no sentido de que a industrialização e comércio de tabaco são atividades lícitas, autorizadas e regulamentadas pelo Poder Público também não deve prosperar, a teor do que dispõe o art. 187 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé e pelos bons costumes.

Fim econômico, fim social, boa-fé e bons costumes são conceitos jurídicos indeterminados, isto é, que na análise de um caso concreto dependem de valoração por parte do julgador, a fim de conferir concretude à norma jurídica. Desses quatro elementos, penso que a análise de somente dois deles (fim social e bons costumes) já é suficiente para rechaçar o argumento da comercialização de cigarros como atividade lícita.

Quanto ao fim social, indagamos: Qual é o fim social do cigarro? Esse tipo de produto possui um fim social? É salutar à sociedade? Em que medida? Há quem diga que um cigarrinho acalma, relaxa etc. Com a devida licença dos que entendem o contrário, não consigo visualizar qualquer outro fim social do cigarro que não seja somente a geração de empregos na respectiva indústria. Hodiernamente, fumar é considerado um hábito antissocial.

No tocante aos bons costumes, sem nos estender, estes geralmente são relacionados à ideia de moralidade, isto é, na ideia de atitudes reiteradas e de conteúdo ético que, de um modo geral, facilitam ou tornam agradável a vida em sociedade. No passado, a doutrina aproximava o conceito de bons costumes ao de boa-fé, exatamente em razão da carga ética comum a ambos os institutos. Todavia, consoante lição

de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva¹, “o que importa contrastar é que os bons costumes referem-se a valores morais indispensáveis ao convívio social, enquanto a boa-fé tem atinência com a conduta concreta dos figurantes na relação jurídica” (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo, 1976, p. 31).

Sendo assim, indagamos: o hábito de fumar é um bom costume? Traz benefícios? É um comportamento desejado? Obviamente, a resposta é negativa, o que é corroborado pelas leis antifumo que vêm restringindo o uso do tabaco nos mais diversos locais, em todo o território nacional, sempre em nome da saúde pública referida pelo Desembargador Caetano Lagrasta no julgado mencionado linhas atrás.

Quando contrariados aqueles conceitos presentes no art. 187 do Código Civil, dá-se o nascimento do abuso de direito, o que, nos dizeres de Flávio Tartuce, ocorre “*quando a pessoa exceda um direito que possui, atuando em exercício irregular de direito*”². Ou seja, em sua conduta inicial, a atividade é lícita, porém, torna-se ilícita em momento posterior, o que, no caso do cigarro, materializa-se no momento em que o fabricante insere no produto substâncias sabidamente tóxicas e potencialmente letais.

Assim, s.m.j., se a indústria tabagista sabe que sua atividade é perniciosa à sociedade, está incorrendo em abuso de direito, pois contraria o fim social e os bons costumes, e daí decorre sua responsabilidade objetiva de reparar os danos sofridos por seus “clientes”.

Um breve parêntese: provavelmente alguns leitores irão rechaçar as ideias contidas neste texto, argumentando que, paralelamente ao cigarro, o mercado de consumo possui diversos outros gêneros cujo consumo também provoca danos à saúde humana, tais como as *fast foods*, os refrigerantes, o açúcar, o sal, a gordura animal presente nas carnes e derivados do leite, os agrotóxicos presentes nos vegetais etc. Além disso, poderão argumentar que a poluição presente no ar, nas águas e outros infundáveis fatores são capazes de causar danos à saúde, inclusive o câncer.

Para esses leitores, esclareça-se que, certamente, o consumo exagerado daqueles produtos e substâncias é sim capaz de causar danos das mais diversas ordens ao organismo, inclusive desencadear algum tipo de

1 **Jornal Carta Forense**, segunda-feira, 3 de agosto de 2009. Acesso em: 06/04/2011.

2 *In Manual de Direito Civil: volume único* / Flávio Tartuce – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011.

câncer. No entanto, o consumo moderado, dentro dos padrões recomendados pela Medicina, é essencial à sobrevivência humana. O açúcar, a gordura, o sal, os oleaginosos etc., todos tem importância para o correto funcionamento do corpo humano. Em excesso, causam danos; em carência, igualmente. Assim, consumidos em níveis seguros, salvo em casos específicos que envolvem pessoas que já são portadoras de algum mal ou sensíveis a alguma substância, os gêneros animais, vegetais e minerais nos auxiliam.

Mas, e o cigarro? Qual substância presente no cigarro é indispensável à manutenção da vida humana? Ora, sabidamente nenhuma! Aliás, a informação constante nos maços de cigarro é: *“não existem níveis seguros para consumo dessas substâncias”*.

Nessa era da chamada principalização do Direito, os estudiosos devem voltar os olhos para a Constituição Federal – norma jurídica repleta de princípios que visam a orientar o desenvolvimento social em todos os seus níveis e de forma plena, sendo que não é por acaso que o direito à vida se encontra em posição topográfica no texto constitucional. É um direito que não deve ser encarado como mera declaração, mas sim como objeto primordial das ações governamentais e da própria sociedade, com vistas à promoção do pleno desenvolvimento do indivíduo, já que, nos dizeres de Miguel Reale, *“o homem é o valor fonte de todos os valores”*.

Com essas breves considerações, manifesto meu total apoio aos estudiosos que, arduamente, vem se debruçando sobre esse grave problema de saúde pública, torcendo para que aqueles acometidos pelo vício do fumo possam dele se livrar, mas, acima de tudo, para que às próximas gerações seja oportunizado o exercício de uma liberdade legítima, livre da má influência do marketing subliminar e das perniciosidades mercadológicas que acometem o consumo. ❖

Categorizando o Mundo: Do Discurso Secular ao Discurso Jurídico nas Varas Criminais do Rio de Janeiro*

**Alexandre Neves Júnior
Beatriz Helena F. R. C. Figueiredo
Gabriela Ribeiro Fanti Nassar
Jéssica de Araujo Martins
João André Carvalho Dourado Quintaes
Letícia de Oliveira Lima
Manoela Lübe Paixão**

RESUMO

Este trabalho procura descrever e analisar as interações entre os profissionais do direito e profanos (testemunhas) em audiências judiciais. A pesquisa se divide em dois momentos: no primeiro, foi realizado um estudo com textos sobre o tema para que o grupo adquirisse conhecimento teórico. No segundo momento ocorreu a pesquisa de campo. A pesquisa de campo é baseada na observação e transcrição de oito audiências nas Varas Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, contando com aproximadamente nove horas de observação em três varas diferentes. As tabelas contidas no trabalho contam com fiel transcrição das audiências, além do conteúdo da ata e de observações. A partir de tal instrumento pode-se verificar a forma como o profissional do Direito

* Este artigo foi o resultado de uma oficina de pesquisa do CJUS- Centro de Justiça e Sociedade da FGV Direito Rio, sob a orientação dos professores Fernando Fontainha e Fernanda Almeida.

constrói as perguntas em torno de conceitos jurídicos com o intuito de constatar a presença destes na conduta do réu. Dois autores fundamentais para a produção da pesquisa foram Baudouin Dupret e Pedro Heitor Barros Geraldo. Desta forma, durante o desenvolvimento são explicados os principais argumentos de ambos autores, além de sua relação com as interações analisadas durante a visita ao Tribunal de Justiça.

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como objetivo realizar a comparação entre o discurso de juristas e de profanos, em contraste com o que é transcrito para as atas de audiência, para que se possa verificar como os profissionais do direito se orientam para a produção de uma decisão jurídica pertinente e direcionam suas perguntas a fim de alcançar institutos jurídicos. Ademais, busca-se verificar se existem diferenças formais no diálogo travado entre os profissionais da área e profanos que possuam certo grau de conhecimento jurídico, como por exemplo, policiais. Na presente pesquisa, os profanos, são as testemunhas, e nelas se encontra nosso principal enfoque.

Optamos pela temática desta pesquisa devido à metodologia diferenciada, em que se observa o direito em ação, como ele funciona na prática, nas relações interpessoais. Além disso, objetivamos realçar a importância de se examinar a contribuição efetiva das testemunhas, uma vez tendo elas que se ajustar ao contexto institucional dos tribunais.

Ainda cabe ressaltar a escassez de trabalhos acadêmicos com a finalidade de observar o direito como referência social, com atores sociais e seus discursos e, portanto, nosso interesse e motivação para a escolha do tema.

Entendemos que (i) os profissionais do direito (Magistrados, Promotores de Justiça, Defensores Públicos e Advogados) formulam e direcionam suas perguntas para as testemunhas com objetivo de alcançar institutos jurídicos em suas respostas e que (ii) existem diferenças formais no discurso de juristas e de profanos, e também com aqueles que possuem algum conhecimento jurídico durante a audiência. Por fim, (iii) o que foi testemunhado/relatado é aquilo que, de fato, após transcrição, consta na ata de audiências.

A metodologia adotada foi a observação direta e transcrição posterior dos diálogos em audiências com oitivas de testemunhas, por fim analisadas à luz de textos acadêmicos relacionados intrinsecamente ao tema.

1. PESQUISA DE CAMPO

O trabalho de campo teve início no dia dezesseis de setembro de dois mil e onze (sexta-feira). Os autores, acompanhados dos orientadores da pesquisa, foram pela primeira vez ao Fórum do Estado do Rio de Janeiro. Chegando à área das varas criminais, dividimo-nos, e cada parte do grupo ficou responsável por determinado número de varas. O objetivo desta primeira atividade era ir a cada cartório e conseguir a pauta de audiências da semana seguinte, para que pudéssemos nos programar para assistir às audiências que contassem com o maior número de oitivas de testemunhas possível. Foi-nos aconselhado a anotar as audiências com oitivas de testemunhas, com os respectivos horários. Porém, não foi preciso anotar, já que na maioria dos cartórios, os funcionários imprimiam a pauta para nós, exceto alguns que não contavam com tão boa vontade. Foi interessante observar a estranheza com que os funcionários dos cartórios das varas criminais ouviam nossos pedidos; alguns não sabiam o que fazer, se podiam ou não nos entregar a pauta. Um dos funcionários foi até ao secretário do juiz para perguntar se podia e aquele respondeu prontamente: “Claro que pode! A audiência é pública!”. Em um caso, um dos funcionários foi perguntar à pessoa responsável pelo cartório se poderia imprimir e a responsável respondeu: “Não! Imagina se eu imprimir uma cópia para todos os estagiários que vêm aqui? Temos compromisso com racionamento de papel”. Em outro, foi pedido até mesmo o nosso documento de identificação de estudante da FGV.

Após conseguir as pautas, os autores se reuniram com os orientadores da pesquisa no próprio Fórum, em uma sala gentilmente reservada para nós pela EMERJ. Lá foram compiladas todas as audiências e separadas as que mais interessavam para a pesquisa. Depois disso, selecionamos quem iria em qual dia e a quais audiências. Sendo assim, tudo já estava preparado para que a pesquisa, em si, tivesse início.

A próxima atividade seria assistir às audiências selecionadas e transcrever as perguntas direcionadas às testemunhas, bem como suas

respostas. Além disso, era necessário conseguir o termo de depoimento, no qual consta tudo aquilo que foi dito pela testemunha, tal como ditado pelo juiz, para que pudéssemos comparar com aquilo que foi transcrito.

Antes de relatar como foram as audiências, julgamos de extrema importância uma breve explicação de como se estrutura uma sala de audiência. A sala de audiência conta com uma mesa mais alta, onde ficam o juiz no centro e o promotor ao seu lado esquerdo (numa mesa de altura pouco inferior). O escrivão localiza-se ao lado direito do juiz, em uma mesa de altura inferior. Na frente do lugar do juiz, formando uma espécie de “T”, encontra-se uma mesa longa que conta com os lugares das testemunhas (lado direito) e do advogado de defesa (lado esquerdo). Na ponta da mesa, em destaque, se localiza o réu. Atrás da cadeira do réu são localizadas cadeiras exclusivas para policiais e no canto esquerdo da sala se encontram cadeiras para o público em geral, de onde observamos.

Testemunha é a pessoa com compromisso de dizer a verdade de maneira imparcial, podendo esclarecer a verdade sobre um fato ocorrido por ter tomado conhecimento dos fatos. Segundo o art. 202 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa natural, detentora de direitos e obrigações, pode testemunhar. Não é possível o testemunho de pessoa jurídica, visto que ao testemunhar a pessoa natural se compromete a dizer a verdade, podendo responder por falso testemunho (art. 342, CP). Cabe ressaltar que testemunha é diferente de informante. Este último não tem compromisso com a verdade e cabe ao juiz decidir se o depoente será uma testemunha, compromissada, ou informante (NUCCI: 2010, p. 457-458).

A primeira parte do grupo ficou responsável pelas audiências de segunda-feira. Ao chegar à sala de audiência e ter o primeiro contato com o secretário do juiz, constatamos o primeiro obstáculo para nossa pesquisa, os depoimentos das testemunhas estavam sendo gravados, o que torna desnecessária a transcrição no termo de depoimento. Por isso, em alguns casos, não foi possível ter acesso ao que foi ditado pelo juiz ao escrivão. O mesmo ocorreu com a segunda parte do grupo que foi ao Fórum na quarta-feira. Em nenhuma das audiências acompanhadas até aí, foi possível ter acesso à ata da audiência. Só conseguimos ter acesso quando a última parte do grupo foi ao Fórum, na quinta-feira. A vara selecionada ainda não contava com o método de gravação e o trabalho do

escrivão estava assegurado. Apesar de não conseguir o documento que contava com a transcrição do depoimento das testemunhas, optamos por continuar a pesquisa da mesma forma. Os depoimentos foram transcritos e compilados. O resultado foi organizado nos quadros que serão demonstrados posteriormente.

Outro obstáculo à pesquisa foi o atraso das audiências. Havíamos nos programado à risca com as pautas que tínhamos. Uma audiência às treze horas em determinada vara, outra às treze horas e trinta minutos em outra vara e, assim por diante. Porém, não foi possível assistir nem à metade das audiências que havíamos programado, já que a maioria das audiências atrasava - uma das audiências marcadas para treze horas, começou às quatorze horas e trinta minutos, por exemplo.

Além disso, como pegamos a pauta na semana anterior à audiência, algumas testemunhas não confirmaram suas presenças e tampouco compareceram, e outras, mesmo que confirmadas, também não compareceram. Sendo assim, enquanto estávamos preparados para ouvir o depoimento de um número considerável de testemunhas, não conseguimos ouvir tantas assim. Em uma das audiências acompanhadas, estavam previstas doze testemunhas a princípio. Mas, no entanto, só duas compareceram e depuseram.

Nos quadros a seguir, estão os dados de nossa pesquisa. Na primeira coluna, foram transcritas as perguntas direcionadas às testemunhas e as respostas dadas pelas mesmas. Na segunda coluna, está exatamente aquilo que foi ditado pelo juiz ao escrivão e colocado no termo de depoimento assinado pelas testemunhas, quando se foi possível ter acesso a este. E por fim, na terceira coluna, comentários feitos por nós, pelos quais buscamos evidenciar qual o objetivo da pergunta realizada pelos profissionais do direito, ou seja, qual instituto jurídico o juiz, promotor ou advogado, desejava atingir.

Esta primeira tabela é referente a um caso de homicídio culposo no trânsito onde foram atropeladas quatro pessoas que estavam em um ponto de ônibus de madrugada, tendo uma delas falecido devido ao acidente. O réu alega ter dormido ao volante voltando para casa, após ter deixado um amigo. No rol de testemunhas, estava uma das vítimas do atropelamento, que teve suas duas pernas fraturadas, e o amigo do acusado.

Testemunha de acusação:

Perguntas (do juiz e promotora) e respostas da testemunha	Ata da audiência	Comentários
<p>Pergunta: Você disse que estava no ponto de ônibus. Era em cima da calçada? Como o carro subiu a calçada?</p> <p>Resposta: O carro veio na direção da calçada, quebrou aqueles frades de proteção e passou por um orelhão. Depois que ele atingiu mesmo as pessoas que estavam em cima da calçada, e aí que começaram os gritos de "socorro".</p>	<p>“que estava no ponto de ônibus em cima da calçada e ali foi atingida pelo carro, sendo que depois viu que o carro subiu a calçada, quebrou aqueles “frades” de proteção, passou por um orelhão, no momento em que o carro deu o vóo e aí atingiu as pessoas”</p>	<p>A promotora perguntou à testemunha como foi, para saber como o acidente foi causado. Se o motorista estava dirigindo imprudentemente, por exemplo.</p>
<p>Pergunta: Teve algum contato com o motorista depois do acidente?</p> <p>Resposta: Só no dia do acidente, depois não tive nenhum contato</p>	<p>“que depois do dia do fato não teve nenhum contato com o motorista”</p>	<p>Promotora pergunta se houve algum contato entre a testemunha e o acusado para saber se houve algum tipo de combinação ou tentativa de suborno para que a testemunha mudasse o seu depoimento.</p>
<p>Pergunta: Você viu se ele estava alcoolizado?</p> <p>Resposta: Ouvei dizer que estava, mas não tem como provar nada. O meu marido ouviu dizer dos policiais que ele estava bêbado.</p>	<p>“que ouviu dizer que o motorista estava alcoolizado, mas não tem provas que ele estava alcoolizado.</p>	<p>Testemunha não quis se comprometer em dar um possível falso testemunho. O juiz também optou por não incluir os policiais no termo de depoimento.</p>

Em relação à testemunha de acusação, as perguntas levam a um depoimento que, principalmente, esclareça como ocorreu o acidente e em que circunstâncias. Desta forma, o juiz consegue traçar de que forma o réu agiu e quanto sua conduta contribuiu para o acidente, para assim poder julgar o caso corretamente. Cabe ressaltar também, que foi questionado se esta testemunha gostaria de depor sem a presença do réu na sala de audiências; a mesma responde que não faria diferença, o que mostra que a testemunha em nenhum momento sofreu algum tipo de intimidação por parte do réu, o que a levaria a depor sem a presença dele. Além disso, foi observado no corredor do Tribunal, antes de entrar na sala de audiências que, quando o

réu chegou com sua família e a testemunha já estava aguardando o início da sessão, a mãe do acusado foi pronta e educadamente cumprimentá-la.

Testemunha de defesa (amigo do réu):

Perguntas (juiz, promotora e advogado de defesa) e respostas da testemunha	Ata da audiência	Comentários
<p>Pergunta (advogado): O réu bebeu?</p> <p>Resposta: Não recordo</p> <p>Pergunta (advogado): O réu apresentava sinal de embriaguez?</p> <p>Resposta: Não, nenhum</p> <p>Pergunta (advogado): Estava de carona?</p> <p>Resposta: Sim.</p> <p>Pergunta (advogado): Deixou você em casa?</p> <p>Resposta: Sim.</p> <p>Pergunta (advogado): Qual trajeto?</p> <p>Resposta: Fomos até Botafogo deixar a namorada e a amiga dela em casa, paramos no Humaitá para comer e depois me deixou em casa, no Leblon.</p> <p>Pergunta (advogado): Como foi a direção durante o trajeto?</p> <p>Resposta: Foi normal</p> <p>Pergunta (advogado): Em que local reside?</p> <p>Resposta: Na época, na Bartolomeu Mitre, 1370.</p> <p>Pergunta (advogado): É próximo do local do acidente?</p> <p>Resposta: Fica há uns 200 metros.</p>	<p>“que não se recorda se o réu bebeu naquele dia, naquele bar; que o réu não apresentava sinais de embriaguez; que estava de carona no carro dele e foi deixado em casa pelo réu; que saíram do bar Gente Fina e foram até Botafogo onde o réu deixou a namorada e uma amiga, e seguiram para Humaitá onde comeram algo e depois o réu deixou o depoente em sua casa no Leblon; que a direção do réu foi normal no circuito; que na época morava na Bartolomeu 1370; que tal endereço fica a 200 metros do acidente.”</p>	<p>O advogado de defesa endereça perguntas-chaves à testemunha para que seu depoimento comprove que o réu não apresentava sinais de embriaguez e apresentava condições de dirigir. Como por exemplo, o trajeto percorrido, que não foi curto, e o depoente relata que a direção do acusado estava normal.</p>

<p>Pergunta (MP): No bar Gente Fina, existia o sistema de consumação mínima?</p> <p>Resposta: Na época, existia, sim.</p> <p>Pergunta (MP): Se lembra do valor da consumação mínima?</p> <p>Resposta: Não sei.</p>	<p>“que na época, acha que existia o sistema de consumação mínima; que não sabe o valor da consumação mínima”</p>	<p>Pergunta chave da promotora que tenta saber se era possível descobrir se o réu tinha bebido pelo valor da conta do bar, que constava na fatura do cartão de crédito do acusado, que posteriormente foi mostrado.</p>
<p>Pergunta (MP): Aparentava estar sonolento?</p> <p>Resposta: Em momento algum, até me deixar em casa.</p>	<p>“que em momento algum o réu parecia estar sonolento até o momento em que deixou o depoente em casa”</p>	<p>Através desta pergunta, a promotora tenta descobrir se era possível o réu ou quem estava acompanhando ele, terem a consciência de que o réu poderia dormir ao volante. Ou seja, saber se ele continuou dirigindo mesmo considerando este risco, podendo ser caracterizado dolo eventual, no caso em que se assume o risco.</p>
<p>Pergunta (Juiz): Quanto tempo você conhece o réu?</p> <p>Resposta: Desde a faculdade, uns 5 ou 6 anos</p> <p>Pergunta (Juiz): Você gosta dele? Considera ele um amigo?</p> <p>Resposta: Sim, gosto dele e considero como amigo.</p>	<p>“que conhece o réu desde a faculdade, há uns 5 ou 6 anos; que considera-o um amigo”</p>	<p>O Juiz faz esta série de perguntas para saber a proximidade do réu com o depoente, se este deve ser enquadrado como testemunha ou informante.</p>
<p>Pergunta (Juiz): Já saiu muitas vezes com o réu?</p> <p>Resposta: Sim.</p> <p>Pergunta: Nessas vezes, já viu o réu bebendo e dirigindo?</p> <p>Resposta: Que eu tenha visto, não.</p>	<p>“que já saiu muitas vezes com o réu (...); que nunca viu o réu dirigir após beber”</p>	<p>Estas perguntas têm como objetivo saber se era hábito o réu dirigir sob efeito de bebidas alcoólicas.</p>

<p>Pergunta: E o réu trabalhava em tempo integral?</p> <p>Resposta: Acho que sim.</p>	<p>“que acha que o réu trabalhava em tempo integral.</p>	<p>Com essa pergunta, o juiz deseja descobrir a quanto tempo o réu estava sem dormir no dia que o acidente ocorreu e se seria de bom senso o réu ter optado por não dirigir, já que estava sob grande cansaço pois trabalhou o dia inteiro.</p>
---	--	---

É possível separar este interrogatório em três partes: do advogado de defesa; do Ministério Público e do juiz.

Em relação ao interrogatório do advogado de defesa, as perguntas estavam muito bem “engatilhadas”, o que nos levou a inferir que houve uma combinação de quais perguntas seriam feitas. Além disso, as sequências de perguntas endereçadas ao depoente são de extrema relevância. O objetivo do advogado é recontar os fatos sob uma ótica que prove o contrário do que a parte contrária, Ministério Público, está tentando afirmar. Ou seja, o advogado deseja, principalmente, comprovar que o réu não apresentava nenhum sinal de sonolência ou embriaguez, ainda que tivesse bebido algo, e que o acidente ocorreu por mera fatalidade, sem qualquer dolo do acusado. Por isso, perguntas que descrevem o trajeto e qual era o estado do réu.

Já em relação ao interrogatório feito pelo Ministério Público, o objetivo da promotora era provar que seria totalmente plausível que o crime tivesse ocorrido devido à influência de bebidas alcoólicas, já que o réu esteve em dois bares na mesma noite, ou ao menos, devido ao cansaço, e que se não pudesse ser encarado como um dolo eventual, aquele em que o agente é capaz de prever um resultado e consente, realizando a conduta da mesma forma pode ser considerado culpa consciente, já que era totalmente previsível que este resultado pudesse ocorrer, porém o agente repudia fortemente este resultado. Para tanto, a promotora se utiliza de perguntas referentes ao valor da conta paga nos bares e se o réu apresentava condições de dirigir.

Seguindo a mesma linha do Ministério Público, o juiz tenta descobrir se a conduta do réu pode ser enquadrada como consciente já que, mesmo se ele não tiver ingerido bebida alcoólica, ele trabalhou o dia inteiro, estava a quase vinte e quatro horas sem dormir. Desta forma, o resultado era previsível.

A próxima tabela é referente a um caso de estelionato, com base no art.171 do Código Penal. A denúncia veio do banco em que a ré trabalhava e praticava vantagem ilícita sobre uma senhora, desviando o dinheiro que a senhora recebia. Como já foi dito anteriormente, neste caso, não foi possível ter acesso ao termo de depoimento, por isso, a coluna em branco. Foram ouvidas duas testemunhas, ambas de acusação. Uma delas, a primeira, trabalhava com a ré e a outra, neta da vítima.

Testemunha de acusação: chefe da ré. Para não citar nomes, C é a vítima e V é a ré.

Perguntas e respostas da testemunha	Comentários
<p>Pergunta: O que aconteceu foi exatamente o que foi narrado?</p> <p>Resposta: Sim. A Dona C foi com a neta na agência e a minha gerente me chamou dizendo que precisava de mim lá na frente. Aí me disseram “Estão fazendo uma acusação grave”. Aí eu disse “O que houve?”. E minha gerente respondeu: “Está constando uns extratos que Dona C não fez”. Liguei para o meu chefe e este pediu para que C fizesse uma carta ao banco.</p>	<p>A Juíza nesta primeira pergunta, procurava saber se algo a mais poderia ser acrescentando na denúncia, ou se algo de errado estava contido na mesma. Assim, a Magistrada procurava a veracidade dos fatos.</p>
<p>Pergunta: Mas a Dona C desconfiava de V?</p> <p>Resposta: C não desconfiava de V, porém Dona C não quis dizer quem a atendia. Só depois de muita insistência a Dona C disse quem a atendia no banco (V).</p> <p>Pergunta: A senhora acompanhou esse procedimento?</p> <p>Resposta: Sim, acompanhei. Pedi para ela fazer uma carta, relatando por escrito o ocorrido.</p>	<p>A Juíza tenta descobrir, através da pergunta, se a vítima tinha consciência do caráter da ré, se em algum momento a ré deu motivo para que a vítima desconfiasse dela.</p>
<p>Pergunta: Na hora, a V confessou?</p> <p>Resposta: Não. À noite recebi uma ligação da gerente falando que a V havia assumido. Falei com a V no telefone, quando ela estava com a gerente.</p>	<p>Esta pergunta foi importante para saber se a ré, em algum momento anterior, já tinha confessado o crime.</p>
<p>Pergunta: Você era chefe dela?</p> <p>Resposta: Sim, era.</p>	<p>Nesta pergunta, percebemos que a juíza deseja saber qual era a relação profissional da ré com a testemunha, qual era a proximidade entre elas, para assim enquadrá-la como informante ou como testemunha.</p>

Testemunha de acusação: neta da vítima

Perguntas e respostas da testemunha	Comentários
<p>Pergunta: Sua avó disse que era atendida pela V?</p> <p>Resposta: Sim.</p>	<p>A juíza desejava descobrir se era mesmo a ré que atendia a vítima e era responsável pelo estelionato, ou até mesmo saber se a acusada tinha algum cúmplice.</p>
<p>Pergunta: Na hora, Já desconfiava de V?</p> <p>Resposta: Sim. Até criou-se um clima pesado pois foi criada uma amizade entre minha avo e V mas, fomos embora do banco.</p> <p>Mas, eu só fiquei sabendo que era a V, mesmo, na delegacia, quando fomos chamados. Mas, decidimos não processar, minha avo já é de idade e apenas queria seu dinheiro. Quem na verdade processou foi o banco.</p>	<p>Juíza desejava saber se em algum outro momento a acusada apresentou alguma conduta suspeita.</p>
<p>Pergunta: Esse dinheiro era o que?</p> <p>Resposta: Pensão, INSS. Tinha uma conta poupança também.</p>	<p>Essa pergunta tinha o objetivo de saber se o dinheiro era de extrema importância para a sua sobrevivência.</p>
<p>Pergunta: Você se recorda da idade dela na época?</p> <p>Resposta: Sim, 89 anos.</p>	<p>Neste questionamento a magistrada tenta extrair informações visando ao perfeito enquadramento deste caso, na lei de idosos, além de ser agravante da pena, quando o crime é praticado contra idosos, acima de 60 anos (art. 61, II, h, CP).</p>

Na exposição abaixo, foi observado um caso em que um menino teria sido constrangido de maneira involuntária a praticar sexo oral em outro rapaz mais velho que também morava no bairro. A pessoa chamada para depor foi a mãe do menino, que relata o caso baseando-se em suas observações como também no que seu vizinho relatou; este por sua vez também fora solicitado para testemunhar a favor da acusação, porém acabou por não vir. Vale ressaltar que a mãe do menino não pode ser enquadrada como testemunha, pois ela não pode ser compromissada com a verdade, já que a vítima é seu filho. Sendo assim, ela é considerada informante.

Depoimento da Mãe da Vítima

Perguntas e respostas da informante	Comentários
<p>Pergunta (Juiz): Só para esclarecer. Eu preciso saber se ele colocou o pênis para fora.</p> <p>Resposta: - Sim. O LLL (vizinho) viu ele colocar o pênis pra fora.</p> <p>Pergunta (Juiz): E o movimento significou que ele queria praticar sexo oral?</p> <p>Resposta: Sim.</p> <p>Pergunta (Juiz): O seu filho confirmou isso para a senhora?</p> <p>Resposta: Confirmou. Nunca vi ele tão assustado. Tive que levar ele na psicóloga. Foi difícil. Tive que arcar com a despesa do meu bolso. As notas dele na escola ficaram ruins.</p>	<p>O juiz procura saber, através de seu inquérito à mãe “Ele colocou o pênis para fora?” se era constrangimento através de conjunção carnal ou ato libidinoso. (Art 213, CP). Além disso, a mãe na sua resposta relata as consequências do acontecimento para o menino.</p>

É interessante observar o tom de delicadeza que o juiz apresentava ao longo da audiência, preocupando-se em zelar pelo bem-estar da mãe, ainda perguntando para a mesma se ela estava bem; se seu filho estava regularmente realizando encontros com uma psicóloga, o que a agradou.

No próximo caso, o réu foi indiciado por estar traficando substâncias psicoativas. O primeiro policial, que foi ouvido como testemunha, relatou os fatos referentes ao momento de sua captura, quando supostamente estaria com as substâncias entorpecentes dentro de uma sacola da qual tinha anteriormente tentado se desfazer. Outrossim, estava conversando com uma menina antes de o policial o avistar, possivelmente tentando vender-lhe as substâncias, configurando tráfico de entorpecentes (Art. 33 da Lei 11.343/06).

Depoimento de um dos policiais

Perguntas e respostas da testemunha	Comentários
<p>Pergunta (Promotor): Já o conhecia anteriormente?</p> <p>Resposta: Não conhecia anteriormente.</p> <p>Pergunta (Promotor): Ele deu alguma justificativa para estar com a droga?</p> <p>Respostas: Não me recordo.</p> <p>Pergunta (Promotor): Tinha alguma substância entorpecente dentro da sacola?</p> <p>Resposta: Sim.</p>	<p>O procurador visava saber se havia alguma droga ou substância psicoativa (como maconha) contida dentro da sacola que pudesse qualificar o delito. Numa outra instância também buscava saber se eram conhecidos, para saber se havia envolvimento do policial com o crime de maneira direta.</p>

Notamos que o magistrado em questão se utilizou de uma série de artifícios linguísticos como perguntas para trabalhar na construção dos fatos juridicamente pertinentes e qualificáveis almejando descobrir o instituto por trás do que foi apresentado, conforme pontificava Dupret.

No próximo caso, segundo o depoimento dos policiais, estava havendo uma comoção num bar local enquanto estavam patrulhando a área e se depararam com um sujeito embriagado, presumivelmente a fonte da confusão, que estava em posse de uma arma. Os policiais deram ordem de prisão a ele que foi indiciado por Posse ou Porte Ilegal de Arma de Fogo de uso Restrito com base no Art. 16 § único, inciso IV, da Lei 10.826/03.

Depoimento de um dos policiais

Perguntas e respostas da testemunha	Comentários
<p>Pergunta(Promotor): E a ocorrência? Pode contar pra gente como foi?</p> <p>Resposta: Bom, tava alí patrulhando as ruas da Praça da Bandeira e me deparei com uma situação num bar. Decidimos abordar o cidadão que estava alterado. Ao abordar encontramos uma arma. Demos ordem de prisão para ele.</p>	<p>O promotor neste caso estava querendo saber se a arma era pertencente ao Estado (Ao batalhão da polícia, delegacia de polícia, exérci-</p>

<p>Pergunta(Promotor): Então o senhor se lembra do réu ser apreendido juntamente com a arma?</p> <p>Resposta: Sim. Ele tinha informado que o pai dele era oficial e estava guardando a arma para o pai.</p> <p>Pergunta(Promotor): A arma estava raspada? E municuada?</p> <p>Resposta: Não me lembro se estava raspada, mas estava municuada sim.</p>	<p>to, etc.) ou se, estando raspada, não haveria a possibilidade de identificar o registro, sendo característico de armas pertencentes à fações criminosas.</p>
--	---

Pudemos observar ao longo dessa audiência que o juiz formulou suas perguntas para os policiais de uma maneira distinta da que observamos com a mãe da criança que fora estuprada. O policial, por ser mais familiarizado com a linguagem jurídica e por possuir mais experiência no que tange à sua relativa frequência no mesmo ambiente que juízes, organiza suas respostas da maneira mais objetiva possível, visando a responder à pergunta do magistrado que, por sua vez, formula sua pergunta de maneira quase “mecânica”, já sabendo exatamente o que perguntar, sabendo que eles iriam conhecer o termo e prosseguir com seu depoimento.

2. ETNOMETODOLOGIA E INTERAÇÕES NO MUNDO DO DIREITO

Em artigo que trata do processo etnometodológico, Baudouin Dupret (2010: p. 97-122) ressalta a importância da intencionalidade na classificação do crime como doloso ou culposo. Para Dupret, a intencionalidade constitui um dos critérios centrais do trabalho de qualificação judiciária. Por conseguinte, o autor almeja mostrar como os magistrados e, mais particularmente, os promotores de justiça organizam suas atividades na prática em torno do estabelecimento deste constituinte do crime.

Neste artigo, pudemos notar que a questão central presente é a realização do direito na prática. Observamos que o uso da etnometodologia e da análise de conversação ajuda na compreensão da linguagem interacional do processo judiciário. Assim, esses dois instrumentos (etnometodologia e a análise de conversação) têm como característica beneficiar uma melhor decomposição analítica do processo judiciário. É visível uma relação que se dá entre os profissionais e profanos, como também, suas interações dentro do “campo jurídico”, para utilizar a expressão de Bourdieu (2001: p. 51).

Pedro Heitor Geraldo (2009: p. 4-5), em seu artigo, mostra a sala de audiência como um lugar privilegiado no que tange à interação entre os profanos e os profissionais. Trata-se de um ambiente aonde o leigo irá se inserir, no campo do Direito, através de juízes que irão tratar de “canalizar” ou enquadrar suas queixas, demandas e problemas na construção dos fatos para torná-los juridicamente pertinentes e qualificáveis (para relacionar a célebre frase do latim “*Da mihi factum, dabo tibi jus*”). Desta forma, a sala de audiência é um ambiente interessante para observar o trabalho jurídico, pois nesta se pode assistir ao Direito em ação. Geraldo afirma ainda que, o momento da audiência é de suma importância para a pesquisa, uma vez que é possível observar o trabalho dos profissionais de direito, e como esta tarefa é realizada com os profanos. Constatamos isso em nossas idas ao fórum, onde observamos leigos e juristas interagindo para uma melhor elaboração do documento jurisdicional.

É mister ressaltar a abordagem que ambos os autores concedem no que diz respeito à maneira de como os profissionais do direito direcionam suas perguntas em torno de institutos jurídicos a que o magistrado visa alcançar.

Ao observarmos o artigo de Geraldo, vemos que a linguagem ordinária (dos leigos) e a perita (dos profissionais) se misturam. O juiz utiliza atalhos para explicar melhor o procedimento para os leigos, assim, “a linguagem muda para que as regras do direito sejam compreensíveis pelas pessoas” (GERALDO: 2009, p.15, tradução do autor). Com isso, torna-se perceptível o esforço recíproco através do qual o juiz, em suas perguntas, se utiliza de instrumentos para explicar melhor os termos técnicos em linguagem ordinária e o esforço dos jurisdicionados para entender as regras de funcionamento que se impõem e, por conseguinte, respondem compreensivelmente para o juiz. Essa interação entre o discurso técnico e o ordinário é assimétrica e inevitável.

Para ilustrar o direcionamento das perguntas em torno de institutos jurídicos, Dupret, na obra já mencionada, mostra o diálogo entre um jurista (Magistrado, representado por “P”) e um leigo (uma jovem mulher, representada por “R”), como pode-se analisar na transcrição a seguir:

P: “O que aconteceu?”

R: “Eu estava na rua neste dia...quando eu encontrei estes dois aí...eles me disseram ‘vem com a gente’ e eles me fizeram pegar um táxi... e eles foram para trás do Arsenal.”

P: “Qual era a intenção deles agindo assim?”

R: “Eles me disseram ‘Não se preocupe, nós vamos tomar um chá juntos.’”

P: “Porque você não pediu socorro quando eles te pegaram...?”

R: “Eu tentei gritar e rolei no chão mas a rua estava vazia.”

P: “Qual é o número do táxi em que eles te levaram?”

R: “Eu não sei, ele passou na rua.” (...) (DUPRET: 2010, p. 109)

Neste caso, podemos observar através das perguntas do jurista que o mesmo está sempre à procura de uma ação individual (“Por que você não pediu socorro quando eles te pegaram...?”), motivada e provida de uma finalidade. Isto merece ser ressaltado, na medida em que mostra como o jurista constrói o interrogatório com finalidades práticas em torno de questões juridicamente pertinentes do tipo “quem fez o quê com qual finalidade” (DUPRET: 2010, p. 110).

Além da já citada célebre frase utilizada por Bourdieu “*Da mihi factum, dabo tibi jus*” (BOURDIEU: 2001, P.209), que se tem correlação direta com a obra de Dupret no que diz respeito à tradução do leigo para o jurídico, pode-se destacar uma semelhança bastante acentuada nas duas obras no que tange à “interação e relação de forças que se dá no seio do campo jurídico” (BOURDIEU: 2001, p. 251).

A peleja entre os agentes jurídicos subsume-se na concorrência pelo monopólio do Direito de dizer o direito, que tem como seu local o campo jurídico, conforme transposto no texto na sub-seção denominada “divisão do trabalho jurídico” (IDEM: 2001, p. 212).

Inevitavelmente, a constante luta e alternância das relações de poder que ocorre no seio do campo jurídico e a fronteira que é instituída em decorrência da consolidação de um espaço judicial, naturalmente ensejam uma divisão entre os que estão preparados pra atuar no campo jurídico e os que são dele excluídos: eis a relação que se dá entre profanos

e profissionais. Tal discrepância irá eventualmente servir para consolidar a perpetuação do *corpus* jurídico, pela qual se mantém essa fronteira em virtude do desconhecimento que o leigo possui em relação à lei, sendo movido majoritariamente por elementos característicos do campo da moral. Este profano acaba por consentir e aceitar, “abaixando a cabeça” perante o campo jurídico e diante desta fronteira que separa aqueles autorizados a atuar no campo jurídico (profissionais) e aqueles que não possuem conhecimento nem do *Law in books* e tampouco do *Law in action* (profanos).

Vale trazer à colação a importante pesquisa empírica que Maria da Glória Bonelli (1998: 185-214) realizou numa comarca no interior do Estado de São Paulo, em que se destacam alguns elementos que puderam ser constatados ao longo do trabalho.

A pesquisa da autora identifica os profissionais que atuam na área do direito formando um campo movido pela interação e pela competição entre os diversos profissionais. Isto pode ser confirmado quando realizamos nossa pesquisa de campo nas visitas ao Fórum, onde foi perceptível uma interação e competição entre os diversos profissionais, como: juízes, advogados, promotores, defensores, diretores de cartório, escreventes e estagiários.

Dito isto, vemos que um ponto garante que estes profissionais pertençam ao mesmo universo: é que, além do fato de lidarem com a justiça, vivem cotidianamente uma intensa socialização no mundo do direito com uma linguagem própria, um mesmo jeito de agir e até uma aparência semelhante no vestir.

Insta, ainda, observar que, em nossa pesquisa de campo, foi perceptível a competição interprofissional existente no mundo do direito. Esta competição, como destaca Bonelli, se manifesta condicionalmente pelo lugar em que o profissional ocupa na interação com o mundo da justiça, ou seja, é o conflito entre as profissões tendo maior tensão nas posições mais próximas. Assim, os casos de competição interprofissional abordados pela autora com maior frequência são as profissões imediatamente inferiores seja em hierarquia seja em prestígio social.

Em um dos casos que presenciamos conseguimos perceber um conflito interprofissional entre o advogado e a promotora. Visando à diminuição da pena, o advogado da ré omitiu a idade da vítima (idosa). Contudo, a promotora na própria audiência ironizou a falta desta informação prejudicando ainda mais a posição da ré.

Conclui-se assim que Dupret, bem como Geraldo, se utilizam de artifícios, como a etnografia, para ilustrar a interação mais próxima que se dá entre o profano e o profissional e sua subsequente relevância para o campo jurídico. Oportuno se torna dizer que os trabalhos realizados por esses autores se assemelham em grande parte com a pesquisa que realizamos: incursões para o Fórum para poder observar com mais proximidade a relação que efetivamente ocorre entre esses dois polos (leigos e juristas) no que tange a tradução de um discurso puramente leigo para um discurso “com pertinência jurídica”, nas palavras de Dupret.

3. CONCLUSÃO

A partir do acompanhamento das audiências foi possível observar que os profissionais do Direito elaboram suas perguntas de forma a alcançar institutos jurídicos, como no caso da primeira tabela, em que as perguntas tentam determinar se a conduta do réu foi dolosa ou culposa, ou seja, se ele realmente assumiu o risco de provocar o acidente por ter bebido, o que caracterizaria o dolo eventual, ou se o ocorrido foi uma fatalidade.

É claro o fato de que a elaboração da pergunta, em relação a promotores e advogados de defesa, tem fins opostos quando se almeja o alcance de institutos jurídicos. O advogado de defesa faz perguntas como “o réu bebeu?” para obter uma resposta negativa e comprovar a inocência de seu cliente. A promotora faz a pergunta “existia consumação mínima?” com intuito de provar a culpa do réu. Ou seja, é possível aplicar a linguagem de diferentes formas, dependendo do instituto jurídico que se pretende alcançar.

Durante a audiência contida na última tabela foi possível perceber a influência da profissão na hora de relatar os fatos. O policial aparentava tranquilidade por estar familiarizado com o ambiente jurídico enquanto que, em audiências nas quais as testemunhas não detinham nenhum vínculo com o sistema judiciário, ficou explícito o nervosismo principalmente pela maneira rápida de falarem.

A resposta da quarta pergunta da tabela um, em comparação com sua ata, revela que pode existir diferença entre o que é dito na sala de audiências e o que consta naquela. O juiz optou por omitir o fato de que os policiais afirmaram que o réu estava embriagado.

A pesquisa tenta nuançar como trabalho essencial e cotidiano dos juristas a “tradução” do discurso leigo em termos jurídicos como elemento que dá vida às categorias do Direito, tirando-o efetivamente dos livros e códigos. ❖

4. BIBLIOGRAFIA

BONELLI, Maria da Gloria. “A competição do mundo profissional do Direito”. **Tempo Social**; Revista de Sociologia da USP, S. Paulo, 10(1): 185-214, maio de 1998.

BOURDIEU, Pierre. “A Força do Direito: Elementos para uma sociologia do Campo Jurídico”. In: **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 209-235.

DUPRET, Baudouin. “A intenção em ação: Uma abordagem pragmática da qualificação penal num contexto egípcio”. **Ética e Filosofia Política**, Juiz de Fora, v. 2 n. 1 – jul. 2010, p. 97-122.

GOLDEMBERG, Mirian. **A arte de pesquisar**: Como fazer pesquisa qualitativa em Ciências Sociais. Rio de Janeiro. São Paulo: Editora Record, 2001.

GERALDO, Pedro Heitor de Barros. "Le travail d'audience: une ethnographie des juges de proximité en action". Volume 13 da **Revista Mediterranean Journal of Human Rights**, 2009, p. 1-21.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

A APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

- 1 - Os textos devem ser enviados por correio eletrônico, para o endereço emerjpublicacoes@tjrj.jus.br;
- 2 - Fontes:
 - ✓ no corpo do texto - **Times New Roman – 12**
 - ✓ nas citações longas e notas de rodapé – **10**
 - ✓ cor preta (exceto para gráficos);
- 3 - Margens: esquerda e superior de **3 cm**; direita e inferior de **2 cm**;
- 4 - Espaços no corpo do trabalho: **1,5**;
- 5 - Espaço simples, nos seguintes casos:
 - ✓ citações literais de mais de três linhas,
 - ✓ notas, referências;
- 6 - Destaques: itálico ou negrito;
- 7 - Numeração de páginas - iniciada a partir da segunda folha da introdução, embora a inicial seja contada;
- 8 - Fazer referências às fontes de consulta através de citações no texto ou em notas de rodapé, observando que:
 - ✓ a primeira citação de uma obra deverá ter a sua referência completa.

Exemplo:

ÚLTIMO SOBRENOME do autor (exceto Filho, Neto, Júnior),
Prenome e outros sobrenomes (abreviados ou não). **Título**. Local:
editora, ano. página¹.

- ✓ as citações subsequentes da mesma obra podem ser feitas de forma abreviada, com as seguintes expressões:

a) *Idem* (id) – mesmo autor²

b) *Opus citatum* (op. cit.) – obra citada³

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 24.

2 *Idem*, 2001, p. 19.

3 RODRIGUES, *op.cit.*, p. 40.