

## **A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Vladimir da Rocha França  
Acadêmico do Curso de Direito/UFRN- 9º Período  
Bolsista do Cnpq

A propriedade constitui um foco constante de tensões sociais e econômicas, instabilizando relações jurídicas, causando acirrados conflitos entre as pessoas e, estas e o Estado, enfim, tem fortes repercussões em todas as esferas sociais.

O Direito sempre procurou criar instrumentos e meios que pudessem defendê-la e pacificá-la, no sentido de superar as violentas controvérsias que explodem ao seu redor. Hodienarmente, identificamos um objetivo que as pressões sócio-econômicas produziram para o operador jurídico: efetivar e concretizar a função social da propriedade. Não apresentaremos aqui um conceito acabado e claro do que seja a função social da propriedade e nem temos tal pretensão neste trabalho. O que procuramos é oferecer um ponto de partida do qual pode ser edificada uma nova teoria para o direito de propriedade e de sua função social.

A sociedade, após um longo e doloroso processo de lutas e convulsões, assumiu o compromisso de redistribuir a riqueza por ela produzida, ou seja, integrar aquelas camadas marginalizadas pela concentração abusiva de renda, transformar a massa em cidadãos. Entretanto, as camadas que detêm os meios e bens de produção, a elite composta pelos grandes latifundiários e conglomerados empresariais, impõem resistências a esse escopo e aferram-se às suas posses de modo intransigente e, muitas vezes, violento, num esforço cego e inconseqüente. E esse fenômeno se reproduz com bastante freqüência nas classes sociais baixas, não sendo portanto privativo da elite dirigente. Da bicicleta ao automóvel, da pequena gleba rural ao latifúndio, da pequena empresa à grande corporação industrial, ninguém se dispõe a renunciar ao direito de propriedade em prol desse interesse coletivo.

Existe no direito positivo brasileiro todo um sistema integrado por institutos de direito material e processual para a propriedade e todas as suas manifestações. Tem a propriedade um regime jurídico constitucional e infraconstitucional onde se faz sempre presente um rígido e cauteloso cuidado para com o direito de propriedade. Nunca o operador jurídico se ressentiu da ausência de meios legais para garantir a posse e a propriedade individual, haja vista o conjunto dos poderosos interesses que surgem em sua defesa. O que se reivindica hoje do Direito, são soluções pacíficas e legais para a posse e propriedade sociais.

A Constituição Federal vigente estabeleceu como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos sem a imposição de preconceitos (CF, art. 3º - I a IV). Mais que um discurso político, tais elementos são indispensáveis à estabilidade das instituições democráticas brasileiras. E a propriedade tem relevante papel para a consecução desses objetivos, pois constitui um dos meios primários na produção de riqueza, junto ao trabalho.

O direito de propriedade é garantido pela Carta Magna (CF, art. 5º - XXII), estando condicionado ao atendimento de sua função social (CF, art. 5º - XXIII). Sem sombra de dúvida, o constituinte aderiu à doutrina da função social da propriedade. A propriedade não pode ser mais vista como um direito individual nem como uma instituição de direito privado.

Inicialmente o direito de propriedade foi concebido como direito absoluto, natural e imprescritível (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), seja como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, seja como entre um indivíduo e um sujeito passivo universal, dentro da visão civilista. Predomina atualmente o entendimento de que a propriedade compreende um complexo de normas jurídicas de direito privado e de direito público, cujo

conteúdo é determinado pelo direito positivo. Sobre o curso da evolução do conceito de direito de propriedade, diz-nos o consagrado constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“Demais, o caráter absoluto do direito de propriedade, na concepção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (segundo o qual seu exercício não estaria limitado senão na medida em que ficasse assegurado aos demais indivíduos o exercício dos demais direitos) foi sendo superado pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso de direito, do sistema de limitações negativas e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se à concepção da propriedade como função social, e ainda do estágio mais avançado da propriedade socialista”. (in Curso de Direito Constitucional Positivo, 7 ed rev. amp., São Paulo, RT, 1991, p. 240).

Não constitui função exclusiva do direito civil o regime jurídico da propriedade. Compreende sim todo um complexo de normas administrativas, ambientais, urbanísticas, empresariais, e, evidentemente, civis, fundamentado nas normas constitucionais. Cabe ao direito civil disciplinar as relações jurídicas civis decorrentes do direito de propriedade. A Constituição confere à propriedade uma concepção mais ampla, lançando regras jurídicas de limitação positiva (até onde vai o conteúdo) e de limitação negativa (até onde vêm ou podem vir as incursões dos outros), procurando orientá-la como um instrumento de bem-estar social.

O direito de propriedade não é superior ao direito à vida. Como afirma SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, é a lei que “hierarquiza os valores socialmente protegidos, e ao interesse de um antepõe o direito de outro. Em nosso ordenamento jurídico positivo, encimado pela Constituição, tem supremacia o direito à vida, mesmo porque é esse direito - em grau mais próximo ou remoto - que explica a existência dos demais” (grifo nosso). (in Lições de Direito Civil Alternativo, São Paulo, Acadêmica, 1994, p. 53).

Nosso professor e consagrado constitucionalista, PAULO LOPO SARAIVA, a quem devotamos profundo respeito e admiração, afirma com coragem:

*“Não se pode nem se deve admitir que a propriedade privada mantenha-se no capítulo dos direitos individuais, mesmo que, por remorso, os constituintes, conservadores e retrógrados, tenham-lhe atribuído uma inatingível função social. (...)*

*Importa dizer que a luta, entre nós, cinge-se praticamente a aplicabilidade e eficácia dos direitos sócio-econômicos, na sua maioria, não realizados.*

As elites políticas e econômicas nacionais não desejam a implantação de tais direitos, pois os têm como se fossem uma dívida para os trabalhadores e trabalhadoras que deles são os verdadeiros portadores, ou seja, os trabalhadores e as trabalhadoras são os reais sujeitos ativos desses direitos, pois estão no polo ativo da relação jurídica, enquanto o Estado (leia-se grupos exploradores) está no polo passivo”. (in A Constituição deles não é a nossa, Natal, Cooperativa Cultural, 1993, p. 65).

PONTES DE MIRANDA, um dos grandes nomes da Ciência Jurídica nacional, ensina-nos que a liberdade pessoal não é instituição estatal que exija garantias. É direito fundamental, supra-estatal, que os Estados não podem desprezar. Quanto à propriedade privada, “*é instituição, a que as Constituições dão o broquel da garantia institucional*”. Inexiste um conceito fixo da propriedade e “*nem seria possível enumerar todos os direitos particulares em que se pode decompor, ou de que transcendentemente se compõe, porque da instituição apenas fica, quando reduzida, a simples e pura patrimonialidade*”. Está vedado apenas ao legislador extinguir o instituto jurídico, com o direito de propriedade. Lembra o jurista alagoano que o direito de propriedade é garantido quanto ao sujeito, que o tem, já que assegura, em caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, a pretensão à indenização prévia; sendo o seu conteúdo e os seus limites suscetíveis de mudança em virtude de

legislação, assim como o seu exercício. (in Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Nº 1 de 1969, 3 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 396 e 397).

Para CELSO RIBEIRO BASTOS, a propriedade consiste no anteparo constitucional entre o domínio privado e o público, havendo a sua tutela constitucional em razão da limitação imposta ao Estado no campo econômico, pois a apropriação particular dos bens econômicos não pode ser sacrificada. Tanto que a mutação subjetiva que a desloque do particular para o Estado somente pode ocorrer mediante desapropriação nos termos da lei, conforme a necessidade de utilidade pública ou interesse social, após prévia indenização. Acrescenta ainda: “O *Texto Constitucional*, ao dar independência à proteção da propriedade é assegurada por si mesma, erigindo-se em uma das opções fundamentais do *Texto Constitucional*, que assim repele modalidades outras de resolução da questão dominial como, por exemplo, a coletivização estatal. (in Curso de Direito Constitucional, 11 ed., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 193).

Mas o mesmo Texto Constitucional enuncia que a propriedade atenderá da sua função social (CF, art. 5º - XXIII), e reafirma a instituição da propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica (CF, art. 170 - I e II). O direito de propriedade encontra-se relativizado pelo dever imposto pela Carta Magna ao seu titular de observar a concretização da sua função social.

A função social é intrínseca à propriedade privada. As concepções individualistas sucumbiram ante à força das pressões sociais em prol de sua democratização. Pode-se dizer que não basta apenas o título aquisitivo para conferir-lhe legitimidade: é preciso que quem o detenha utilize o feixe de poderes - absolutos, amplos ou restringidos - integrantes do direito de propriedade esteja sensibilizado com o dever social imposto pela Constituição Federal ao qual se vincula a propriedade.

O emérito constitucionalista CELSO RIBEIRO BASTOS assim define a função social da propriedade: “*nada mais é do que o conjunto de normas da Constituição que visa, por vezes até com medidas de grande gravidade jurídica, a recolocar a propriedade na sua trilha normal*” (op. cit., p. 194). Para o respeitado jurista, há o predomínio do critério econômico no conteúdo da função social da propriedade, abrangendo a mesma as sanções determinadas e aceitas na Constituição ao uso deturpado e degenerado, no que vai de encontro à Ordem Jurídica. Tais sanções referem-se às decorrentes da infringência das normas do poder de polícia, ou então à perda da propriedade na forma da Constituição Federal. A função social da propriedade carece de um regime único haja vista a diversidade de domínios nos quais se manifesta a propriedade, dependendo sua eficácia de uma rígida e expressa regulamentação constitucional e infraconstitucional.

Por esses critérios temos a função social da propriedade como um elemento acessório, expresso e corretor. Uma retificação dos desvios tomados por sua utilização excessivamente individualista e não conciliada com o interesse social. Um fator que determina claramente o que se considerará danoso à coletividade no exercício do feixe de poderes decorrentes do direito de propriedade. Enfim, mais um instrumento de harmonização da propriedade privada, como direito fundamental, com a sua destinação social, não servindo, na sua ausência, como uma justificativa que lhe retire sua legitimidade. Nesse sentido, somente o direito agrário conseguiu regulamentar a função social da propriedade no direito positivo.

Entendemos, conforme posição defendida por JOSÉ AFONSO DA SILVA, que a função social da propriedade não pode ser confundida com os sistemas de limitação de propriedade, ou seja, a afetação de seus caracteres tradicionais (direito absoluto, exclusivo e perpétuo). Dizem sim respeito ao exercício do direito, ao proprietário, e, não à estrutura interna do direito à propriedade. São independentes da função social da propriedade.

Arremata esse brilhante nome das letras jurídicas pátrias, quando leciona sobre a

funcionalização da propriedade e seu processo de transformação:

*“(...) a função social da propriedade se modifica com as mudanças na relação de produção. E toda vez que isso ocorrer, houvera transformação na estrutura interna do conceito de propriedade, surgindo nova concepção sobre ela, de tal sorte que, ao estabelecer expressamente que a propriedade atenderá a sua função, mas especialmente quando o reputou princípio da ordem econômica, ou seja: como um princípio informador da constituição econômica brasileira com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170. II e III). a Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, princípio também da ordem econômica, e, portanto, sujeita, só por si, ao cumprimento daquele fim. Pois, limitações, obrigações e ônus são externos ao direito de propriedade, vinculando simplesmente a atividade do proprietário, interferindo tão-só com o exercício do direito, os quais se explicam pela simples atuação do poder de polícia”. (op. cit., p.249)*

A norma constitucional que dispõe sobre a função social da propriedade possui aplicabilidade imediata, pois *“tem plena eficácia, porque interfere com a estrutura e o conceito da propriedade, valendo como regra que fundamenta um novo regime jurídico desta, transformando numa instituição de direito público, especialmente, ainda que nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhe dado aplicação adequada, como nada tivesse mudado”* (op. cit., p. 250). Entretanto, os princípios esculpidos na Lei Maior precisam materializar-se de modo mais consistente no direito positivo.

Inobstante a Constituição Federal ter vinculado a propriedade à sua função social, é preciso que o operador jurídico se disponha a construir meios para a consecução do escopo fundamental da República que é o bem-estar social. Nada vale existência do formal sem o material.

*“Sem uma mudança estrutural do conceito e das bases da propriedade, jamais haverá desenvolvimento e justiça social”*, leciona o consagrado mestre PAULO LOPO SARAIVA (op. cit., p. 44). A eficácia e a concretização da função social da propriedade passa pela reformulação material das estruturas do instituto da propriedade. É preciso a construção de uma nova concepção da propriedade, de uma nova tutela processual para esse direito, de mecanismos que possam representar a material, além da formal, democratização do acesso da propriedade.

Nós defendemos a existência da propriedade privada, pois acreditamos na livre iniciativa. Mas o direito de propriedade não pode servir como um instrumento de marginalização da esmagadora maioria do povo brasileiro. A atual sistemática da propriedade, embora a função social esteja prevista expressamente na Carta Magna como elemento fundamental da propriedade e da ordem econômica, induz necessariamente a instabilidade institucional e social brasileira, ameaçando não só a subsistência dos trabalhadores excluídos da sociedade, mas também, da própria propriedade privada. Não é preciso suprimi-la, pois ainda constitui o melhor instrumento para a produção de riqueza: faz-se indispensável à sociedade brasileira reconhecer a função social da propriedade como um princípio essencial à própria existência da propriedade, bem como da Ordem Econômica, em outras palavras, concretizar o bem-estar social exigido pela Constituição Federal para preservar sua própria estabilidade.

A função social da propriedade não constitui sacrifício à propriedade privada, mas sim a garantia mais sólida de sua manutenção pacífica.

Esses são os elementos indispensáveis, ao nosso ver, na busca de melhores parâmetros para a normatização e aplicação do direito de propriedade e de sua indissociável função social. Trata-se de um esforço lento e gradual, no qual deve se comprometer o operador jurídico, de desbravar os caminhos traçados pela Lei Fundamental para a propriedade, para reconciliá-la com sua destinação social.

## **BIBLIOGRAFIA CONSULTADA**

- BASTOS. Celso Ribeiro, Curso de Direito Constitucional. 11 ed. São Paulo, Saraiva, 1989.
- CHAGAS. Sílvio Donizete (org.) et alli, Lições de Direito Civil Alternativo. São Paulo, Acadêmica, 1994.
- MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de, Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969. 3 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987. Tomo V.
- SARAIVA. Paulo Lopo, A Constituição deles não é a nossa. Natal, Cooperativa Cultural, 1993.
- SILVA. José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo. 7 ed. rev. amp., São Paulo, RT, 1991.

# CENTRALIZAÇÃO E DESCENTRALIZAÇÃO NO BRASIL COLÔNIA: ORIGENS DA NOSSA ORGANIZAÇÃO POLÍTICA E ADMINISTRATIVA<sup>1</sup>

Gustavo Ferreira Santos  
Mestrando em Direito na UFSC

## *Introdução*

Buscamos colher alguns elementos da organização política do Brasil colônia, que foi aplicada por Portugal, compreendendo-a no contexto mais amplo no qual esta se insere. O período colonial, de incremento do comércio europeu, com a integração da colônia com importância na economia metropolitana. A forma que já moldava o Estado Português e as finalidades que informavam a empresa colonial darão os contornos de uma sociedade política que tende aos poucos para a centralização.

O chamado período colonial corresponde a um momento de expansão da civilização européia. Começa com as viagens de exploração dos portugueses<sup>2</sup>. A colonização do novo mundo cumpre função essencial no incremento do comércio internacional. Significou a ampliação dos mercados, com a constituição de verdadeiras economias auxiliares, extensões a serviço das metrópoles.

A empresa colonial foi mais complexa do que a exploração comercial anterior, pois incluiu povoamento europeu e organização de uma economia. Enquanto os entrepostos comerciais na África e na Ásia se limitaram à circulação de mercadoria, “a colonização promoverá a intervenção direta dos empresários europeus no âmbito da produção”<sup>3</sup>. Expressou-se este processo na destruição de civilizações que anteriormente habitavam os espaços agora conquistados, no povoamento europeu e verdadeira integração das novas sociedades ao mercado, agora mundial.

No período em que a Europa começava a conhecer a organização capitalista, baseada no trabalho livre, colônias como o Brasil tinham sua produção dependente do trabalho escravo. Este período conhece ao mesmo tempo a citada expansão mercantil e a formação dos Estados de tipo moderno.

## *Portugal: Estado e Jurisdição*

Alguns autores, como Raymundo Faoro, vêm no Estado Português do período traços precoces de modernidade. A Modernidade, para Weber, é o processo de racionalização que ocorre no ocidente, desde o final do século XVIII, e que contém uma modernização da sociedade e da cultura, sendo a modernização da sociedade evidente na diferenciação da economia capitalista e do Estado moderno. Estado moderno organizado com um sistema tributário centralizado, com um poder militar permanente, monopólio da legislação e da violência e numa administração burocrática racional.<sup>4</sup> O Estado moderno foi substituído da descentralização reinante anteriormente. Concentrou as relações políticas, antes dispersas, retirou dos senhores feudais poderes políticos.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Resumo de trabalho apresentado para a conclusão da Disciplina História das Instituições Jurídicas na Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina;

<sup>2</sup> Gentili, Anna Maria. Colonialismo, in Bobbio, Matteucci e Pasquino. Dicionário de Política, Brasília, Linha Gráfica e UnB, 1991;

<sup>3</sup> Novais, Fernando. O Brasil nos Quadros do antigo Sistema Colonial, in Mota, Carlos Guilherme, Brasil em Perspectiva p 1x;

<sup>4</sup> Rouanet, Sérgio Paulo. As Raízes do Iluminismo, São Paulo, Companhia das Letras, 1991, p. 231;

<sup>5</sup> Schiera, Pierangelo. Estado Moderno, in Bobbio, Matteucci e Pasquino. Dicionário de Política, Brasília, Linha Gráfica e UnB, 1991;

O reino de Portugal desde o seu nascimento conhece a proeminência econômica da Coroa. A propriedade da terra é um elemento a caracterizar tal situação: um documento de 1908 diz que ao rei cabe reinar (*regnare*), enquanto os senhores exercem o *dominare*.<sup>6</sup> As doações de terra a particulares não acompanhavam Poderes Públicos, salvo em limitada medida. As funções públicas eram exercidas por pessoas de escolha exclusiva do rei. A Coroa, então, de longe, possuía o maior patrimônio imóvel do reino, num período onde a terra era importante fonte de renda, e a descentralização da propriedade fundiária era uma constante no resto da Europa.

O Estado português parece desconfirmar uma certa leitura da filosofia da história marxista: Portugal não conheceu de modo forte a descentralização feudal, o cidadão estava diretamente subordinado ao soberano, sem intermédio do senhor.

Cedo a Coroa portuguesa percebeu a importância do monopólio da jurisdição.<sup>7</sup> Notou que sem tal monopólio a dominação política seria dificultada. Por isso, tirou, quase totalmente a possibilidade de exercício da jurisdição em seus domínios territoriais por particulares. Quando estes o faziam, estavam sujeitos, em última instância, ao controle da Justiça do governo central.

A primeira dinastia portuguesa caiu após uma crise no campo, que fez com que a aristocracia pressionasse o poder em busca de novos privilégios.<sup>8</sup> Em 1383, apoiada pela ainda frágil burguesia comercial, inaugura-se a dinastia de Avis, que vai empreender a marcha das grandes navegações. Terras doadas anteriormente tiveram o seu gozo limitado, provando ser superior o poder real. Apesar do citado apoio da burguesia comercial e da “arraia miúda” à revolução, a nobreza não perdeu a influência sobre as decisões do poder político, mas conheceu restrições à sua condição, como p.ex. a perda da isenção tributária.

Criou-se uma estrutura ministerial em tomo do rei, dirigida à gestão do Estado, agente econômico ativo. Cada vez mais, a atividade econômica é dirigida no sentido de tornar o Estado superintendente da mercancia.<sup>9</sup>

O conteúdo jurídico do Estado Português tem origem no Direito Romano. Os visigodos, que ocuparam a península ibérica após a queda do império romano e influenciaram a formação de Portugal, adotavam um direito escrito também sob bases romanas, mas, nos costumes, cultivavam um conjunto de práticas extralegais, com conteúdo de juridicidade. Um direito costumeiro que trilhava um caminho similar ao que se construiu na *common law* britânica. Prevaleceu, porém, o Direito Romano.

Os municípios pouco representaram nos dois primeiros séculos do reino. Mas, percebendo a importância da aliança com o povo submisso e servil, a coroa procurou nos *concelhos* suporte política, fiscal e militar, bem como proteção contra possíveis avanços do clero e da aristocracia. Os municípios proporcionaram largos recursos à coroa, com o controle sobre a terra.

O Judiciário Português se construiu sobre a base de uma estrutura municipal. Os *concelhos*<sup>10</sup> eram a unidade mínima da organização político-jurídica. Neste, diversas funções existiam, dentre as quais, é importante relatar, o Almotacél (responsável por pequenas tarefas locais atribuídas pela Câmara), o Alcaide (responsável pela guarda da cidade), o Meirinho (subordinado ao Alcaide), o Tabelião e o Escrivão (responsáveis pelos registros públicos). Por cidade haviam dois Juizes Ordinários (juizes leigos escolhidos pelo “povo” para mandatos de um ano). Os Juizes de Fora foram estabelecidos pela coroa para marcar a sua presença vigilante nas

---

<sup>6</sup> Faoro, Raymundo. Os Donos do Poder, vol. I, Rio de Janeiro, Globo, 1990, pg 4;

<sup>7</sup> Schwartz, Stuart B. Burocracia e Sociedade no Brasil Colônia, São Paulo, Perspectiva, p. 3;

<sup>8</sup> Sérgio, Antônio. Breve Interpretação da História de Portugal, Lisboa, Livraria Sá da Costa, 1983, p. 31;

<sup>9</sup> Ver Faoro, Raymundo, ob cit;

<sup>10</sup> Stuart Schwartz grafa “conselhos”, mas historiadores portugueses, como Antônio Sérgio e Marcelo Caetano, e brasileiros, como Raymundo Faoro, escrevem com “c” o termo que nomeia a instituição;

comarcas e afastar a afeição e o ódio presentes nos julgamentos dos Juizes Ordinários. Além disso, havia juizes destinados a assuntos de órfãos, instituições de caridade e defuntos. Uma função de natureza investigatória e recursiva também era instrumento de manutenção do controle por parte da Coroa sobre os que por ela exerciam a função jurisdicional: a correição. As particularidades de alguns espaços do Império, devido aos interesses que sobre eles a Coroa projetava, faziam o rei designar especialmente ouvidores para o exercício da função, é o caso das ordens militares, das terras de alguns grandes proprietários e da Universidade de Coimbra. Contava, ainda, com uma instância recursal bem estruturada, com a Casa da Relação e a Casa da Suplicação, e órgãos consultivos com funções recursais específicas, como a Mesa da Consciência e Ordens e o Desembargo do Paço.<sup>11</sup>

### ***Brasil: estrutura Político-administrativa***

Nos primeiros tempos da colonização reinava no Brasil uma descentralização do exercício do poder político. O território a ser ocupado foi repartido em capitânicas hereditárias e distribuídas entre donatários, que se responsabilizavam pela distribuição das terras e pela defesa da parcela do território a ele destinada.

As Câmaras dos Municípios do Brasil Colônia exerceram um papel destacado no início da colonização. Uma instituição que de fato se investia de poder, já que condensava interesses dos proprietários rurais. Caio Prado Júnior cita o fato de que algumas Câmaras chegaram a manter representantes junto à Coroa em Lisboa para tratar diretamente dos seus assuntos, sem o intermédio das autoridades constituídas por Portugal na Colônia, como foi o caso da Câmara de São Luís do Maranhão. Com a centralização do poder, os Municípios tiveram sua autonomia tolerada e medida, caminhando para o amesquinamento.<sup>12</sup>

Mas o Judiciário foi grande instrumento de centralização do poder, aliado à instituição do Governo-geral Portugal buscou suprimir a estrutura descentralizada, aplicando ao Brasil uma organização política, administrativa e judiciária inspirada no molde da metrópole. A centralização foi uma tendência que acompanhou a colonização, atingindo um ponto tal, que, no século XVIII era total a autoridade da Coroa sobre a Colônia.<sup>13</sup>

A primeira experiência de ocupação do Brasil, as capitânicas hereditárias, continha uma organização da justiça onde o donatário recebia o direito de nomear ouvidores para tal tarefa, ficando o exercício da função adstrito ao direito português e sujeito às correições, que, como disse na primeira parte do texto, eram verdadeiros instrumentos de controle do exercício da jurisdição por parte da Coroa. Fracassada a experiência inicial das capitânicas, Portugal modifica sua intervenção, sem abolir as capitânicas, optando por indicar governadores-gerais, que por sua vez, determinavam um ouvidor-geral, organizador da justiça, e elemento a dar um caráter “público”<sup>14</sup> à função jurisdicional. Não atingindo a administração da justiça no Brasil os níveis almejados por Lisboa, optou-se por aqui se instalar uma Casa da Relação, na Bahia, evitando-se os incômodos de se levar recursos à Casa do Cível, relação em Portugal, e ampliando-se o controle sobre a colônia.

O Tribunal de Apelação instalado no Brasil, mudou significativamente a administração da justiça na colônia. Trouxe um importante setor da burocracia portuguesa, setor formado por funções reservadas aos letrados. A lealdade e a obediência ao rei eram incutidos nos que ingressavam nesta carreira, quando estes ainda estavam na universidade. No Brasil, os

---

<sup>11</sup> Ver Schwartz, Stuart, ob cit;

<sup>12</sup> Faoro, Raymundo. Ob Cit, p. 147;

<sup>13</sup> Schwartz, Stuart. Ob Cit, p. 288 e Faoro, Raymundo. Ob Cit, p. 164

<sup>14</sup> O termo aqui é entendido em seu sentido mais restrito, ou seja, como correspondente ao órgão que exerce as funções jurídico-políticas de Estado.

magistrados enviados pela coroa envolveram-se profundamente com a vida da colônia, adquirindo terras, exercendo o comércio, construindo interesses próprios, envolvendo-se em relações familiares, com os mais influentes setores da aristocracia rural.

O governo-geral aos poucos reverteu o quadro do regime das donatárias, sem aboli-lo de imediato. O convívio com os donatários, que preservavam funções, incluía a existência de um sistema de controle por parte do poder maior. Mas, paulatinamente revertem-se à coroa Portuguesa direitos sobre os territórios da colônia, direitos públicos e patrimoniais.

Coincidiu o início desta centralização do exercício do poder na colônia com a inserção econômica que ela atingiu dentro do reino de Portugal. Como economia auxiliar, entra a colônia no abastecimento de produtos específicos, necessários ao mercado europeu. Esta especialização da economia colonial é patente na importância para a economia local do ciclo da cana de açúcar.

### ***Conclusão***

O estudo do período colonial aponta uma nascente contradição entre tendências centralizadoras e descentralizadoras no Estado Brasileiro. Vê-se uma organização municipal fundada no “interesse local” conviver com uma centralização imposta pela coroa portuguesa à medida que cresciam os seus interesses na colônia.

Nota-se, ainda, a importância do domínio da atividade judicial pela coroa de Portugal, apontando um Estado diferenciado dos seus contemporâneos, com precoces traços de modernidade, aplicando-se ao Brasil uma estrutura já bem definida e já testada de organização política, vindo o Estado português nos navios dos colonizadores, como diz Raymundo Faoro.

Contraposta à organização fundada na atividade de agentes da metrópole, construiu-se uma forma descentralizada de administrar os negócios das elites locais, com a importância das Câmaras Municipais, inicialmente mais autônomas, depois apenas toleradas.

A contradição acima verificada reflete-se nas discussões que posteriormente foram desenvolvidas sobre os rumos do Estado brasileiro. Mesmo frente à tradição centralizadora, tivemos reivindicações autonomistas nos nossos teóricos do período imperial e nas elites locais, interessadas na forma descentralizada de administração dos negócios públicos. É assim que já na constituinte de 1823 aparece a discussão sobre a adoção de uma organização federal, que só se concretizará com a chegada da república.

## ***Bibliografia***

- FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro. Rio de Janeiro: Globo, 1987;
- GENTILI, Anna Maria. Colonialismo. in: Bobbio, Mateucci e Pasquino(orgs). Dicionário de Política. Brasília: Linha Gráfica e UnB, 1991;
- GORENDER, Jacob. O Escravismo Colonial. São Paulo: Ática, 1980;
- NOVAIS, Fernando A. O Brasil nos Quadros do Antigo Sistema Colonial. in: MOTA, Carlos Guilherme(org). Brasil em Perspectiva. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1990;
- PRADO JÚNIOR, Caio. Formação do Brasil Contemporâneo. São Paulo: Brasiliense, 1989;
- ROUANET, Sérgio Paulo. As Raízes do Iluminismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989;
- SÉRGIO, Antônio. Breve Interpretação da História de Portugal. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1983;
- SCHIERA, Pierangelo. Estado Moderno. in: Bobbio, Mateucci e Pasquino(orgs). Dicionário de Política. Brasília: Linha Gráfica e UnB, 1991.
- SHWARTZ, Stuart B. Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial. São Paulo: Perspectiva, 1979;

## TRIBUNAL DO JÚRI - DIVAGAÇÕES

Francisco Glauber Pessoa Alves  
Acadêmico do Curso de Direito/UFRN - 5º Período

Hodiernamente, vê-se como necessária a reconsideração dos elementos estruturais da instituição do júri. A despeito de sua criação, do qual divergem os juristas que se propõem a explicá-la, uns optando pela Roma e Grécia Antigas, outros, como Heleno Cláudio Fragoso, atribuindo o seu nascimento ao procedimento inquisitório praticado na França, na época carolíngia, de onde veio para a Inglaterra quando da invasão normanda, evoluindo consideravelmente nesse país. Certo é que foi nesses dois países europeus que o júri despontou. Do uso em tais locais é que, segundo Walter P. Costa, ficaram conhecidos dois grandes sistemas: o britânico, em que os jurados decidem de fato e de direito; e o francês, em que os jurados só decidem de fato, cabendo ao juiz togado que preside o júri, dar a decisão de direito, segundo as respostas daqueles.

Porém, outros são os tempos e os valores. O Tribunal do Júri, inegavelmente, acentuou-se como a mais democrática instituição de participação popular dentro do Poder Judiciário, taxado de o mais antidemocrático dentre os três poderes, da clássica teoria de Montesquieu.

Consiste sua base de pensamento, numa análise do acusado por seus semelhantes, membros da comunidade, que teriam mais condições de analisar e entender os motivos e circunstâncias do crime.

Por mais que se proponha seguir a lei, ao jurado é dada a possibilidade de esquivar-se de observá-la estritamente e julgar de acordo com sua “intima convicção”, isso é o que se denomina julgamento de equidade. Segundo Orgaz: “A equidade representa, em face da razão legal (*dura lex. Sede lex*) o sentimento da justiça que, às vezes, separa-se da lei para atender a circunstâncias que, a não serem consideradas, determinariam uma injustiça legal, se admite a frase paradoxal”<sup>15</sup>. A equidade seria, assim, a adaptação do direito positivo à realidade da vida jurídica, adequando-a à realidade social de cada fato típico.

Por essa linha de raciocínio entende-se perfeitamente porque ecoam críticas à instituição do júri, mostrando-se menos perfeito do que parece ser. Chama-se a júri, para fazer parte efetivamente do Conselho de Sentença, após o sorteio dentre os 21 (vinte e um) que devem se fazer presentes, 7 (sete) pessoas, leigas ou não, de notória idoneidade moral, que passarão naquele momento a exercer a função judicante.

Desse modo, aquele simples cidadão, junto com outros seis, investir-se no poder de decisão para condenar ou absolver um seu semelhante. Vale lembrar que, em plenário, ao Ministério Público caberá o delineamento do pensamento do jurado em relação à autoria do crime pelo acusado, devendo-se observar no membro do *parquet* um comportamento racional e sereno, da própria essência da justiça, ao passo que o defensor estará imbuído de provar a inocência de seu cliente ou, sendo improvável a ausência de culpa, justificar os motivos, os meios e a forma do crime, no intuito de furtar-se da condenação.

Mais a uns, menos a outros, parece repudiante o que freqüentemente acontecia em nosso país, até bem pouco tempo, precipuamente no interior: a absolvição do crime de homicídio passional pela tese da legítima defesa da honra, a partir de uma construção doutrinária do defesa. Situação a princípio absurda para qualquer pessoa que se atenha a um raciocínio com um mínimo de lógica, mas, que não parece desprezível ao homem humilde e rude do povo, face ao

---

<sup>15</sup> *Apud* José Náufel, Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, 6ª edição, Rio de Janeiro, Editora Beta Ltda, pág. 216, Volume II.

exacerbado machismo presente na cultura brasileira.

Ora, se ao Conselho de Sentença é dado esse caráter de decidir de acordo com o que ache por bem, podendo até mesmo excetuar-se do que reza a lei, configura-se uma situação absurda: nas comarcas do interior, de pensamento mais retrógrado, admitiria-se tal absolvição, pelo simples fato de que face aos valores sociais de seu povo, entre os quais estariam os membros do Conselho de Sentença, tal conduta criminosa seria admissível; por outro lado, nas cidades eminentemente urbanas, de pensamentos e costumes mais avançados, a mesma situação seria inaceitável, por não estar incluído dentre os direitos do companheiro traído o de executar sua cara-metade por motivo de havê-lo preterido.

Esse exemplo assaz típico, serve de mostra para que se forme uma idéia acerca dos valores que podem predominar entre um e outro Júri, embora o fato criminoso seja o mesmo.

Outrossim, há outros pontos a considerar em desfavor do júri:

- a) tratando-se de juiz leigo, o jurado não saberá exatamente o *quantum* a valorar a cada prova;
- b) a pressão por que passa o jurado, quando dos grandes julgamentos;
- c) a prevalência do aspecto emocional, em detrimento do racional, que ocorre com muitos jurados;
- d) o verdadeiro teatro, do qual participam advogados e promotores, tendo como ator principal, não o acusado, mas o corpo de jurados.

Como não poderia deixar de ser, para o juiz togado já não é tarefa fácil a análise das provas, aos jurados, então, cresce consideravelmente: a possibilidade de valoração equivocada entre uma e outra prova, conquanto pode ocorrer, e não raro, dar-se mais crédito às provas produzidas pela autoridade policial do que as produzidas em juízo, podendo aquelas tomar o papel de decisórias no julgamento. O jurado pode até mesmo ignorar as provas e julgar de acordo com sua “íntima convicção”.

Quanto à pressão, são deveras populares os grandes julgamentos do Tribunal do Júri, sobretudo pelo papel da imprensa, tendo como agente ou vítima do crime, pessoa destacada no meio social, por possuir boas ou más virtudes. Analisando a questão, conclui-se: por um lado, o jurado fica mais atento e criterioso, por conhecer a real amplitude de sua importância; e, por outro, como não poderia deixar de ser, torna-se mais suscetível à opinião do povo, da mídia e às pressões que poderá sofrer de pessoas, grupos e instituições.

Quando, durante o julgamento, o jurado descobre, por meio do que está vivendo o acusado, situações que já passou, está passando ou pode vir a passar, tende ele a ser mais emotivo e parcial. Destarte, ao funcionário público culpado de homicídio por ocasião de fatos atinentes à profissão, ou mesmo não, é mais fácil a simpatia de um jurado também funcionário público. Mesma situação ocorre com outras categorias, profissionais ou não, onde exista qualquer espécie de corporativismo, podendo ainda estar presente, dentro de um contexto mais social, com respeito ao negro, à mulher e ao pobre, classes ainda marginalizadas na sociedade.

Por último, o jurado, que nem sempre está acostumado àquela situação, torna-se vítima do jogo de cena em que muitos promotores e advogados são obrigados a fazer, no exercício da profissão.

Edilson Mougenot Bonfim chega a exemplificar quatro espécies de argumentos que os “atores” advogados costumam usar nas suas causas:

- a) o argumento *ad hominen* - onde critica-se ao promotor, o delegado, a vítima, na tentativa de se desacreditar a acusação e as peças acusatórias;

b) o argumento *ad misericordiam* - o apelo ao lado misericordioso do julgador, tentando acobertar o crime do acusado pela situação em que este se encontra, como sua família ficará;

c) o argumento *ad baculum* - seria a diluição, aos berros, da autoridade e do respeito do representante do *parquet*;

d) o argumento *ad populum* - o apelo emocional ao povo, embutido ao gosto dos “políticos” do júri, atacando-se a injusta distribuição de renda, a Justiça, a Polícia como instituição, entre outros.

Utilizando-se de tais artifícios o advogado é muitas vezes mal visto, por vir a defender um cliente que, para a sociedade, não poderia ser defendido. Mas há que se lembrar que ele não está ali para fazer justiça, pois isso é tarefa do Júri e do juiz, está ali sim, para evitar que se cometam injustiças com seu constituinte.

Ao Promotor de Justiça resta usar também da arte Shakespeariana. Não pode ele fazer uma defesa sem vigor e convicção de que está certo, deve demonstrar que só chegou até ali por acreditar que havia indícios fortes de que o acusado foi o autor do delito, e, mais ainda, provar ao corpo de jurados que o acusado deve ser condenado. Não deve, por conseqüência, falar sem a eloqüência necessária à firmeza da acusação.

Não se quer aqui demonstrar como deve agir o promotor e o advogado - mesmo porque eles estão apenas cumprindo o seu nobre dever, mas sim, inferir como um cidadão leigo está propenso a ser vítima de advogados inescrupulosos e mestres em convencer sobre o que não é verdade, com a ressalva de Fernando Lyra, “submetendo o verbo à verba”.<sup>16</sup> Em verdade, existem também membros do Ministério Público que, pelo longo tempo de atuação na profissão, passam a exercê-la sem o mínimo de emotividade necessária a toda atividade humana, transformando-se apenas, e tão somente, em acusadores mecânicos e desprovidos de sentimento.

Hélio Tomaghi fez brilhante comentário a respeito do júri e seu juízo de equidade: “Quando a justiça se separa da realidade, quando paira nas alturas ideais da perfeição, ela perde o contato com os homens para os quais foi feita. O Direito nada mais é do que um regulador da vida dos homens de carne e osso. A imposição da justiça absoluta com desprezo das contingências humanas é a maior das injustiças: *summum ius, mumma iniura*. Para evitar o vício do juiz profissional que se acastela na estratosfera da justiça ideal, a humanidade recorreu sempre à participação dos leigos nos julgamentos”. Inegável é a contribuição do júri para a humanização das leis, mas estamos aqui, querendo sim, evitar que tão nobre atribuição se torne um escoadouro para os que atentam contra a vida, bem tão precioso e indisponível, devidamente auxiliados por seus defensores e favorecidos pela singular organização do júri, sejam absolvidos de seus crimes e liberados da punição de seus atos.

Rematando sobre o júri, repita-se, instituição honrada, útil e necessária, não se prega aqui a sua extinção, e sim, o aperfeiçoamento do corpo de jurados a partir de critérios mais rígidos, que reduzam o exacerbado caráter emotivo do Tribunal do Júri, a fim de que não se dê margens a histórias como aquela contada pelo sábio Mestre Fernando Lyra, quando lembrava o fato de um assassino que, absolvido, foi agradecer ao defensor dizendo: “Antes de ouvir o seu discurso, estava certo que eu mesmo é que cometera o crime”.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> *Apud* Edilson Mougenot Bonfim, Júri – Do Inquérito ao Plenário, 1ª edição, São Paulo, Editora Saraiva.

<sup>17</sup> *Idem*.

## ***BIBLIOGRAFIA***

Júri - Do inquérito ao plenário, Edílson Mougnot Bonfim, 1ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1994.

Instituições de Processo Penal, Hélio Tomaghi, 2ª edição, 2º volume, São Paulo, Saraiva, 1977.

Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, José Náufel, 6ª edição, Rio de Janeiro, Editora Beta Ltda, Volumes I a III.

O Processo Penal, Walter P. Costa, 21ª edição, Rio de Janeiro, Editora do Autor, 1991.

Processo Penal, Mirabete, 4ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 1995.

## REFLEXÕES DE UM SISTEMA PENITENCIÁRIO E POLÍTICA CRIMINAL

Maria Laura Mata do Nascimento  
Acadêmica do Curso de Direito/UFRN – 7º Período

Conhecemos três sistemas penitenciários clássicos: *Filadélfia*, que aparece na fase do trabalho artesanal, onde o apenado cumpre sua sentença isoladamente, no intuito de fazê-lo refletir sobre sua culpa. Com o advento da máquina surge o sistema de *Auburn*, aceita o trabalho durante o dia e o isolamento à noite. O Estado aqui, permite a exploração da força carcerária e também o aniquilamento do mesmo, a medida que não existe sindicatos para controlar os direitos que um presidiário tem e muito menos a fiscalização das condições trabalhistas. Isso acarreta um ciclo vicioso entre o marginalizado social e o delito, que vê suas chances de emprego, dentro da sociedade, diminuídas, a medida que crescem as de fazerem parte desta outra realidade. O terceiro sistema é *Inglês ou progressivo* que um misto dos dois outros anteriores. No Brasil, existe um sistema progressivo na forma de sua execução. Os §§ 1, 2 e 3 do art. 34 CP, permite o trabalho diurno e isolamento noturno, onde três dias de trabalho, abate um dia de pena.

No nosso país, na prática, não temos uma política criminal, esta que se refere a ciência do crime, mas uma política penal. A pena é realmente a retribuição do crime praticado, sendo, efetivamente, sua única função. A história tem nos mostrado que a repressão penal não diminui a criminalidade. A presença da política pós delitual é marcante no nosso ordenamento, pois aqui está a “vingança” do Estado contra o mal praticado.

Quando refiro-me a “vingança”, é porque todo preso passa por um processo de aculturação nos estabelecimentos penitenciários, despojando-se de sua identidade, caso queira sobreviver. É necessário perder seus valores para adaptar-se a outros imperiosos a sua nova situação, percorrendo, em sua maioria, um caminho sem volta, pois não há que se falar mais em reintegração social.

“O poder produz o crime e o criminoso”, e é o próprio poder que diz quem é criminoso através do judiciário. Ora, quando o legislador elabora uma norma, já sabe quem irá alcançar. Há uma falsa ideologia na sua concepção. Como exemplo clássico temos a propriedade móvel melhor protegida do que a imóvel, um bem ainda mais valioso e, portanto, suscetível de maior cobiça. A pena para esbulho varia de seis meses a dois anos, enquanto que para furto, varia de um a quatro anos. São tão dispares que, como o célebre Edmundo Arruda, formulo a pergunta “quem rouba um relógio é o mesmo que rouba uma propriedade?”. Esta resposta pode até ser invertida, mas é freqüentemente, quem se apropria indevidamente de um pequeno objeto é um miserável social.

A lógica do ordenamento jurídico, em termos de produção de capital, difunde a concentração de riquezas. Significa dizer que existe um determinado comportamento social a excluir o marginalizado do processo de produção. Marginalizado este que é criado pela sociedade devido ao seu próprio ordenamento jurídico, pois tudo que acontece na economia é disciplinado pelo Direito.

O positivismo nos trouxe o conceito da neutralidade, da lei equidistante pronta para ser aplicada sem distinção de raça, cor ou credo, entretanto, na prática jurídica, as leis são frutos de grupos sociais hegemônicos, trazendo em seu corpo, todo objeto de seus anseios e interesses. Isso implica em afirmar que na melhor das hipóteses, o judiciário aplica leis desequilibradas.

É preciso repensar o conceito de norma, sua criação e aplicabilidade, principalmente quando nos referimos no âmbito penal, pelo bem jurídico protegido, estar relacionado diretamente com a própria vida, a fim de que possamos combater não mais as conseqüências em detrimento de suas causas, como a idéia de pena de morte, por exemplo.

## O INSTITUTO DA TUTELA ESPECÍFICA NAS OBRIGAÇÕES DE FAZER OU NÃO-FAZER, NA RECENTE REFORMA INTRODUZIDA NO CPC.

Marcus Aurélio de Freitas Barros  
Acadêmico de Direito/UFRN – 7º Período  
Monitor de Direito Civil I

---

1 - Considerações introdutórias; 2 - O Princípio da efetividade do processo e a execução específica; 3 - Breves comentários sobre as obrigações de fazer ou não-fazer e a tendência do processo executivo antes da recente reforma do CPC; 4 - O novel art. 461 do CPC e o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, 5 - O maior poder atribuído ao magistrado, as **Astreintes** e a previsão de medidas de apoio; 6 - Remates.

---

1 - A partir de 13 de dezembro de 1994 veio a público a nova reforma do Código de Processo Civil, a qual já é alvo de efusivas manifestações elogiosas dos mais consagrados comentadores do nosso Direito Processual, bem como daqueles que, no cotidiano, labutam com este relevante instrumento de pacificação social chamado *processo*.

Com o evoluir da recente reforma, inúmeras inovações se agregaram ao Código de Ritos, sendo digno de destaque: a tutela antecipatória, a consignação em pagamento no âmbito extrajudicial, a audiência prévia de conciliação, para não citar muitas outras. A reforma foi informada, é bom que se diga, por uma consciência marcadamente voltada para o acesso à justiça, a celebridade processual, a instrumentalidade e a efetividade do processo.

Uma inovação passível de nota é aquela que se reporta à tutela específica nas obrigações de fazer ou não-fazer, vez que denota a sensibilidade do legislador com o desastre que se afigurava no que tange a essas obrigações, trazendo a lume meios eficazes que garantam uma tutela verdadeiramente específica para tais obrigações, sejam positivas ou negativas. Aqui, dado o avanço no sentido da efetividade do processo, é mister, mesmo que sucintamente, proceder a algumas considerações sobre o tema, no escopo de, ao menos, demonstrar aos céticos contumazes o estágio que a execução das obrigações de fazer e não-fazer alcançou, com a previsão da tutela específica.

2 - Inicialmente, é preciso que se diga que a moderna processualística já vinha se posicionando, não é de hoje, pela incessante busca da efetividade do processo, pelo que descabe a preocupação tão-somente com os aspectos que envolvem a admissão em juízo, o procedimento e o *decisum*, esquecendo-se dos aspectos concernentes à satisfatividade do julgado. Ora, uma das questões que emerge do princípio da efetividade do processo, e que concorre para o acesso à justiça, é o aspecto tendente a realçar a utilidade das decisões, dando o sentido de satisfatividade prenunciado na máxima, de há muito propagada por CHIOVENDA, de que:

*“o processo deve dar quanto for possível, praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que tenha o direito de conseguir”* (apud FRANCISCO BARROS DIAS, *Alguns aspectos da Execução no processo coletivo*, Revista AJURIS n° 38, pág. 13).

Neste diapasão, digno de relevo é o instituto da execução específica, a ser aplicado, sobretudo, às obrigações de fazer positivas e negativas, como forma de satisfazer por completo e na medida exata o direito violado, sendo um corolário tendente a promover a efetividade do processo, a par de consubstanciar um dos princípios basilares do processo de execução. Dito instituto, em seus escorreitos contornos, indica, com arrimo no princípio da maior coincidência possível, que a satisfatividade do julgado, por intermédio do Estado-juiz, deve, o máximo que

possa, representar aquilo que se conseguiria, no caso de uma satisfação direta e espontânea do decidido.

Vê-se, de conseguinte, que um ideal a ser buscado na execução de fazer ou não-fazer é sua realização específica no mundo fático, de forma a acomodar, em seus lindes, o exurgimento de uma instrumentalidade substancial, capaz de restar evidenciado o intuito-mor de efetividade do processo. Forçoso, nesta linha, ressaltar que, realizando, nas *obligatio faciendi* positivas e negativas, uma execução específica, a jurisdição, impossível negar-se, alcançará um maior resultado prático, inibindo, em consequência, o desrespeito às prestações de fato, e findando por desafogar o Judiciário.

3 - Não é despiciendo, nos limites do presente trabalho, comentar em linhas gerais as obrigações de fazer ou não fazer e sua operacionalidade antes do evoluir da recente reforma processual. A *obligatio faciendi*, seja positiva ou negativa, distancia-se da *obligatio dandi*, por ser uma prestação de fato, enquanto que na obrigação de dar há uma prestação de coisa. Tem por finalidade uma atividade ou abstenção do devedor, a qual o mesmo se obrigou, podendo ser fungível (quando o resultado é mais relevante que o meio para executá-lo) ou infungível (personalíssima), se positiva, e dando ensejo a uma sentença condenatória a ser, como visto, executada de forma específica.

Na sistemática recentemente revogada, sob o pretexto da impossibilidade de coagir o obrigado *manu militari* a cumprir o que lhe devia, era extremado tanto o receio para com a utilização de instrumentos de pressão psicológica, como o respeito ao princípio da intangibilidade da vontade, pelo que, nas obrigações de cunho pessoal, outra alternativa não restava senão a substituição da prestação por um sucedâneo, qual seja, a apuração de perdas e danos, olvidando, de conseguinte, que se auferisse uma execução *in natura*. O próprio processo executivo, vale dizer, era moldado em torno da execução por quantia certa, vez que a regra era o arbitramento de uma indenização em pecúnia no caso da execução para entrega de coisa ou da *obligatio faciendi*, salvo no que respeita às obrigações de declaração de vontade, onde a sentença já tinha o condão de substituir a vontade do obrigado.

Com o passar dos tempos, verificou-se que a orientação codificada não satisfazia nem mesmo ao credor, sendo a demonstração da impotência do Estado em cumprir suas próprias decisões, na forma em que foram proferidas, consubstanciando, no sentir dos mestres, uma verdadeira negação de justiça, razão pela qual a excelência dos doutrinadores já sinalizava pela imperiosa revisão da sistemática até então vigente.

4 - O primeiro ressaibo no sentido de uma tutela específica para as obrigações de fazer ou não-fazer, no Direito pátrio, veio a lume circunscrito às relações de consumo, advindo do regramento do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, o qual restou reproduzido, quase que fielmente, no *novel* art. 461 do CPC, introduzido no *ordo juris* pelo art. 1º da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, dispositivo este que ora nos aventuramos a analisar.

Este comando normativo, imbuído de um inestimável sentido de efetividade (entendida como realização prática da decisão judicial), tem um alcance amplo, englobando as obrigações específicas, sejam elas provenientes de lei ou do contrato, bem como produz efeitos na tutela executiva das obrigações de fazer ou não fazer de qualquer espécie, sejam elas fungíveis ou infungíveis. A maior novidade incorporada ao nosso Direito, com o advento do novo teor do art. 461, é a autorização concedida ao magistrado de ordenar o efetivo cumprimento de prestações de fato que a decido judicial imponha, mesmo havendo resistência do obrigado, prevendo-se meios de substituição de sua vontade (medidas de apoio), bem como mecanismos que provoquem o adimplemento (*astreintes*), principalmente, das obrigações personalíssimas. Com efeito, a tutela específica, ou um equivalente que lhe corresponda a finalidade, na *obligatio faciendi* positiva ou negativa, restaram prestigiados, isto devido a nova roupagem do art. 461 do Código de Ritos.

Ademais, conforme se infere do § 1º deste art. 461, num passo de patente evolução, a conversão da execução de fazer e não-fazer em obrigação por perdas e danos foi alternativa relegada a um plano inferior na preferência do legislador. É que a execução deve ser específica ou, quando muito, bem próxima, em termos objetivos, daquela corporificada pelo adimplemento *sponte propria* do obrigado. A indenização pecuniária, por ser, como visto, um sucedâneo da prestação e não a prestação em si mesma, ficou aventada apenas na hipótese de total impossibilidade das alternativas do *caput* do *novel* art. 461 do CPC, ou no caso de configurar opção expressa do autor da demanda. Vê-se, daí, que ao credor é facultado, ao intentar a ação, pleitear a tutela específica ou conversão em perdas e danos da prestação de fato objeto do litígio, malgrado tal posição não ter cunho de pacificidade. É que a doutrina já começa a entender que não existe opção para o credor, no caso de ser possível a tutela específica (CARREIRA ALVIM, *in Código de Processo Civil Reformado*, pág. 160/161).

Mereceu, outrossim, o alvitre do legislador de 1994, a possibilidade de, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, o julgador conceder medida liminar, seja *inaudita altera parte* ou, se necessário, mediante justificação prévia, com imperiosa citação do réu. Aqui, dissentindo da opinião de Sérgio Bermurdes (*in A Reforma do Código de Processo Civil*, Freitas Bastos, 1995, pág. 53), mas na esteira de Dinamarco (*in A Reforma do Código de Processo Civil*, 2 ed. Malheiros, 1995, pág. 156), é possível vislumbrar-se autêntica antecipação de tutela, malgrado a diferença redacional deste §3º do art. 461 do CPC com o art. 273 do mesmo diploma legal,

É que é impossível, no nosso sentir, advogar tese da natureza cautelar deste provimento satisfativo, como pensa Bermurdes (ob. cit., pág. 53). Ora, é lição comezinha em matéria cautelar, segundo a mais autorizada doutrina, que: “É imprescindível que a tutela não satisfaça a pretensão própria do **processo principal** para que possa adquirir o perfil de cautelar” (apud LUIZ GUILHERME MARINONI. *in Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, RT, 1994, pág. 77). Ao revés, prova da natureza antecipatória desta tutela é que, conforme se depreende na lição haurida do escólio de Dinamarco (ob. cit., pág. 156): “Como **antecipação de tutela específica**, essa de que cuida o § 3º visa a pôr o titular do direito no gozo da própria **situação final sonegado pelo obrigado e postulada no *petitum***”. Destarte, fica fácil compreender que o provimento do § 3º do art. 461 do CPC, possui características de verdadeira tutela antecipatória, sendo fácil infirmar qualquer natureza cautelar que, por ventura, se queira argumentar.

Por fim, é bom dizer que a concessão de liminar é medida excepcional, possuindo o escopo de, dado a presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, evitar os maléficis efeitos do tempo para o credor, sem olvidar da possibilidade de, a qualquer tempo, ser revogada. Ademais, no caso de o juiz determinar providências para assegurar o resultado prático equivalente ao adimplemento (tutela assecuratória), em face da expressão legal *se procedente o pedido* (art. 461, *caput*), o prof. Carreira Alvim, entende que, neste caso, por não ser verdadeira tutela específica, não resta qualquer possibilidade à concessão de medida liminar (ob. cit., pág. 157 e 158), ficando à jurisprudência a responsabilidade de dirimir a questão. No mais, o artigo em comento é rico na previsão de medidas para materializar o resultado prático do decreto jurisdicional que condene a uma obrigação de fazer ou não fazer, sendo, de suma importância, o estudo das *astreintes* e das chamadas medidas de apoio, que procederemos no próximo tópico do trabalho.

5 - Tem-se, ainda, que a mente legislativa foi fértil no sentido de, por atividades judiciais, substituir a vontade do devedor (medidas de apoio) ou pressioná-lo psicologicamente para o adimplemento (estipulação da multa pecuniária como medida mais enérgica), garantindo, sempre e sempre, a efetividade do processo.

É da análise dos §§2º e 4º do artigo *sub studio* que se infere o maior vigor que se atribuiu à imposição de multa pecuniária, chamada, por herança do direito francês, de *astreinte*.

Esta, vale dizer, consubstancia um importante instrumento de coação indireta com o objetivo de minar a resistência do devedor ao cumprimento das prestações de fato, sobretudo, nas de cunho pessoal, tendo o afã de efetivar, praticamente, a pretendida execução *in natura*. Caracteriza-se por sua natureza coercitiva, dessumindo daí a inexistência de um sentido reparatório, bem como por ser ilimitada, não se aplicando, vez que o escopo é pressionar psicologicamente o devedor para adimplir a obrigação; o limite imposto no art. 920 do CC, referente à cláusula penal.

Difere, à evidência palmar, das perdas e danos, já que estas são proporcionais ao conteúdo econômico e têm um caráter expiatório, além de não visarem o adimplemento, mas sim aferir um equivalente pecuniário em decorrência do descumprimento da obrigação. Daí, ressaí sobranceira, em virtude da diversidade de naturezas já demonstrada, a compreensível cumulabilidade entre multa pecuniária e perdas e danos, que bem indica o art. 461, § 2º do CPC. As *astreintes*, vale acrescentar, podem ser impostas tanto em sede de sentença quanto no momento da concessão da medida liminar, e começam a incidir no prazo estabelecido pelo juiz, por força do art. 644 do CPC.

Além do mais, inovação de grande monta se infere da análise do art. 461, §4º em sistema com os arts. 644 e 645, todos do CPC. Restaram ampliados, sobremaneira, os poderes concedidos ao juiz da execução. A multa pecuniária, além de poder ser fixada em meio à execução, é medida a ser fixada *ex officio*, o que, mesmo em detrimento de princípio dispositivo, antes elevado a dogma processual, teve o mister de garantir uma maior plasticidade ao processo executivo. Neste passo, diz Ada Pellegrini: “A escolha entre a execução específica e a multa diária, quando esta for considerada suficiente ou mais compatível, cabe independentemente do pedido do autor, que pode assim afastar-se, na execução, do princípio dispositivo” (apud RODOLFO DE C. MANCUSO, in *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, Saraiva, 1991. pág. 298).

É dado ao magistrado, ainda, sempre em vista da efetividade do processo, o poder de acrescentar ou reduzir o *quantum debeat* estabelecido como *astreinte*. Isto evita que, em certos casos onde, dado a defasagem ou, doutro lado, o valor exorbitante, o instrumento de pressão psicológica perca sua eficácia, não inibindo, por conseguinte, o inadimplemento do devedor. As *astreintes*, pode-se agregar, são multas que incidem diariamente após o descumprimento da prestação de fato, a partir da data pré-fixada pelo julgador, cessando com o cumprimento, pelo devedor, desta obrigação, sendo, face o considerável montante, um eficiente meio de pressão para que o obrigado cumpra o que deve.

Por fim, há que se falar, também, das medidas autorizadas pelo art. 461, §5º do CPC, que podem ser chamadas de medidas de apoio. Estas medidas judiciais, constantes neste dispositivo legal de forma patentemente exemplificativa, diferencia-se das *astreintes*, devido ao fato de naquelas a efetividade do processo ser garantida por intermédio de atos independentes da vontade do obrigado, enquanto que na multa diária em pecúnia o escopo é pressionar o indivíduo para que, mesmo coagido, **por ato seu**, realize o cumprimento da prestação.

Destarte, ao magistrado, indubitavelmente, exsurgiu, na dinâmica processual, mecanismos eficientes, que, se utilizados com inteligência e dinamismo, são aptos a garantir uma tutela específica para as obrigações de fazer ou não-fazer, sinalizando a olhos vistos, no sentido da efetividade do processo.

6 - Tecidas estas considerações, forçoso rematar exaltando a percuciência do legislador de 1994, sempre sensível aos aspectos que levavam à insatisfação popular com os meios judiciários. Daqui para frente, aos operadores de Direito, sem réstia de dúvidas, fica a responsabilidade de não se deixar atrelar a uma sistemática revogada, efetivando, no dia-a-dia forense, as inestimáveis inovações incorporadas ao processo com a *novel* reforma do CPC.

No que pertine às obrigações de fazer ou não-fazer, é indispensável, nesta breve

conclusão, proceder a um apelo, em nome dos jurisdicionados, para que a satisfatividade do julgado se dê, em termos práticos, levando em conta o bem devido, objeto do litígio. Para tanto, utilizando, na forma do art. 461 do CPC, a tutela específica nas obrigações de fazer ou não-fazer, sem qualquer desvirtuamento que, por ventura, venha a ocultar a *ratio legis* do dispositivo legal comentado, em sua nova roupagem.

## BILBIOGRAFIA

- LVIM, Arruda *et al.* *Código do Consumidor Comentado*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- \* ALVIM, J. E. Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Dei Rey, 1995.
- \*BERMURDES, Sérgio. *A Reforma do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- \*DIAS, Francisco Barros. *Alguns Aspectos da Execução nos Processos Coletivos*, *AJURIS*, n° 38, setembro, 1993.
- \*DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- \*DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- \*DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. vol. 2, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- \*GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 3ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- \*THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Processo Cautelar*. vol.2, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- \*MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- \*MUKAI, Toshio *et al.* *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

# ASPECTOS GERAIS SOBRE A TUTELA ANTECIPATÓRIA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO

Eduardo Medeiros Cavalcante  
Acadêmico do Curso de Direito/UFRN – 7º Período

## I - INTRODUÇÃO

Ciente da necessidade de encontrar uma forma rápida e eficaz de atuação dos processos judiciais, precipuamente, o procedimento ordinário, passou a moderna processualística a dedicar, em sede doutrinária, atenção ao anseio de uma nova realidade da sociedade, cuja intensificação veio a ser sentida com a Carta Magna de 1988, inovando no que se refere aos direitos sociais e individuais amplos e aos novos instrumentos processuais de grande alcance, como, *verbi gratia*, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o habeas data.

Diante de tal contexto, surgiu a necessidade de se moldar o processo para essa nova realidade social, no afã de vê-lo cumprindo com sua “função, já celebrizada por CHIOVENDA de há muito, de dar a quem tem um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.<sup>18</sup>

Surge, destarte, a coexistência da **efetividade do processo** com o **acesso à justiça** como a arma capaz de solucionar a questão da celeridade do processo. Com efeito, “a morosidade do processo estrangula os canais de acesso à tutela jurisdicional, por isso a celeridade representa a verdadeira efetividade do processo, por ser o problema que mais aflige ao jurisdicionado quando da decisão de recorrer à tutela jurisdicional, ou de buscar uma conciliação nem sempre realmente favorável”.<sup>19</sup>

A partir deste ângulo, nasce a importância da tutela preventiva jurisdicional.

Portanto, as medidas cautelares nada mais são do que o fenômeno oriundo das novas exigências de uma sociedade, que torna inaceitável a morosidade jurisdicional imposta pelas formas tradicionais de tutela.

Em virtude disso, há uma epidemia da utilização indiscriminada das “medidas cautelares em nossa prática forense, ganhando, atualmente, mais força do que o remédio heróico - mandado de segurança”.<sup>20</sup>

Com o uso constante e crescente das vias cautelares, utilizadas como remédio contra a ineficiência do procedimento ordinário, doutrinadores há muito entendem da necessidade de serem estabelecidas outras vias de tutela sumária, diminuindo, em parte, os reclamos à tutela jurisdicional cautelar.

E com esse espírito, a Lei 8.952, de 13.12.94, parte de uma série de reformas do Código de Processo Civil, deu nova roupagem ao artigo 273, admitindo ao Juiz, a requerimento da parte, a possibilidade de **antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida**.

O presente trabalho, portanto, tem como objetivo analisar a dimensão da tutela antecipatória, estabelecida pelo mencionado dispositivo legal, sem a pretensão de esgotar, é claro, o alcance deste instituto.

---

<sup>18</sup> Apud LUIZ GUILHERME MARIONI, in Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória, RT, 1ª ed., 1994, p. 10-1.

<sup>19</sup> LUIZ GUILHERME MARIONI, ob. cit, p. 11

<sup>20</sup> ELIANA CALMON, in Medidas Cautelares, “AJUSTE”, nº 43, p. 58.

É de bom alvitre, no entanto, fazer um breve comentário sobre a natureza dos procedimentos de cognição sumária, ladeando a tutela cautelar com a tutela antecipatória.

## II - COGNIÇÃO EXAURIENTE, SUMÁRIA E SUPERFICIAL.

“Sendo o processo instrumento de realização do direito material, o resultado de seu funcionamento deve situar-se a uma distância mínima daquele que produziria a atuação espontânea das normas substantivas”.<sup>21</sup>

Assim, deve os procedimentos judiciais se adequar à pretensão de direito material, adaptando a cognição própria para cada tutela proclamada.

Analisando a cognição, sendo esta uma técnica destinada à concepção de tutelas jurisdicionais diferenciadas, o eminente processualista LUIZ GUILHERME MARINONI<sup>22</sup> preleciona que a “cognição é, antes de tudo, uma relação entre o sujeito (cognoscente) e o objeto (cognoscível). Esta relação entre o sujeito e o objeto se dá através da função intermediária da cognição”.

Deveras, cada pretensão jurisdicional terá sua via adequada de acesso à justiça, via esta analisada em relação ao correto procedimento para se alcançar um remédio legal, dependendo, portanto, de fatores e formas que identificam entre o cognoscente e o cognoscível.

Nesta linha, afirma, ainda, MARINONI que a “cognição pode ser referida a dois planos distintos: horizontal, que diz respeito à amplitude de conhecimento do juiz; e vertical, que pertine à profundidade da cognição do magistrado acerca da afirmação dos fatos”.

No tocante ao plano horizontal, o juiz poderá ou não conhecer a totalidade do conflito de interesses, tendo o processo, destarte, cognição plena ou parcial, respectivamente.

A célebre divergência doutrinária quanto as objeções petitorias nas ações possessórias, proclamado pelo o artigo 923, do CPC, exemplifica o âmbito horizontal da cognição. Para parte da doutrina, nas ações possessórias a defesa está limitada, segundo a exegese do mencionado dispositivo e da Súmula 487 do STF, impedindo-se que as objeções petitorias sejam conhecidas, restringindo, portanto, o magistrado ao conhecimento apenas do ponto em discussão.

Quanto ao plano vertical, o magistrado, dependendo da abrangência do objeto, poderá conhecer a afirmação dos fatos de forma exauriente, sumária ou superficial.

MARINONI, diferenciando as espécies de cognição vertical, afirmou que a “cognição exauriente é característica do processo de conhecimento, pois é a cognição típica dos processos que visam à solução definitiva das lides trazidas ao conhecimento do magistrado. Quando se fala em cognição exauriente, portanto, se quer dizer que a lide objeto da cognição não mais será objeto de cognição em outro processo”.

Do mesmo modo, o processualista diz que a cognição sumária é uma cognição menos aprofundada em sentido vertical. É a cognição própria das situações de aparência, ou melhor, dos juízos de probabilidade. A cognição sumária, pois, é aquela característica da tutela cautelar e da tutela antecipatória.

Como ensina o Professor CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, transcrevendo a inexecedível lição de MALATESTA, “probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes.

---

<sup>21</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, in Tendências contemporâneas do direito processual civil. Apud, LUIZ GUILHERME MARINONI, ob. cit., p. 18.

<sup>22</sup> LUIZ GUILHERME MARINONI, ob. cit., p. 21 a 33.

As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável”.<sup>23</sup>

MARINONI, do mesmo modo, afirma que o “juízo de probabilidade situa-se sobre as provas produzidas pelas partes, mas não suficientes para a cognição exauriente do fato afirmado”.

Por último, este consagrado processualista, assevera que a “cognição superficial trata-se de cognição típica das liminares proferidas em atenção à verossimilhança de que o fato afirmado existente possa vir a ser provado durante a instrução sumária”.

Neste caso, “a cognição incide sobre a afirmação do fato, mas prescinde dos meios de prova destinados a demonstrá-lo. O que ocorre é a valoração da verossimilhança de que o fato afirmado possa vir a ser demonstrado através das provas permitidas pela instrução sumária”.

### III - TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA

Para se ver satisfeita uma pretensão nas ações cautelares, deve o pedido estar abalizado pelos requisitos que configuram uma providência de natureza cautelar, que “são, basicamente, dois:

I - Um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável;

II - A plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumus boni iuris*”.<sup>24</sup>

Nada obstante a exigência desses pressupostos próprios, o que importa, no estudo do processo cautelar, é a idéia de se obter, de forma rápida, uma liminar que vise a proteger uma futura sentença.

O Professor Ronaldo Cunha Campos, em sua obra: introdução ao Estudo do Processo Cautelar teve uma nova visão do chamado *fumus boni iuris*. Segundo o referido doutrinador, “a preocupação, quando se fala em processo cautelar, é a de que *fumus boni iuris* se volte para a perspectiva de preservar a decisão do jurisdicional, o bem da vida objeto da ação principal, examinando-se, na cautelar, a probabilidade de eficácia da ação judicial”.<sup>25</sup>

OVIDIO BAPTISTA DA SILVA, referindo-se à lição de Cristofolini, lembra que “as medidas propriamente cautelares - enquanto tutela apenas de segurança - limitam-se a assegurar a possibilidade de realização para o caso de vir a sentença final a reconhecer a procedência da pretensão assegurada”.<sup>26</sup>

Inobstante a limitação do alcance das medidas liminares, defendida pelos citados doutrinadores, não são raras as pretensões que, por estarem envolvidas em situações de perigo, exigem tutela urgente de caráter de antecipação da tutela definitiva.

Realmente, se uma pretensão de direito material requer uma antecipação da tutela em um procedimento de cognição sumária, em razão de estar inserida em uma determinada situação de perigo, não é possível que o Estado se negue a prestar a devida tutela jurisdicional.

---

<sup>23</sup> CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, in A Reforma do Código de Processo Civil, MALHEIROS, São Paulo, 2ª ed., 1995, p. 143.

<sup>24</sup> HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, in Curso de Direito Processual Civil, FORENSE, Rio de Janeiro, 13ª ed., 1994, v. II, p. 366.

<sup>25</sup> Apud. ELIANA CALMON, ob. cit., p. 58.

<sup>26</sup> Apud. LUIZ GUILHERME MARINONI, ob. cit., p. 78.

Por isso, “a necessidade de sumarização cognitiva, advinda da busca de uma tutela jurisdicional afetiva em face de situações de perigo, levou à utilização da tutela cautelar como instrumento destinado à satisfação antecipada da pretensão que só poderia ser veiculada através da chamada **ação principal**”.<sup>27</sup>

É de bom alvitre, no entanto, afirmar que a cognição sumária da tutela cautelar possui característica diversa da cognição sumária da tutela antecipatória, nada obstante que ambas são inerentes à existência de situações de perigo.

MARINONI, que de forma completa preleciona sobre o tema, proclama que “a tutela antecipatória não é tutela cautelar porque esta deve limitar-se a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado. Ora, na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado, enquanto que na tutela sumária satisfativa não há esta referibilidade, já que nenhum direito é protegido ou acautelado”.<sup>28</sup>

É de se observar, ainda, que a tutela antecipatória não é novidade em nosso ordenamento jurídico, pois, como reputa o eminente Professor e Magistrado FRANCISCO BARROS DIAS<sup>29</sup>, “para se constatar essa assertiva é bastante que se passe a vista nas liminares antecipatórias das ações possessórias, da nunciação de obra nova, dos embargos de terceiros e especialmente da ação de busca e apreensão de bens adquiridos com cláusula de alienação fiduciária”.

Afirma, ainda, que “outro bom exemplo dessa realidade é a execução extra-judicial do Sistema Financeiro de Habitação, prevista no Decreto-lei n° 70, de 21 de novembro de 1966, inclusive com sua constitucionalidade reconhecida pelos altos pretórios nacionais”.

Apesar disso, notáveis divergências doutrinárias emergem em virtude da possibilidade ou não da satisfatividade nos processos de cognição sumária, tendo como causa, precípua, a questão da morosidade dos processos judiciais que não satisfazem uma determinada situação emergencial.

Agora, com a nova roupagem do artigo 273 do CPC, instituída pela Lei 8.952, de 13.12.94, “a tutela antecipatória passou a ser regra em todo e qualquer processo de cognição, privilegiando a sociedade como um todo e não pessoas, grupos ou categorias. Por isso, não vejo como se imputar maior desprestígio ao processo cautelar, pois, doravante, o mesmo retomará o seu curso normal, e as hipóteses de antecipação de tutela deverão ser buscadas no processo de conhecimento pela via hábil e adequada que agora se apresenta”.<sup>30</sup>

#### IV - TUTELA ANTECIPATÓRIA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO

O novo texto do artigo 273 do CPC assim está expresso: “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

---

<sup>27</sup> LUIZ GUILHERME MARINONI, ob. cit., p. 75 e 76.

<sup>28</sup> LUIZ GUILHERME MARINONI, in Novidades sobre a Tutela Antecipatória, “Revista de Processo”, RT, v. 69, p. 106.

<sup>29</sup> FRANCISCO BARROS DIAS, in Processo de conhecimento e Acesso à Justiça (tutela antecipada), trabalho apresentado no Fórum de Debate: “Acesso à Justiça - informatização - celebridade processual”, realizado em 11 de maio de 1995, Recife - PE, promovido pelo Centro de estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal e pelo TRF da 5ª Região.

<sup>30</sup> FRANCISCO BARROS DIAS, ob. cit..

§ 1º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º. Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado

§ 3º. A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º. Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento”.

Com a leitura do texto do mencionado dispositivo legal, percebe-se que para se obter a antecipação dos “efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”, deve estar configurada a “prova inequívoca”, para que o juiz “se convença da verossimilhança da alegação”.

DINAMARCO<sup>31</sup>, preleciona que “o artigo 273 condiciona a antecipação da tutela à existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz se convença da verossimilhança da alegação. Analisando a natureza da prova inequívoca, o citado mestre assevera que “a dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque prova inequívoca é prova tão robusta que do permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não mera verossimilhança. Convercer-se da verossimilhança ao contrário, não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor”

Note-se que no presente remédio legal inexistente a referência a um direito acautelado, pois não se está assegurando a viabilidade da realização do direito afirmado, e, sim, a própria antecipação do direito proclamado no pedido. Por isso, segundo o mestre Paulista, “o grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni iuris juris* exigido para a tutela cautelar”.

Outro requisito determinado pelo **caput** do artigo 273 é o atendimento ao princípio dispositivo, pois provimento dos efeitos da tutela antecipatória só poderá ser realizado “a requerimento da parte”.

Inobstante esta exigência, vislumbro a possibilidade de ser concedida a medida antecipatória independente do requerimento da parte, conforme entendimento de THEOTÔNIO NEGRÃO.<sup>32</sup>

A medida liminar com antecipação da tutela pode ser observada, claramente, na tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer, instituída no novo texto do artigo 461 do CPC, também reformado pela lei 8.952/94. Deveras, DINAMARCO<sup>33</sup>, com percunçência, assevera que “o § 3º do artigo 461 estabelece a possibilidade de ser antecipada a tutela específica quando *for relevante o fundamento da demanda* e (cumulativamente) houver *justificado receio de ineficácia do provimento final*. A antecipação será concedida liminarmente ou mediante justificação prévia, podendo a qualquer tempo ser revogada ou modificada”. Destarte, “as diferenças de redação entre o art. 461 e o art. 273 não descaracterizam a integração da tutela específica antecipada na categoria mais ampla da *tutela jurisdicional antecipada*”.

Surge, ainda, outro questionamento: poderá ser concedida a tutela antecipatória em

<sup>31</sup> CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, ob. cit., p. 143.

<sup>32</sup> THEOTÔNIO NEGRÃO, in Código de processo Civil, SARAIVA, São Paulo, 26ª ed. art. 273, nota 1., p. 258.

<sup>33</sup> CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, ob. cit., p. 156.

favor do réu?

É de se observar que o *caput* do artigo 273 menciona que “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar...”. Sendo, portanto, o réu parte no processo, entendo que é cabível tal medida.

Porém, em virtude da brevidade do presente trabalho, deixo de analisar, à saciedade, a mencionada controvérsia, lançando-a aos processualistas, na certeza de que, imbuídos com a filosofia que abalizou o nascimento do instituto da tutela antecipatória no processo de conhecimento, alcançarão uma exegese que se comprometa com a efetividade e celeridade dos processos judiciais.

Com a possibilidade de antecipação do pedido no processo de conhecimento, o artigo 273 do CPC fez reunir duas espécies de tutela antecipatória.

DINAMARCO<sup>34</sup>, ao escrever sobre o tema, proclama que “o novo art. 273 do Código de Processo Civil, com a consciência de estar instituindo uma arma contra os males que o tempo pode causar aos direitos e aos seus titulares, figura duas situações indesejáveis a serem debeladas mediante a antecipação da tutela. A primeira delas sugere o requisito do *periculum in mora*, ordinariamente posto em relação à tutela cautelar. Reside no *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* (art. 273, inc. I). A segunda situação a ser debelada mediante antecipação da cautela consiste no *abuso do direito de defesa* ou no *manifesto propósito protelatório do réu* (art. 273, inc. II).

Acompanhando esse entendimento, SÉRGIO BERMUDEDES<sup>35</sup> afirma que “podem concorrer, a um só tempo, as situações dos incisos I e II, mas para a antecipação da tutela não é mister que elas se configurem conjuntamente. Basta a ocorrência da hipótese prevista no inciso I, ou no inciso II, como deixou claro o legislador, servindo-se da conjunção coordenativa alternativa *ou*, que une pensamentos que se excluem”.

É de bom alvitre salientar que a hipótese do *caput* do art. 273 conjugada com o inc. II “só pode ser utilizada após a defesa do réu, porém, daí por diante, parece-me que não haverá limite de instância, podendo, inclusive, ser pedida em grau de recurso”.<sup>36</sup>

No tocante ao fundamento da decisão, imposto pelos §§ 1º e 4º, o eminente mestre processualista FRANCISCO BARROS DIAS<sup>37</sup> afirma que “o legislador não se conformou com a regra geral ditada pelo art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, quando afirma que as decisões dos órgãos do Poder Judiciário deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Procurou ir mais além, talvez desconfiado do descaso que vem sendo dispensado a esse preceito constitucional, deixou bem claro no § 1º que *na decisão...o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento*. Mais ainda, no § 4º ao prevê a revogabilidade da decisão, deixou patente que isto pode ocorrer a qualquer tempo em decisão fundamentada”.

Mais adiante, proclama que “se trata de decisão interlocutória, suscetível de recurso de agravo ou mandado de segurança, desde que manifesta a ilegalidade ou abusividade do ato judicial”.

Analisando o problema da irreversibilidade do provimento antecipado, cuidado no § 2º, MARINONI<sup>38</sup> diz que “a tutela sumária se funda, efetivamente, no princípio da probabilidade. Em se tratando de tutela antecipatória urgente deve ser possível o sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável, em benefício de outro que pareça provável.

---

<sup>34</sup> CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, ob. cit., p. 145 e 146.

<sup>35</sup> SÉRGIO BERMUDEDES, in A Reforma do Código de Processo Civil, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1ª ed., p. 37.

<sup>36</sup> FRANCISCO BARROS DIAS, ob. cit.

<sup>37</sup> FRANCISCO BARROS DIAS, ob. cit.

<sup>38</sup> LUIZ GUILHERME MARINONI, in Novidades..., p. 107.

Do contrário, o direito que tem maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente prejudicado”.

Insiste, ainda, o mestre que o “princípio da probabilidade, entretanto, deve ser conjugado com o princípio da proporcionalidade, já que quando um direito deve ser sacrificado em proveito de outro - o que pode ocorrer não só no juízo sumário - se faz necessária a ponderação dos direitos em choque”.

Lembra, no entanto, DINAMARCO que “é preciso receber com cuidado o alvitre de MARINONI, para quem se legitimaria o sacrifício do direito menos provável, em prol da antecipação do exercício *de outro que pareça provável*. O direito não tolera sacrifício de direito algum e o máximo que se pode dizer é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir”. Por isso, “é difícil conciliar o caráter satisfativo da antecipação e a norma que a condiciona à reversibilidade dos efeitos do ato concessivo (art. 273, § 2º)”.

Quanto ao § 3º, FRANCISCO BARROS DIAS<sup>39</sup> afirma que o mencionado dispositivo “ao determinar que na execução da tutela antecipatória aplique-se o disposto no art. 588, incisos II e III, está a indicar a execução provisória em hipóteses que tais, e, por isso, ficam vedados os atos que importem alienação dos bens do réu; não permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro e as coisas deverão ser restituídas ao estado anterior, caso venha a sentença final modificar o objeto da antecipação”.

O eminente mestre, ainda, afirma que os §§ 4º e 5º não deixam dúvida quanto ao caráter de provisoriedade da decisão concessiva da tutela antecipatória. O primeiro quando afirma que *a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo* e o segundo ao proclamar que o processo terá seguimento até final julgamento seja ou não concedida a antecipação da tutela”.

## V - CONCLUSÃO

“O novo artigo 273 do Código de Processo Civil, ao instituir de modo explícito e generalizado a *antecipação dos efeitos da tutela pretendida*, veio com o objetivo de ser uma arma poderosíssima contra os males corrosivos do tempo no processo”.<sup>40</sup>

Deveras, muitas situações de emergência viam há muito necessitando de um remédio legal contra a ineficácia dos processos judiciais. Porém, o instituto da tutela antecipatória estando possibilitado no processo de conhecimento não só ataca este mal social, mas encerra a notável discussão quanto à possibilidade ou do das cautelares satisfativas, pois tais procedimentos exerceram sua finalidade precípua, que é assegurar um direito para que se torne satisfeito no provimento final, enquanto que a antecipação da satisfatividade do pedido poderá ser exercido pela sua via adequada.

---

<sup>39</sup> FRANCISCO BARROS DIAS, ob. cit.

<sup>40</sup> CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, ob. cit., p. 138.

## VI - BIBLIOGRAFIA

- DIAS, Francisco Barros, in Processo de Conhecimento e Acesso à Justiça (tutela antecipada), trabalho apresentado no Fórum de Debate: “Acesso à Justiça - informatização - celeridade processual”, realizado em 11 de maio de 1995, Recife - PE, promovido pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal e pelo TRF da 5ª Região
- JÚNIOR, Humberto Theodoro, in Curso de Direito Processual Civil, FORENSE, Rio de Janeiro, 138 ed., 1994, v. II.
- MARINONI, Luiz Guilherme, in Novidades Sobre a Tutela Antecipatória, “Revista de Processo”, RT, v. 69, p. 105-10.
- MARINONI, Luiz Guilherme, in Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória, RT. 18 00., 1994.
- BERMUDES, Sérgio, in A Reforma do Código de Processo Civil, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1800.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, in A Reforma do Código de Processo Civil, MALHEIROS, São Paulo, 2800. , 1995.
- ELIANA CALMON, in Medidas Cautelares, “AJUFE”, n° 43.

## A CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO E SUA ALTERNATIVA EXTRAJUDICIAL.

Cibele Benevides Guedes  
Acadêmica do Curso de Direito/UFRN – 7º Período

A presente exposição não é mais do que uma abordagem perfunctória acerca da alteração trazida pela Lei nº 8.951, de 13 de dezembro de 1994, referente à alternativa extrajudicial da consignação em pagamento.

Cumpre, pois, antes de adentrar propriamente na mudança introduzida no CPC, tecer comentários acerca da natureza da consignação em pagamento, sem a pretensão, é claro, de exaurir o tema.

Malgrado tenha o nosso Código Civil se escusado em definir o que venha a ser obrigação, a doutrina é pacífica no sentido de afirmar que consiste ela em uma relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objetivo consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através do seu patrimônio. Assim, é lícito afirmar que a finalidade da obrigação, porquanto uma “limitação da vontade do *réus debendi*”, no dizer de Savigny, não é jamais a infinda permanência do vínculo, mas a sua cessação mediante o adimplemento. Daí a afirmação de que essa é a forma natural de extinção da *obligatio*.

Constituindo, portanto, a obrigação, um constrangimento jurídico necessariamente transitório, a cessação desse vínculo reveste-se de ares de direito, mais do que dever do sedizente devedor. É o que a doutrina denomina de faculdade de inordinação: o direito de cumprir com o próprio dever.

Assim, sempre que a obrigação não pode ser voluntariamente desfeita por meio do pagamento, uma vez que não seja possível o acordo de vontades entre credor e devedor, pode este último se valer de uma forma indireta de liberação, que se apresenta com os mesmos efeitos práticos do adimplemento.

Tal sucedâneo do pagamento é a consignação, cuja forma, nos dias atuais, consiste no DEPÓSITO PECUNIÁRIO EXTRAJUDICIAL e no DEPÓSITO JUDICIAL DE DINHEIRO OU COISA DEVIDA.

O instituto da consignação em pagamento deve, hoje, ser estudado sob as luzes conferidas pela Lei nº 8.951/94, que alterou sobremaneira tal espécie de procedimento especial.

Deter-se-á a presente análise no que tange à alternativa extrajudicial de consignação em pagamento, porquanto configura a alteração mais significativa. Isso porque, consoante entendimento do ilustre professor Cândido Rangel Dinamarco, tal mudança “interfere no modo como a própria ação de consignação em pagamento se insere entre os meios destinados à tutela contra a *mora debitoris*: consistiu em abrir para o sedizente devedor por obrigação pecuniária a faculdade de efetuar um depósito bancário em nome do credor, com o mesmo objetivo liberatório que o depósito feito em juízo, contornando com isso o ingresso nas vias judiciárias.”

Tal mudança já era preconizada no seio da doutrina brasileira por nomes como ADROALDO FABRÍCIO, OVÍDIO BAPTISTA e ADA PELLEGRINI GRINOVER. Nos Ordenamentos Jurídicos alienígenas essa sistemática não configura novidade. Cândido Rangel Dinamarco vem nos informar que na Itália vige algo muito semelhante, com obrigado depositando o valor devido na BANCA D’ITÁLIA, indo invocar a prestação jurisdicional depois, em busca de sentença meramente declaratória da extinção do débito se o credor houver recusado o depósito.

A Lei nº 8.951/94 não alterou o *caput* do art. 890 do Estatuto Processual Civil, mas acresceu-lhe quatro parágrafos, dentre os quais os dois primeiros destinam-se a regular a consignação extrajudicial. Assim, dispõe: o §1º, in verbis: “Tratando-se de obrigação em dinheiro poderá o devedor optar pelo depósito da quantia devida, em estabelecimento oficial, onde houver, situado no lugar do pagamento, em conta com correção monetária, cientificando-se o credor por carta com aviso de recepção, assinado o prazo de dez dias para a manifestação da recusa.”.

De primeiro, vale dizer que o legislador conferiu ao sedizente devedor uma OPÇÃO. Não está ele jungido a socorrer-se da via extrajudicial, para somente depois da tentativa frustrada ir buscar a chancela jurisdicional.

Tal é o entendimento de Sérgio Bermudes, um dos cinco membros da Comissão Revisora do CPC, cujo anteprojeto, elaborado em 1985, constituiu a principal fonte da reforma hoje realizada.

O mestre Cândido Rangel Dinamarco, por seu turno, não diverge de tal posicionamento. Entretanto, atribui essa faculdade de escolha apenas às cautelas comuns a todo início de técnica.

Não há dúvida quanto à aplicação somente em obrigações em dinheiro, porquanto o depósito de coisa em estabelecimento bancário seria inviável.

O depósito só se faz em estabelecimento bancário oficial, situado no lugar do pagamento, em conta com correção monetária. Por estabelecimento bancário oficial deve-se entender aquele controlado pelo Poder Público, mesmo que não seja a instituição onde sejam efetuados corriqueiramente os depósitos judiciais. Tem-se, assim, como exemplos de estabelecimentos oficiais, o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal, o Banco do Nordeste do Brasil, os bancos estaduais etc.

Cândido Rangel Dinamarco alerta sobre a imprescindibilidade de uma instrução ou regulamentação do Banco Central instituindo nova modalidade de conta destinada a esse fim. O que se tem notícia é que, na prática, o Banco do Brasil, *verbi gratia*, informa que a conta é aberta em nome do credor e não do depositante. A Caixa Econômica Federal, no mesmo sentido, adota o procedimento através do qual o depósito é feito em nome do credor, cuidando-se de constar a identificação da pessoa que abriu a conta, *in casu*, do devedor.

Segundo Sérgio Bermudes. “na falta de estabelecimento bancário oficial, não se pode recorrer ao procedimento ora analisado.” Tal não se afigura o entendimento mais consentâneo com os princípios informadores dessa modalidade. De fato. A interpretação mais correta, com respaldo nas palavras do professor e juiz federal Dr. Francisco Barros Dias, é que, prioritariamente, deve o depósito extrajudicial ser feito naqueles estabelecimentos bancários controlados pelo Poder Público. Onde não os houver, pode ser efetuado em qualquer entidade bancária não oficial, justificando-se o porquê da escolha. Tal exegese coaduna-se tanto com a preocupação do legislador em conferir proteção às instituições financeiras, respaldado pela presunção de responsabilidade e seriedade dessas agências, como também com o interesse em abrir esse caminho alternativo ao devedor em cujo local de pagamento não exista estabelecimento bancário oficial. Sérgio Bermudes sugere, em contraposição ao seu primeiro entendimento, que, nas comarcas onde haja somente bancos não oficiais, o juiz designe um banco para receber os depósitos.

O escopo primordial dessa inovação é a liberação do débito sem a intervenção do Poder Judiciário. Assim, se o credor comparecer e levantar o valor depositado ou mesmo se não comparecer no prazo de dez dias, fica extinto o seu direito de recusá-lo (Art. 890, §2º).

A ciência do credor é, pois, aspecto fundamental em tal procedimento devendo-se, portanto, excluir a possibilidade do depósito nos casos de dúvida sobre quem deva receber o

pagamento.

A exigência de carta com aviso de recepção se justifica pelo intuito de proporcionar ampla garantia de segurança em tal espécie extrajudicial. Importante a sua idoneidade, principalmente no que respeita à contagem do prazo de dez dias para o exercício do direito de recusa. Esse prazo se conta, consoante ensina Sérgio Bermudes, da data do recebimento da carta e não do dia do retomo do AR.

No que diz respeito ao direito de recusa do credor, este, conforme já foi dito, deve ser exercido no decêndio legal, mediante comunicação escrita ao estabelecimento bancário. Dentro de tal prazo pode, também, ser feito o levantamento do valor. Certo é, porém, que, mesmo após decorrido tal prazo, é lícito ao credor levantar o depósito, desde que não tenha ele recusado. O professor Cândido Rangel Dinamarco faz a ressalva: nesse caso, a extinção do débito dar-se-á não pelo levantamento do valor depositado, mas pela extinção do direito de recusa.

Na hipótese da ocorrência de recusa, resta ao sedizente devedor que mantenha a pretensão de liberar-se do débito a faculdade de invocar a prestação jurisdicional. Frustrada a tentativa extrajudicial, resta-lhe o tradicional caminho da ação de consignação em pagamento.

O aspecto mais significativo, no que se refere à inserção dessa modalidade extrajudicial em nosso direito, consiste na consagração do posicionamento defensor dos meios de acesso à Justiça.

Com efeito. O legislador de 1994 reduziu a escrito as últimas tendências do Direito Processual, no sentido de fornecer instrumentos processuais e extraprocessuais adequados a solucionar as contendas, sempre em busca da celeridade, da economia processual, da simplificação das formas e, como bem asseveram ADA PELLEGRINI GRINOVER e KAZUO WATANABE, do acesso à ordem jurídica justa.

A chamada “terceira onda” (TERZA ONDATA) do movimento pelo acesso à Justiça defende a simplificação dos procedimentos e a criação das vias alternativas de acesso à Justiça. Este, infere-se, não se limita à facilitação do ingresso nos Tribunais, mas estimula o surgimento de formas diferenciadas e simplificadas de procedimentos. Assim é que MAURO CAPPELLETTI invoca o que ele convencionou chamar de Justiça coexistencial, baseada em formas de conciliação alternativas, porquanto haja aspectos da vida hodierna em que não é estritamente necessária a intervenção estatal, devendo até, em certos casos, ser esta evitada ou atenuada. Assim, a “terceira onda renovatória” do movimento pelo acesso à Justiça vai muito além de formas de simplificação de procedimentos e de órgãos da Justiça: visa à exclusão da interferência do Estado-juiz onde não seja imprescindível tal intervenção.

Em pórtico outro, CAPPELLETTI ensina que a ordem jurídica há de ser vista não mais a partir da perspectiva do Estado, que administra a Justiça, mas da perspectiva dos “consumidores”, ou seja, dos destinatários da Justiça, de modo que o que deve haver todo um novo método de pensamento.

Assim agiu o legislador de 1994: reconheceu que não havia nenhuma necessidade de complicação procedimental na consignação em pagamento, em que se realizava uma audiência para efetivar a consignação, quando seria perfeitamente aceitável fazer isso por meio do sistema bancário, ou seja, extrajudicialmente. Adotou, pois, nosso legislador, a perspectiva do jurisdicionado, dando resposta adequada ao problema, inserindo a questão do acesso à Justiça num quadro de participação popular no próprio exercício da solução dos conflitos intersubjetivos.

Não restam dúvidas, portanto, acerca das vantagens práticas da inserção da consignação extrajudicial no Código de Processo Civil, na medida em que facilitou sobremaneira a exoneração do sedizente devedor, transformando em opção a antes inevitável prestação jurisdicional.

## BIBLIOGRAFIA

- BERMUDES, Sérgio. A Reforma do Código de Processo Civil. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SILVA, Ovídio Baptista da. Procedimentos Especiais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1993.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. vol. III. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- MARINONI, Luiz Guilherme (org.). O Processo Civil Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 1994.
- TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo. Livro de Estudos Jurídicos. vol. 7. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993.

# DA APLICABILIDADE DAS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS NO CPC PELA LEI 8.951/94 AO USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL

Dalila Rocha de Melo  
Acadêmica do Curso de Direito/UFRN – 7º Período  
Monitora de Direito das Coisas

---

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O disciplinamento do Usucapião Especial Rural 3. As modificações introduzidas em razão da Reforma 4. Argumentos pertinentes à questão 5. Conclusão

---

## 1. Introdução

Recentemente, o Código de Processo Civil sofreu uma reforma, com a promulgação de algumas leis modificadoras de vários de seus dispositivos. Uma dessas modificações diz respeito à Ação de Usucapião de Terras Particulares, disciplinada dentre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa nos arts. 941 a 945 do CPC.

Com o advento da Lei 8.951 de 13 de dezembro de 1994, foi suprimida no âmbito da ação de usucapião a audiência de justificação prévia de posse, que consistia na peculiaridade a justificar a inclusão desta ação no Livro dos Procedimentos Especiais. Desse modo, suprimida do direito brasileiro a norma que exigia a justificação liminar da posse no procedimento do usucapião, aplicam-se de imediato as regras inerentes ao procedimento ordinário.<sup>41</sup>

No entanto, o Código de Processo Civil possui aplicação apenas no que concerne ao usucapião nas modalidades extraordinária e ordinária, onde são requisitos da primeira espécie a posse mansa e pacífica durante vinte anos com *animus domini*, e da última espécie a posse durante quinze anos entre ausentes e dez anos entre presentes, com justo título e boa-fé devidamente comprovados.

Há que ser analisada a questão do usucapião especial rural, modalidade de aquisição da propriedade subordinada a requisitos peculiares, e principalmente, regida por lei específica, qual seja a Lei 6.969 de 10 de dezembro de 1981, que também prevê a mencionada audiência preliminar de justificação da posse.

Tendo a Lei 8.951/94 modificado o Código de Processo Civil, e portanto uma lei genérica, cabe aqui, mesmo que sucintamente, questionarmos se tais modificações aplicar-se-iam à Lei 6.969/81, que vem a ser uma lei específica, tendo-se em vista a proibição contida na Lei de Introdução ao Código Civil.

## 2. O usucapião especial rural e seu disciplinamento

O usucapião especial rural, conhecido igualmente como usucapião “*pro labore*”, e ainda como usucapião agrário, está atualmente previsto no art. 191 da Constituição Federal de 1988, bem como na mencionada Lei 6.969/81. Tal modalidade de usucapião foi disciplinada pela primeira vez na Constituição de 1934, mas as Constituições de 1937 e de 1946 também versaram a respeito, bem como o Estatuto da Terra, editado sob a égide daquela última. A Carta Constitucional de 1931 e a Emenda nº 1 de 1969 foram omissas quanto ao instituto, que nesse período baseou-se apenas na legislação ordinária.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, “aquele que não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de

---

<sup>41</sup> Cândido Rangel Dinamarco, A Reforma do Código de Processo Civil, 2 ed., n. 174, p. 213.

terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”. Tal vem a ser a noção breve do que constitui o usucapião especial rural.

As características principais do usucapião especial rural baseiam-se no seu caráter social, pois não é bastante a simples posse associada ao tempo. É necessário ainda que se faça da terra ocupada a sua moradia e a torne produtiva pelo seu trabalho ou seu cultivo direto, garantindo-se desta sorte a subsistência da família e concorrendo para o progresso social e econômico.<sup>42</sup>

A Lei 6.969/81 prevê para o Usucapião em tela, no art. 5º, o rito sumaríssimo, o que leva a crer que a intenção do legislador, ao assim determinar, foi proporcionar aos que lavram a terra ou a exploram de algum modo, uma justiça mais econômica, simplificando tanto quanto possível o processamento dessas demandas.<sup>43</sup> O legislador, entretanto, não logrou êxito em seu intento. Primeiro, porque a pretendida celeridade do procedimento sumaríssimo tem sido mais utópica do que real, até porque a prática tem demonstrado que ações com esse procedimento levam, às vezes, vários anos para serem decididas, apesar do disposto no art. 281 do CPC.<sup>44</sup> Segundo porque, prevendo a lei o rito sumaríssimo, mas autorizando o possessor a requerer a justificação liminar para manutenção na posse até a decisão final da causa, tal previsão torna-se inconciliável com o rito sumaríssimo. Tanto que o mestre Ernane Fidélis dos Santos, citado pelo eminente Humberto Theodoro Júnior, ensina que quando o autor requer essa diligência inaugural, o procedimento volta a ser o das demais ações de usucapião, ou seja, o especial da ação de usucapião traçado pelos arts. 941 a 945 do CPC.<sup>45</sup>

Assim a Lei 6.969/81, ao mesmo tempo em que previu o procedimento sumaríssimo, ainda estipulou a possibilidade de audiência de justificação da posse (art. 5º, § 1º), o que tem sido alvo de muitas opiniões no sentido de que não se trata de procedimento verdadeiramente sumaríssimo. Em razão disso, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu Acórdão admitindo que, embora haja a referência do art. 5º da Lei 6.969, de 10.12.81, realmente a ação de usucapião especial não segue, quanto menos na generalidade dos casos, o rito sumaríssimo, o qual se caracteriza pela concentração dos atos processuais em audiência de conciliação, instrução e julgamento. A Lei 6.969/81 mantém então, procedimento especial semelhante ao usucapião de terras particulares previsto no CPC. O Relator do mencionado Acórdão foi o eminente processualista Des. Athon Gusmão Carneiro, cujo voto foi acompanhado pelos também insígnis Galeno Lacerda e Adroaldo Furtado Fabrício.<sup>46</sup>

Assim, chegamos à conclusão de que embora receba o nome sumaríssimo, o procedimento da Ação de Usucapião é *sui generis*, uma vez que, no procedimento sumaríssimo regulado pelo CPC, não há esta audiência preliminar de justificação de posse, e sim, desde logo, a de instrução e julgamento, para a qual são citados todos os interessados e na qual tem lugar, de imediato, a contestação. Acrescente-se a isto, a observação de que os procedimentos adotados no CPC e na Lei 6969/81 não são tão diferentes.

### 3. *As modificações introduzidas em razão da reforma no âmbito do usucapião*

A ação de usucapião inserida no livro IV do Código de Processo Civil dentre os procedimentos especiais, possuía uma única peculiaridade, que consistia na audiência prévia de justificação da posse. Realizada esta audiência, a partir de então o procedimento a ser observado seria o ordinário. Com o advento da Lei 8.951/94, foi suprimida, sabiamente, a realização de tal

<sup>42</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *Introduções de Direito Civil*, vol. IV, 11 ed., n. 308, p. 114.

<sup>43</sup> Ulderico Pires dos Santos, *Usucapião Constitucional, Especial e Comum*, n. 19 p. 59.

<sup>44</sup> José Carlos de Moraes Salles, *Usucapião de Bens Imóveis e Móveis*, 2 ed., n. 462, p. 281.

<sup>45</sup> Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito Processual civil*, vol. III, 11 ed., n. 1334, p.201.

<sup>46</sup> RT 585/169.

audiência, que se configurava como inútil, haja vista o fato de que a prática consistia na realização da instrução justificativa em uma fase posterior, que geralmente culminava em um julgamento antecipado, por falta de contestação e inexistência de elementos probatórios produzidos.

Assim, pelo novel art. 942, não cabe mais ao autor requerer logo à inicial a audiência prévia de justificação, e sim, tão-somente, pedir a citação dos legitimados passivos necessários, que desde já ficado intimados a responder no prazo de 15 dias, tal como ocorre no procedimento ordinário.

Mais do que mera simplificação procedimental, a Reforma introduziu uma novidade de conceito no processo que se instaura visando a declaração de domínio em razão de usucapião. Isto porque, no sistema vigente anteriormente, esse processo era submetido a um especial pressuposto de desenvolvimento válido e regular, que seria uma visível manifestação de uma posse *ad usucapionem*, sem a qual seria inadmissível o julgamento do mérito e o processo extinguir-se-ia conforme disposto no art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil (sentença dando por não justificada a posse).<sup>47</sup>

#### 4. *Argumentos pertinentes à questão*

Levando-se em consideração que a Lei 8.951/94 modificou o usucapião apenas no que tange ao Código de Processo Civil e que o usucapião especial rural é regido por legislação específica e condicionado ao procedimento sumaríssimo (embora com a incompatível previsão de uma audiência de justificação prévia da posse a par da audiência de instrução e julgamento), há que ser analisado se é possível a extensão da Reforma para a supressão da justificação prévia no âmbito da Lei 6.969/81, apesar da disposição proibitiva da Lei de Introdução ao Código Civil.

A questão ainda é recente, e as obras consagradas a respeito do instituto do usucapião não se atualizaram com a Reforma do Código de Processo Civil. No entanto, já podem ser vislumbrados, mesmo que de modo sucinto, os argumentos dos quais se podem valer os que pretendem adentrar futuramente na discussão.

Começemos por analisar o pensamento orientador da recente reforma no que tange à supressão da audiência prévia de justificação. Ora, o legislador nada mais pretendeu do que simplificar o procedimento, amputando-lhe uma atividade que, na prática, já havia de muito expressado sua inutilidade. Há o pensamento no direito atual, de que mais importa a efetividade do processo, mais importam os resultados obtidos. As formalidades são cada vez mais suprimidas no sentido de facilitar ao alcance das normas o fim perseguido, que no caso em tela, vem a ser a declaração de domínio pleiteada pelo usucapiente.

Pelo que pode-se observar, o usucapião rural possui um caráter social ainda maior do que o escopo presente no usucapião disciplinado pelo CPC, uma vez que tenta satisfazer ao mesmo tempo a necessidade habitacional aliada à capacidade laborativa do homem. Além disso, o usucapiente especial, em geral, possui uma dificuldade de acesso à justiça maior do que os demais, devido à sua condição menos favorecida. Isto, em si, já justificaria uma interpretação teleológica da Lei 8951/94, no sentido de que a finalidade da norma, para simplificar o procedimento, fosse alargada visando abranger o usucapião especial rural, diminuindo-lhe os obstáculos. O alcance social para tornar simplificado o procedimento no usucapião especial impor-se-ia em razão da tendência atual de que a ciência jurídica deve ater-se ao fim social, e não apenas à letra da lei. Tal extensão acarretaria em levar mais celeridade ao usucapião especial, apesar de que, no âmbito da Lei 6.969/81, a audiência é apenas facultativa.

O legislador, no caso do usucapião especial, assim como se deu com a Lei 6.032/74,

---

<sup>47</sup> Cândido Ragel Dinamarco, ob. cit., p. 210.

que disciplina a questão das custas no que se refere à Justiça Federal, por um lapso esqueceu-se de promover a extensão do espírito da reforma à legislação específica (ver o novel art. 511). Mas nem por isso a Reforma tem deixado de ser aplicada, por exemplo, na Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, com referência às custas a recolher quando do preparo dos recursos. O legislador só não suprimiu a faculdade da audiência de justificação prévia no usucapião especial porque não se ateve à questão, o que não impede, em nome da celeridade, que os intérpretes da lei o façam, já que a audiência era mesmo inútil na prática.

Some-se a tudo quanto já exposto o fato de que a Reforma permitiu a ordinarização do usucapião do CPC e, se aplicada ao usucapião especial, tornaria o art. 5º da Lei 6.969/81 mais coerente, consolidando o procedimento sumaríssimo em sua pureza, ficando prevista apenas uma audiência, ou seja, a audiência de instrução e julgamento.

Haverá, e com certeza serão maioria, aqueles que defenderão a impossibilidade de que seja suprimida a facultativa audiência preliminar no âmbito do usucapião especial. Poderão alegar que a não observação da Lei de Introdução ao Código Civil seria como que adotar dois pesos e duas medidas, mas deverá ser observado que o Direito, atualmente, possui preocupações mais amplas, de suprimir formalidades inúteis e acelerar a marcha processual. Pode ser argumentado que não seria necessário suprimir a audiência de justificação prévia da posse no usucapião especial em proveito da celeridade, uma vez que o procedimento sumaríssimo previsto se encarregaria da tarefa. Tal alegação não procede, haja vista que o procedimento sumaríssimo, na prática de nosso foro, é em geral, menos célere que o ordinário, como já tivemos a oportunidade de versar.

## 5. Conclusão

O objetivo da Reforma com o advento da Lei 8.951/94 no âmbito da ação de Usucapião, consistiu na supressão de formalidades inúteis que terminavam por entravar a marcha processual. Esse objetivo maior deve ser alargado para atingir também o usucapião especial, mesmo sendo regido por lei específica. Tal situação favorece que seja instituído o procedimento sumaríssimo tal como previsto no art. 5º da Lei 6.969/81 e disciplinado nos arts. 275 e seguintes do CPC, com a realização de apenas uma audiência para instrução e julgamento no usucapião *pró labore*.

A posse e os requisitos do usucapião especial devem, agora, ser comprovados *Ba início* documentalmente, não é mais faculdade do usucapiente requerer a audiência prévia, mas o juiz deverá sempre decidir sobre a justificação da posse, o que se daria quando viesse a marcar a audiência de instrução e julgamento, pois se o prazo para contestar corre da intimação da decisão que declarar justificada a posse, a contestação se daria naquela audiência.

Como bem ensina Moraes Salles “a faculdade de não requerer a designação de audiência preliminar de justificação de posse, estabelecida no § 1º, do art. 5º, tem o objetivo evidente de dar maior agilidade ao andamento da ação de usucapião especial. Todavia, nem por isso ficará o prescribente menos resguardado no curso da ação, se vier a se valer dessa faculdade, uma vez que, segundo preceitua o art. 9º da Lei 6.969/81, ‘O juiz da causa, a requerimento do autor da ação de usucapião especial, determinará que a autoridade policial garanta a permanência no imóvel e a integridade física de seus ocupantes, sempre que necessário’”.<sup>48</sup> Em sendo assim, não haverá prejuízo algum na aplicação da reforma no que pertine ao usucapião especial rural, disciplinado pela Lei 6.969, de 10.12.81, nem mesmo para a manutenção liminar do usucapiente na posse.

---

<sup>48</sup> José Carlos Mores Salles, ob. cit. p. 288.

## BIBLIOGRAFIA

- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. 2ed., São Paulo: Malheiros, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. vol. 4, 8ed., São Paulo: Saraiva, 1993.
- LEITE, Armando Roberto Holanda. Usucapião Ordinária e Usucapião Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. vol.3, 31ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. IV, 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- SALLES, J. Carlos de Moraes. Usucapião de Bens Imóveis e Móveis. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. Usucapião Constitucional, Especial e Comum. São Paulo: Paumape, 1990.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. vol. III, 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

## AS DIVERSAS JUSTIFICATIVAS DO ESTADO E A VISÃO “AMPLIADA” DE GRAMSCI DO ESTADO MARXISTA

Eudo Rodrigues Leite  
Acadêmico do Curso de Direito/UFRN – 1º Período  
Bolsista Apoio Técnico

Para se falar de Estado e suas justificativas, que necessariamente implicam no estudo de sua origem e natureza, além de influenciarem a definição de seus fins, se faz necessária a compreensão de algumas noções preliminares de *estado de natureza* do homem, *sociedade civil* e de *sociedade política*.<sup>49</sup> Isto porque, a grande maioria das tentativas de explicação sobre o Estado leva em consideração essas noções e sua evolução histórica, umas mais outras menos.

As considerações sobre o estado de natureza do homem passam pelas discussões sobre homem ser ou não social, como afirmava Aristóteles, e sobre a sua essência inata de bom, mau ou contingente, estando estas duas noções intimamente ligadas, mas não correspondendo uma à outra. Isto porque, se o homem é tido como um ser social não implica que ele tenha uma bondade inata - as teorias divinas, pelo seu caráter cristão, pressupõem um homem inatamente bom e mau (o pecado original), mas não deixam de considerá-lo um ser social. As diversas teorias que tentam justificar o Estado - e, enfim, a antropologia social - revelam a complexidade dessas discussões. Quanto ao homem ser ou não social, há um certo consenso pela primeira possibilidade. E, quanto à sua natureza essencial, por exemplo, temos Rousseau afirmando que o estado de natureza do homem era de felicidade perfeita, e Hobbes afirmando que esse estado era de guerra constante. Enfim, a determinação do que é ou deve ser o Estado dependerá muito da opção por uma dessas possibilidades.

No que diz respeito à sociedade civil, esta seria o agrupamento de pessoas sem uma organização política formatizada. Esta sociedade civil adveio do “estado de consciência social” a que Georges Burdeau<sup>50</sup> se refere como sendo o resultado da sedentarização por que passou o homem após o seu período mais primitivo, através da fixação em um determinado território, do contato com povos estrangeiros e da necessidade de provisão econômica. Então, a partir dessa sedentarização se dá a transição do estado de natureza para a sociedade civil.

E, a sociedade política é o resultado da evolução dessa consciência social e das exigências de uma convivência mais solidária que é resultado das dificuldades inerentes aos organismos mais complexos. Segundo Maritain “a sociedade política, exigida pela cultura e realizada pela razão, é a mais perfeita das sociedades temporais.”<sup>51</sup>

### **DIVERSAS JUSTIFICAÇÕES DO ESTADO**

Na sociedade primitiva sem classes todos viviam num comunismo do clã ou da tribo e, apesar da pobreza, da ignorância e do medo, governavam-se a si mesmos segundo seus conhecimentos e possibilidades.

Por milênios as sociedades coletivas ignoravam a existência de um Estado. Este surgiu quando algumas funções, que eram executadas por todos, tornam-se exclusivas de uns poucos. Entre estes: forças armadas, juízes, nobres, produtores de ideologia, ..., todos distintos da massa dos cidadãos. A necessidade de se ter dirigentes e dirigidos é um dos aspectos discutidos entre os teóricos do Estado.

<sup>49</sup> Cf. Wilson Accioli, Teoria geral do Estado. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 3-9.

<sup>50</sup> Burdeau, *apud ibid.*, p.7.

<sup>51</sup> Maritain, *apud ibid.*, p. 10.

Há inúmeras justificativas para a origem e natureza do Estado. Utilizaremos, principalmente, a classificação de Sahid Maluf<sup>52</sup> para a apresentação das justificativas. As primeiras, sob o aspecto histórico, definiam o Estado, basicamente, como criação de Deus (teoria do direito divino sobrenatural) ou como proveniente de Deus através do povo (teoria do direito divino providencial). Em seguida aparecem as tentativas de explicação racional da origem e natureza do Estado. São as teorias racionalistas ou contratualistas.

As teorias racionalistas partem do pressuposto de que o Estado é produto da razão humana. Partindo do estudo das comunidades primitivas (em estado de natureza) e compreendendo o direito natural como algo metafísico, concluem que o Estado organizado é resultado de um acordo consciente e utilitário entre os indivíduos. Nestas teorias racionalistas há fortes variações de pensamento. Hugo Grotius, por exemplo, considerava o Estado como “uma sociedade perfeita de homens livres que tem por finalidade a regulamentação do direito e a consecução do bem-estar coletivo”.<sup>53</sup> Kant, entendia que o homem escolheu submeter-se a uma limitação externa e publicamente acordada, daí surgiu o Estado. Para Hobbes, os homens reconheceram que precisavam do Estado porque se não eles se consumiriam, isto devido à natureza perversa do homem. Então, para não permitir a guerra mútua os homens concordaram com a criação do Estado que é absoluto. E há outros como Spinoza, Locke, mas o mais eminente dos defensores do contratualismo foi mesmo Rousseau. Ele não concordou com Hobbes e Spinoza, pois entendia que o estado de natureza do homem era de felicidade e paz perfeita. Mas, com o avanço da tecnologia, veio a desigualdade social, e com ela o homem se corrompeu. Por isso, os homens, de comum acordo (contrato social), funda um poder central (supremo) “que a todos defenderia, mantendo o estado de coisas existente”.<sup>54</sup>

Outra corrente de pensamento é a escola histórica. Para esta escola, o Estado “não é uma organização convencional, não é uma instituição jurídica artificial, mas é o produto de um desenvolvimento natural de uma determinada comunidade estabelecida em determinado território”.<sup>55</sup> O Estado, então, é um fato social e uma realidade histórica. E, para ser legítimo, como é reflexo da alma popular deve ser condizente com as tradições históricas.

Ainda, temos a escola orgânica, em que o Estado aparece tal qual um organismo biológico, e como tal, tem características semelhantes às dos seres vivos. A sua base filosófica é o panteísmo, que encerra numa só realidade Deus e o mundo. Não há livre arbítrio, pois tudo está, essencialmente, determinado, o que há é um fatalismo exacerbado. Esta escola foi liderada, na Alemanha onde nasceu, por Hegel e Schelling, seguidos por Herbart, Krause, Roeder, Ahrens e outros tantos. Bluntschli, suíço, deu nova orientação à escola orgânica, relacionando o Estado não a seres biológicos, mas a organismos psicológicos ou éticos.

Enfim, temos as teorias socialistas do Estado. Entre os pensadores que se destacam temos Gumplowicz, Oppenheimer, Léon Duguit, Marx, Engels, Lenin e Stalin, entre outros. A idéia básica de Estado para esses socialistas é que o Estado é um instrumento de manutenção da dominação de uma classe sobre outra, a minoria dominante sobre a maioria dominada. E o Estado se originou, justamente, nesse conflito de classes. Basicamente, entendem que para o Estado manter a classe dominante no poder precisa ser repressor, usando a força para manter a “ordem”, e através de uma integração ideológica. Para os marxistas, a ideologia dominante sempre será a ideologia da classe dominante. E, sendo o Estado produto da luta de classes, com o fim da propriedade privada - que por sua vez dará fim à luta entre essas classes -, o Estado não será mais necessário, desaparecendo naturalmente. Apesar de que, após a tomada do poder pelo proletariado, haverá um Estado transitório, até que seja enfim extinto.

---

<sup>52</sup> Sahid Maluf, *Teoria geral do Estado*. 12 ed. ver. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, p. 75-105.

<sup>53</sup> Sahid Maluf, ob. cit., p. 82.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 93.

## A VISÃO “AMPLIADA” DE GRAMSCI PARA O ESTADO MARXISTA

Tendo visto que as opiniões sobre a origem e natureza do Estado são as mais diversas, devemos procurar uma explicação para o Estado que não se limite a uma abordagem metafísica (considerando o Estado como simples conceito afastado e acima da realidade social), nem tampouco se limite a defini-lo como produto de um só fator, seja econômico, político, psicológico, ou qualquer outro.

Uma tentativa digna de nota é a do italiano Antonio Gramsci. Utilizaremos, aqui, a análise de Carlos Nelson Coutinho.<sup>56</sup> Notadamente marxista, Gramsci sistematizou uma “ampliação” da teoria marxista do Estado, já sentida nos últimos anos de Engels, em Rosa Luxemburgo e nos austromarxistas. Seus *Cadernos do Cárcere*, são um marco de virada (“ponto de inflexão”, segundo Coutinho) do desenvolvimento da teoria marxista do Estado e da revolução.

Partindo das idéias originais de Marx, Engels e Lenin a respeito da natureza de classe do Estado, quais são: “1) o Estado teria sua *gênese* na divisão da sociedade em classes, existindo somente quando e enquanto existir essa divisão; 2) a *função* do Estado consistiria precisamente em conservar essa divisão, assegurando que os interesses particulares de uma classe possam se impor como o interesse universal da sociedade.”<sup>57</sup> O Estado que Marx e Engels definiam era o Estado que eles tinham contato na sua época, em que a polícia e o exército permanente eram os instrumentos fundamentais de manutenção da “ordem”. Gramsci, por sua vez, teve contato com o Estado já evoluído (concretizado), no qual se conquistou o sufrágio universal, a criação dos grandes partidos políticos de massa, onde havia efetiva ação de vários e poderosos sindicatos e associações de classe. A partir daí, todos os movimentos políticos tinham que se apoiar nas massas quer fossem de esquerda ou direita. Compreendendo Gramsci essa socialização da política, amplia a teoria “restrita” de Marx. E essa ampliação é notadamente dialética, visto que ele se utiliza das bases deixadas por Marx, Engels e Lenin que são o caráter de classe e o poder repressivo do Estado, mas acrescenta novas determinações que transfiguram essa teoria. Há, então, um movimento que vai do abstrato ao concreto. Estas novas determinações são o que ele chama de “sociedade civil” e “sociedade política”. A “sociedade política” se refere aos aparelhos coercitivos do Estado através dos grupos ligados às forças armadas e policiais e à aplicação das leis. Portanto, é a mesma noção dada por Marx, Engels e Lenin. A novidade está no que seja a “sociedade civil”. Ao contrário de Marx e Engels - que nisso seguem Hegel - em que essa sociedade é a “infra-estrutura”, ou o conjunto das relações econômicas capitalistas, Gramsci define a “sociedade civil” como a “um momento ou esfera da ‘superestrutura’”.<sup>58</sup> Nisto estão todos os produtores de ideologias, como o sistema escolar, as igrejas, partidos políticos, organizações profissionais, entidades de classe, meios de comunicação, instituições de caráter científico e artístico, ...

Essas esferas, “sociedade política + sociedade civil, isto é, hegemonia revestida de coerção”<sup>59</sup> formam o Estado em sentido amplo, como Gramsci definiu, e se diferenciam pela função que têm na organização da vida social e, ainda, na articulação e reprodução das relações de poder.

Assim, essas esferas podem conservar ou transformar a realidade econômico-social. “No âmbito da ‘sociedade civil’, as classes buscam exercer sua *hegemonia*, ou seja, buscam ganhar aliados para os seus projetos através da *direção e do consenso*. Por meio da ‘sociedade política’ - que Gramsci também chama de ‘Estado em sentido estrito’ ou, simplesmente, de

---

<sup>56</sup> Carlos Nelson Coutinho, *A dualidade de poderes. Estado, revolução e democracia na terra marxista*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 61-74.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>59</sup> Gramsci, *apud ibid.*, p. 66.

‘Estado-coerção’ -, ao contrário, exerce-se sempre uma ‘ditadura’, ou mais precisamente, uma *dominação* fundada na *coerção*”.<sup>60</sup> Gramsci, com isso, mostrou que a ideologia no capitalismo avançado tem autonomia material (e não apenas funcional) com relação ao Estado no sentido estrito.

Assim, a dialética (unidade na diversidade) dessas duas esferas se dá da seguinte forma:

“A *supremacia* de um grupo social se manifesta de duas maneiras: como ‘domínio’ e como ‘direção intelectual e moral’. Um grupo social é dominante dos grupos adversários que tende a ‘liquidar’ ou a submeter também mediante a força armada; e é dirigente dos grupos afins ou aliados”.<sup>61</sup>

Essa *supremacia* é a síntese de *hegemonia* e *dominação*. Essas duas funções estatais de hegemonia e dominação, que significam conquistar ideologicamente (hegemonia, consenso) ou impor pela força (dominação, coerção), estão presentes em todos os Estados modernos. Mas o quanto ‘coercitivo’ ou ‘consensual’ será um Estado depende da autonomia das esferas (“sociedade política” e “sociedade civil”), bem como da preponderância dos aparelhos pertencentes a uma ou a outra no Estado, “uma predominância que, por sua vez, depende não apenas do grau de socialização da política alcançado pela sociedade em questão, mas também da correlação de forças entre as classes sociais que disputam a ‘supremacia’”.<sup>62</sup>

Gramsci, então, reformula a teoria da revolução socialista. Afirma que, nas formações sociais em que não há uma sociedade civil forte e autônoma, ou seja a ideologia é monopolizada pela “sociedade política”, há uma luta de classes que visa, basicamente, conservar o Estado em sentido estrito. Essas formações sociais Gramsci chama de “orientais”. Nas outras, por ele chamadas “ocidentais”, há um equilíbrio entre “sociedade política” e “sociedade civil”, e a luta de classes se dá no âmbito dos aparelhos privados de hegemonia se constituindo numa luta pela direção político-ideológica, buscando o consenso. As classes aí, do ponto de vista sócio-político, lutam para conquistar o que Gramsci chama de “vontade coletiva nacional-popular”, que seria a expressão de um novo bloco histórico composto pelas mais diversas e a maioria das classes. Assim, nas formações sociais “orientais”, o movimento revolucionário é violento, é “guerra de movimento”, enquanto que nas formações sociais “ocidentais”, é “guerra de posição” numa conquista gradual dos espaços “no *seio* e *através* da sociedade civil”.<sup>63</sup>

## **DISCUSSÃO**

Em suma, o equilíbrio social num dado Estado dependerá do quanto as massas tenham atingido uma consciência de classe e imposto a sua ideologia. Nos Estados mais desenvolvidos econômica e socialmente a relação entre Estado e classe social não pode ser vista mais como uma relação em que o Estado é simples instrumento de dominação de uma classe por outra, se aproximando muito mais da definição de um Estado que promove o equilíbrio entre os interesses de classe, e isto se dá principalmente através da participação política ativa das massas.

Concluo insistindo num Estado que seja ao mesmo tempo Estado Democrático de direito e Estado Democrático de fato, para os países subdesenvolvidos, ou seja, nos que as desigualdades sociais são gritantes. Proponho, assim, uma dialética do Estado, em que o Estado garantido por direito seja tese, o Estado fatural seja antítese, e o Estado Democrático de fato e de direito seja síntese. Obviamente que entendo que essa tentativa (ou idéia) já há muito é difundida pelas esquerdas e outras teorias revolucionárias. Mas, não posso deixar de fazer o meu registro.

---

<sup>60</sup> Gramsci, *apud* Carlos Nelson Coutinho, *ob. cit.*, p. 67.

<sup>61</sup> *Id., ibid.*, p. 69-70.

<sup>62</sup> Carlos Nelson Coutinho, *ob. cit.*, p. 70.

<sup>63</sup> *Id., ibid.*, p. 71.

Contudo, esse Estado é bastante, mas não de todo, aproximado hoje pelo Estado Social-democrata. Mas, para que esse Estado seja uma realidade nos países subdesenvolvidos (por exemplo, no Brasil), se farão necessárias muitas batalhas ideológicas. Assim, concordamos com Gramsci quando afirma que uma classe pode ser dominante do ponto de vista ideológico, sem o ser ainda politicamente. Abrindo Gramsci, com isso, as portas da real possibilidade - apesar de difícil - de transformação social não pela força, mas pelo debate das idéias.

A tendência da moderna antropologia social e da sociologia política é que jamais teremos uma sociedade totalmente livre de diferenças sociais, visto que o ser humano sempre terá diferenças de capacidades, ideais e de esforço e vontade próprias mesmo. Mas, com certeza, poderemos ter um Estado ou Estados (comunidade internacional), em que as diferenças sociais sejam mínimas sob todos os aspectos. Enfim, um Estado que realmente seja democrático e instrumento de justiça social, permitindo, no mínimo, as mesmas condições de progresso social para cada indivíduo e para todos os indivíduos ao mesmo tempo.<sup>64</sup>

#### BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ACCIOLI, Wilson. Teoria geral do Estado. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- COUTINHO, Carlos Nelson. A dualidade de poderes. Estado, revolução e democracia na terra marxista. 2 00. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- FERREIRA. Pinto. Teoria geral do Estado. 3 ed. ver, ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1975.
- LIPSET. Seymour Martin. O homem político. trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zabar Editores, 1967.
- MALUF. Sahid. Teoria geral do estado. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.
- MARTINS. Carlos B. O que é sociologia. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- SANTOS, Theobaldo. Manual de sociologia. 7 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.
- VIEIRA, R. A. Amaral. Introdução ao estudo do Estado e do direito. Rio de Janeiro; Forense. 1986.

---

<sup>64</sup> Cf. Theobaldo M. Santos, *Manual de sociologia*. 7 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971. p. 118. Ainda, cf. Seymour Martin Lipset, *O homem político*. trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

# MARXISMO E DIREITO DO TRABALHO

Fábio Barbalho Leite  
Acadêmico do Curso de Direito/UFRN – 7º Período

---

01. Intróito, 02. Histórico; 03. O Direito do Trabalho à luz da Doutrina Marxista; 04. Repercussões do Marxismo no Direito do Trabalho; 05. Conclusão; 06. Bibliografia.

---

## 01 - INTRÓITO

Qualquer estudioso amador da História sabe bem os profundos impactos da obra de Karl Marx e Friedrich Engels na Idade Contemporânea. Nas Ciências Humanas, onde nelas se foi, encontrar-se-á obrigatoriamente o pensamento destes dois; Filosofia, Economia, Sociologia, Ciência Política, Direito... “Depois dos Evangelhos, é provável que nenhum outro livro tenha influído tão profundamente quanto “O CAPITAL”, para modificar a história da sociedade humana”, assim começa uma nota de capa do resumo da célebre obra de Marx feito por Julian Brochardt.

Quanto ao ramo do Direito, o qual me proponho analisar perante o pensamento marxista; o Direito do Trabalho apresenta desde seu nascedouro, as repercussões daquela doutrina revolucionária. Nos acontecimentos que pintam o panorama do desenvolvimento do Direito Laboral, lá em seu berço, à época da Revolução Industrial, flagrar-se-á ativas as idéias marxistas. Inobstante isto, tão lacônicos, quando não mudos, nossos mais renomados juslaboralistas em seus cursos (para tal afirmar, consulte os Cursos de Direito do Trabalho de Cesarino Junior, Amauri Mascaro, Orlando Gomes, Arnaldo Sussekind..., é possível que tratem do assunto em algum outro livro ou monografia, o que me poria em erro - engano, aliás, que bem gostaria de cometer...).

Esta, ao meu ver, grave lacuna entre os nacionais levou-me às presentes linhas. Aviso aos navegantes que adiante usarei conceitos marxistas, cuja explicação pormenorizada o espaço não me permite; ademais, quando falar em “doutrina, pensamento, idéias marxistas”, estarei usando expressão acadêmicas comuns, significando que tais idéias foram propostas por Marx, solitária ou conjuntamente com Engels, ou são desenvolvimento delas feito por outros. Em caso de dúvidas, aconselho a leitura do texto de Louis Althusser indicado na Bibliografia deste ensaio, como também inteirar-se a respeito do Socialismo Utópico e Socialismo Cristão, o que não me foi possível pelas mesmas razões já apontadas.

## 02. HISTÓRICO

A Revolução Industrial operou transformações gigantescas na Europa a partir do séc. XVII. Ocorrem, anteriormente, nas forças de produção, a substituição do solitário artesão, dono das ferramentas (meios de produção) e do produto de seu labor, mestre de seu ofício, pelo trabalho em grupo nas oficinas onde continuava o artesão dono de suas ferramentas, mas já subordinado a outrem, seguindo a organização deste e não mais senhor dos frutos de sua faina - o gérmen da produção em série. Com a introdução das máquinas no processo produtivo, o trabalhador se insere na fábrica despojado de tudo: não lhe pertencem as ferramentas, nem matérias-primas, submete-se a outrem, não mais se identifica com o resultado de seu trabalho - só lhe resta sua força de trabalho e é obrigado a vendê-la miseravelmente.

A crise social advinda da industrialização atingiu quadros dantescos. Vencidos pela concorrência da fábrica, os artesãos, que com seu labor conseguiam uma vida condigna, quebraram e foram engrossar a massa do proletariado, à mercê dos capitalistas. A substituição do homem pela máquina, ao passo que aumentava a produção, gerava o desemprego descontrolado.

E mais: para a produção com as máquinas, não era mais necessário o primor da técnica dos mestres artesãos, elas produziam mais, com perfeição uniforme e sua manipulação não exigia esmeros. Assim, os capitalistas logo trouxeram, às fábricas, as mulheres e crianças (pior remunerados que os homens) que também substituíram o braço operário adulto: mais desemprego, mais miséria. O uso de mão-de-obra feminina e infantil causava a mortandade das crianças, seu subdesenvolvimento, a desagregação das famílias proletárias, gerações de subnutridos e ignorantes. Na Inglaterra, isto não acontecia em distritos agrícolas, contudo, com a expansão da indústria em distritos rurais, os mesmos fenômenos sinistros se repetiam.

Nessa conjuntura aviltante, insultaram-se os primeiros protestos e revoltas. Mas precisavam os revoltosos que se voltavam contra a exploração do Capital, de uma doutrina que os esclarecesse e os munisse ideologicamente. No plano filosófico-político-econômico, predominavam as teses liberais, o individualismo, a igualdade formal (alheia às desigualdades econômico-sociais), o não intervencionismo do Estado, as liberdades formais que, no plano jurídico, tinham como corolário fundamental “a autonomia das partes” ou “liberdade contratual”. “Laissez faire, laissez passer”, era o tema d’então.

Com a desilusão trazida pelas implicações do liberalismo na vida social, surgiram os primeiros críticos e se foi fortificando a opinião sobre a falsidade do ideário liberal. As doutrinas socialistas fizeram a necessária crítica ao liberal-capitalismo, sendo a obra de Marx, com as contribuições de Engels, o grande momento dentre aquelas.

Marx e Engels produziram a mais vigorosa crítica ao capitalismo jamais vista, demonstrando como se processava a História, o porque da luta de classes, por que a propriedade privada dos meios de produção leva necessariamente à exploração, a mais-valia, a necessidade da revolução socialista e como se daria. Com o Manifesto Comunista, que conclamava, ao fim, os trabalhadores à união contra o capitalismo, tomou grande impulso o processo de sindicalização. Armados, então, ideologicamente e demonstrada, com rigor científico, a injustiça essencial do sistema, o proletário intensificou a luta pelas reformas político-econômico-sociais.

Enfim, foi neste entrelaço de interesses, forças, doutrinas, em meio à tragédia da crise social e à luta de classes, que surgiu o Direito do Trabalho na Europa. As primeiras disposições legais são sempre ligadas a atos humanitários, mas que se lembre, muito custaram de sangue do operariado.

### 03. O DIREITO DO TRABALHO À LUZ DA DOUTRINA MARXISTA

Segundo o Materialismo Histórico, o modo como se desenvolve a produção social determinaria, em última instância, todas as demais relações da sociedade, o ideário da época, suas instituições. Ou, por outra: a base de produção, formada pelos meios e forças de produção caracterizados por relações compatíveis com o estágio desenvolvimental de ambos, desenha a realidade social de determinada sociedade em determinado tempo. Assim, para se compreender por que uma sociedade tem tais e quais características em um certo período, deve-se investigar em que consiste sua economia, os mecanismos desta explicação aquela.

Tal determinismo se dá, pois a um dado estágio de avanço dos meios de produção, corresponde certo estágio de avanço das forças produtivas e das relações recíprocas. Este equilíbrio possibilita maximizar a produção no limite da capacidade sistêmica; estimulando o desenvolvimento do modo de produção vigente. Para isto, também é preciso que este modo de produção se apresente legítimo, ou melhor - natural -, perante a sociedade, destarte todas as instituições sociais participam na sua vigorarão, ora reproduzindo as condições necessárias à produção (meios e forças produtivas e relações de produção), ora reprimindo ataques ao “status quo” . Neste cenário, o Ordenamento Jurídico se consubstancia na institucionalização de um modo de produção, das relações que ele implica. E mais: determinado Ordenamento existe em

consequência de uma dada base econômica; com o progresso desta, contudo, chega-se a uma situação em que o Direito, juntamente com tantas instituições, torna-se um empecilho à dinâmica daquela base. Tal acontecendo, é questão de tempo a transformação daquele Ordenamento e das instituições (ou seu desaparecimento) para outras formas compatíveis com o patamar alcançado pela base econômica.

O Direito do Trabalho, seguindo estritamente o pensamento desenvolvido, espelharia, tal qual demais searas do Direito, uma certa base econômica com seus antagonismo de classes (aliás, no Juslaboralismo, a dimensão sociológica do Direito Salta aos olhos como em nenhum outro rincão jurídico). Quando do seu início, em meio às lutas operárias, ele nada mais era que migalhas lançadas ao proletariado para abrandar as vozes reivindicatórias. Ou ainda: o Direito do Trabalho, ao conceder melhorias aos trabalhadores (como diminuição da jornada de trabalho de 18 h. diárias para 14 h., ou, no Brasil atual, a extensão do salário mínimo a todos os trabalhadores, ficando estes tranqüilos que em tempo algum receberam menos que aquela formidável quantia), jamais instituiu obstáculos à continuidade do modo de produção na essência que lhe caracteriza - meios e forças de produção e relações estabelecidas entre eles. Antes, o contrário, trata de reproduzi-las, afastando o risco das insurreições e evitando os “excessos” exploratórios prejudiciais á perpetuação daquele modo. O Direito do Trabalho, apesar de seus princípios protecionistas ao trabalhador, “paradoxalmente” ainda seria o discurso do mais forte economicamente, como, de resto, todo o Direito.

Deste modo posto o Direito do Trabalho, poder-se-ia tender ao pessimismo de não restar esperança ao trabalhador de mudanças significativas no quadro de exploração vigente em certa sociedade. Bem, esta seria uma interpretação deveras simplista da realidade - o que não convém.

Louis Althusser, dos maiores marxistas europeus, expõe que, sobre uma base econômica (infra-estrutura), erigem-se as instituições, a ideologia, o Direito, as relações sociais, formando a superestrutura, que funciona reproduzindo o modo de produção e/ou reprimindo ataques. A superestrutura é construída a partir da infra-estrutura, esta determina aquela. Todavia, erguida a superestrutura, esta passa, por sua vez, a repercutir sobre a base que lhe sustenta, estabelecendo-se uma interação. Destarte, a partir do Jurídico se pode influir no Econômico; a relação entre os dois campos, note-se, é dialética. Logo, possível o progresso para o trabalhador dentro de certo Ordenamento; entretanto, tal avanço jamais implicará em mudança visceral nas relações de produção, por exemplo, o fim da mais-valia. É que tal mudança implicaria, necessariamente, no soerguimento de um outro Direito.

Corroborando ainda esta interpretação dialética, Gustav Radbruch, jusfilósofo alemão, defende ser o Direito um sistema com dinâmica própria. Assim, uma norma recém-adentrada no mundo jurídico poderá alcançar conteúdo ou raio de ação bem diferentes daqueles advindos do influxo da base econômica, dos interesses de uma classe social. O pensador germano exemplifica o direito de igualdade, reivindicado pela burguesia francesa então revolucionária, para ascender ao poder político, de caráter eminentemente formal, surdo-mudo-cego ás desigualdades econômico-sociais, evoluiu para a idéia que tratar-se igualmente desiguais, é eternizar esta desigualdade; enquanto cuidar-se desigualmente os desiguais, é promover a efetiva igualdade jurídica. Esta evolução do conteúdo da igualdade deveu-se, creio, a elementos intrínsecos do Direito: a justiça distributiva e a equidade, também tratados por Radbruch.

#### 04. REPERCUSSÕES DO MARXISMO NO DIREITO DO TRABALHO

Dentre os influxos do marxismo no Direito do Trabalho, assoma de antemão o fato de este surgir como uma resposta aos clamores socialistas; ou ainda: um jogar de poucos anéis ao proletariado pela burguesia capitalista, receosa de perder seus dedos. A propósito, A L. Machado

Neto, jusociólogo, desenvolvendo o pensamento de Karl Mannheim, informa que todo pensamento conservador surge primeiramente como crença - tradicionalismo (um ideário sem autoconsciência) ou conservadorismo (já um sistema de idéias auto-conscientes) - transformando-se em doutrina somente sob a crítica revolucionária. E exemplifica, o professor: “...o nascimento do Socialismo Cristão de Leão XIII para dar combate ao socialismo materialista do Marxismo; a criação do direito do trabalho, concessão do Estado Liberal provocada pela crítica socialista do estado de coisas burguês” (*in Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987, pág. 368).

Por outro lado, encontram-se seguros ecos marxistas no Direito do Trabalho, através das lutas sindicais, das reivindicações do proletário. Das injustas relações de produção baseadas na apropriação dos meios de produção por uma elite, decorre o antagonismo de classes (Capital x Trabalho); assim, a massa oprimida inexoravelmente exigirá mudanças nas condições materiais que lhe submetem.

A doutrina marxista mostrou, como nenhuma outra, as entranhas do capitalismo, sua exploração intrínseca, como esta se operava e como superá-la; apontando a necessidade da união dos trabalhadores. Eis oportunas palavras de Mario de la Cueva: “Si el aspecto del Marxismo que analizamos es, probablemente, el que mayor influencia ha tenido en la evolución del derecho del trabajo, al demostrar, por una parte, la necesidad de la unión y organización del proletariado y al señalar, por otra, un rumbo fijo al movimiento obrero, la teoría de la *plus-valia*, ha tenido también, desde otro punto de vista, enorme importancia.” (*in Derecho Mexicano Del Trabajo*. Ciudad del Mexico: Porrúa. cuarta ed., Tomo I, 1954).

Desde seu berço, então, o Direito Laboral tem sido o principal desaguadouro desta luta no seio social; e, como o movimento reivindicatório dos trabalhadores é profundamente influenciado pela doutrina de Marx e Engels, principalmente pelo Manifesto Comunista, inegável a repercussão dessa no Juslaboralismo.

## 05. EPÍLOGO

Neste momento, após tudo o já trilhado na medida dos limites espaciais deste ensaio e de seu autor, creio de bom alvitre empreender uma síntese das idéias e conclusões chegadas.

Primeiramente, penso dever-se responsabilizar pela exigüidade de linhas a respeito dos temas aqui tratados no Juslaboralismo nacional em grande parte à histórica censura que as obras marxistas sofreram em nosso país. Falando sempre nossa sociedade conservadora, católica, reprimida-repressora em humanitários princípios do Socialismo Cristão, ignorante de todo a respeito do que A L. Machado Neto afirmou sobre esse (citação já feita). Ironia: em última instância, o próprio Karl Marx explica esta lacuna.

Em segundo, descabida uma interpretação marxista do Direito do Trabalho de todo negativa e simplista, reduzindo aquele a um mero instrumento do Capital para manipular o proletariado, usando as próprias reivindicações imediatas deste. O Direito do Trabalho, como de resto todo o Direito, institucionaliza as relações de produção exploratórias na órbita jurídica; entretanto, presta-se concomitantemente como campo, com elementos e dinâmica próprios, propício à implementação de avanços positivos aos trabalhadores e capaz de influir nas relações de produção da base econômica. Atenção, que não afirmo ser o Direito ponto de partida para reformas sociais, políticas e econômicas. Não! Ele, em verdade, é a argila moldada pelos influxos sociais, estes por sua vez determinados pelo fator econômico. Porém, formado o vaso, ele também amolda os fenômenos sociais. serve-lhes de continente: retroalimentação, ou, para usar um termo em voga. “feed-back”. Dialética! Dialética é a palavra!

Finalmente, o fato das legislações trabalhistas de países capitalistas citarem os

princípios sociais cristãos como seus inspiradores de modo algum afasta a repercussão do marxismo sobre as mesmas. Em verdade, este repercute fortemente naquelas, todavia, impossível um Ordenamento capitalista confessar influências marxistas, sob pena de, aparentemente, tomar partido contra si, dizendo que o inimigo tem lá suas razões. A adoção expressa de postulados marxistas tem historicamente significado a negação do Capitalismo. Assim, fala-se em Socialismo Cristão nas exposições de motivos dos projetos de leis; entretanto, como negar-se os ecos marxistas, se aquela doutrina católica é uma resposta, à expansão daquelas idéias: atrasada, pois datada de 1878, quando o Manifesto Comunista já existia desde 1848; conservadora, pois pregava reformas que antes perpetuassem o “status quo” e conformasse o proletariado com as desigualdades; retrógrada, por retomar idéias já provadas inverdades como esperar-se a justiça social vir da espontânea adoção dos preceitos cristãos e da intervenção de um Estado dominado pela burguesia.

#### 06. BIBLIOGRAFIA

- BROCHARDTJ Julian. RESUMO DE “O CAPITAL” DE KARL MARX. Rio de Janeiro: Guanabara. 7 ed. 1982.
- DE LA CUEVA, Mario. DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO. Mexico: Porrúa. Cuarta edición, Tomo I. 1954.
- JUNIOR, A. F. Cesarino. DIREITO SOCIAL BRASILEIRO. São Paulo: Freitas Bastos. Vol. I, 1963.
- ALTHOUSSER, Louis. OS APARELHOS IDEOLÓGICOS DE ESTADO. Rio de Janeiro: Graal.1983.
- RADBRUCH, Gustav. FILOSOFIA DO DIREITO.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. CURSO DE DIREITO DO TRABALHO. São Paulo: Saraiva. 10 ed. 1992.
- NETO, A L. Maclado. SOCIOLOGIA JURÍDICA. São Paulo: Saraiva, 1987.

## DA SENTENÇA FALIMENTAR ESTRANGEIRA E SEUS EFEITOS NO BRASIL

Michele Dantas  
Acadêmica do Curso de Direito/UFRN – 7º Período

Malgrado subsista debate doutrinário entre os simpatizantes do direito material e os processualistas no tocante à definição da falência, propomos a conceituação do instituto como um processo de execução coletiva, por meio do qual se busca apreender o patrimônio do demandado - devedor comerciante insolvente - para, ao ser declarado, por sentença, o estado falencial, se possibilitar a quitação das dívidas apresentadas pelos credores habilitados.

Na formulação dada, facilmente se identificam os consolidados requisitos do tema em foco, a saber: qualidade de comerciante do devedor, sua insolvência - presumida ou confessada - e a declaração por decisão final judicial. Vale dizer, a falência somente se transmuda de estado para estado de direito quando decretada em sentença pelo Juízo competente, a partir da qual passa a ter relevância sob o prisma jurídico.

O que ao presente estudo interessa é tão-somente a extensão dos efeitos de uma sentença falimentar alienígena.

Tendo em vista a prática moderna de difundir estabelecimentos - filiais, sucursais, agendas etc. - de uma mesma empresa por diversos países, o que se convencionou chamar de multinacionais ou transnacionais, urge indagar da possibilidade de um julgado estrangeiro produzir efeitos no nosso território.

No âmbito internacional dois sistemas legislativos se apresentam à solução do problema: o da universalidade e o da territorialidade.

O primeiro deles advoga a unidade da competência para o processo de falência daquele Estado que primeiro a decretou, reunindo, sob uma só ordem jurídica, de um lado, os interesses de todos os credores e, de outro, os bens do executado arrecadados onde quer que se encontrem, a fim de formar uma única massa falida universal.

Por seu turno, o da territorialidade anuncia a delimitação dos efeitos da falência ao território do país em que foi ela decretada.

Dada a maior conveniência de ordens prática, jurídica e política, bem como em atenção ao preceito da soberania dos Estados, filiou-se o ordenamento jurídico nacional ao segundo princípio mencionado, ao dispor, no artigo 7º da Lei de Falência, que a quebra de filial de empresa estrangeira no país será decretada pelo Juízo falimentar de onde ela se encontra.

A regra, no entanto, não comporta caráter absoluto, mas sofre mitigação no momento em que a lei prevê a exequibilidade de decisório advindo de alhures, desde que previamente homologado pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>65</sup>

O costume de abrir dito espaço às sentenças falimentares estrangeiras, diga-se de passagem, remonta ao período imperial, desde o qual o legislador tem sempre dispensado a devida atenção ao assunto.<sup>66</sup> Com o Código de Processo Civil de 1939, a matéria em relevo recebeu tratamento especial, nos contornos dos artigos 787 e 788.

Por essa sistemática, a eficácia do *decisium* alienígena ficava na dependência de coincidir a sua origem com o lugar onde estava fixado o domicílio do devedor. Isto significa que gozavam de plena eficácia os julgados provenientes do Estado no qual o comerciante era domiciliado, bastando, para tanto, a confirmação do Pretório Excelso; ao passo que a sentença

---

<sup>65</sup> Vide artigo 90 do CPC.

<sup>66</sup> Importante consultar “Direito Internacional Privado” de Amílcar de Castro.

estrangeira que declarasse a quebra de comerciante aqui fixado, indigna seria da mesma aprovação.

Com a publicação da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, veio somar-se à referida disciplina especial uma outra de cunho genérico, quando se delineou no artigo 12 a competência da autoridade judiciária brasileira em sendo o réu domiciliado no país ou quando a obrigação tivesse de ser cumprida aqui. Como se observa das expressões utilizadas pelo legislador, a atribuição incumbida ao Judiciário nacional não obstava a atuação de Justiça do exterior, posto que meramente concorrente.

A competência absoluta e exclusiva pátria vinha expressa no texto do parágrafo primeiro do citado artigo, restrita às ações pertinentes a imóveis situados no Brasil.

A *posteriori*, com o advento do atual Código de Processo Civil, a disciplina foi plenamente transposta para os artigos 88 e 89 do novo Estatuto, restando derogada esta parte da Lei de Introdução ao Código Civil.

O tema, entretanto, ao contrário do que se deu no Dispositivo Processual de 1939, perdeu o tratamento específico para afigurar-se mais genérico, sob o título da competência internacional, revogando, por regulamentar *in totum*, os dispositivos do texto antecessor.

Com o método em vigor, foi mantida a dicotomia usual.

De conformidade com o artigo 88, se o réu tem domicílio estabelecido no Brasil, incide a competência da Justiça pátria para as ações contra ele propostas. Devendo a obrigação originadora da demanda ser aqui realizada, também é competente a jurisdição nacional, independentemente de onde sejam as partes domiciliadas. Por fim, a mesma solução se impõe quando o feito decorre de fato ocorrido ou ato praticado no Brasil. Tratam-se de hipóteses nas quais a competência é meramente concorrente, não excluindo a eventual participação da atividade jurisdicional de outro país.

Já nos termos do artigo 89, a única jurisdição competente para conhecer e julgar das ações relativas a imóveis sítos em solo nacional e dos inventários e partilhas de bens aqui localizados é a brasileira. A atuação do Poder Judiciário de qualquer outro lugar é inadmissível.

Note-se que a lei tencionou incluir ao usar o termo “ações relativas a imóveis”, além das ações reais pertinentes a imóveis, também aquelas baseadas em direito pessoal. A mesma amplitude vale para o inciso II do artigo.

No campo doutrinário, grande dissenso se verifica entre os autores a respeito da regulamentação legal da matéria.

O ilustre comercialista Rubens Requião segue a orientação do Estatuto Processual Civil antigo, que entende ainda em vigor. Considerando que a lei nova, bem como o regulamento interno do Supremo Tribunal Federal cuidaram do assunto de forma genérica, a revogação da lei antecessora especial encontra obstáculo no parágrafo segundo do artigo 2, do Decreto-Lei nº 4.657/42.

Porém, se a mesma matéria foi regulada inteiramente pela lei atual, sem ter o legislador ressalvado expressamente a vigência dos dispositivos do Código precedente, impõe-se deduzir a sua revogação.

Por seu turno, o não menos ilustre Dylson Dória perfilha os ensinamentos do artigo 12 da Lei de Introdução ao Código Civil.

Mais consentâneo entendimento tem a posição firmada pelo vigente Dispositivo Processual Civil, do qual é signatário o notável professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e Juiz Federal, Edilson Pereira Nobre Júnior.

Em verdade, a teor do artigo 88 já indicado, nos casos de réu domiciliado no, Brasil, de obrigação que deve ter cumprimento aqui e de ação fundada em fato ocorrido ou ao praticado no território nacional, a demanda ajuizada alhures não impede a propositura de feito no território pátrio. Ocorre a litispendência somente se o decisório estrangeiro já fora homologado pela Alta Corte, a partir da qual se toma exequível.

Rumo diverso toma o artigo 89, em cujas situações elencadas fica incontestavelmente afastado o exercício de outra jurisdição que não a nossa. Destituídos de valia serão, pois, os julgados estrangeiros que versem sobre coisas imóveis e inventário ou partilha de bens encontrados no Brasil, que terão sua ratificação denegada.

Sem embargo do estatuído, notícias há de admissão pelo Supremo de decisão helvética acerca da partilha de bens situados no Brasil em ação de divórcio, inclusive imóveis, na qual foi a lei brasileira devidamente observada.<sup>67</sup>

Afirma, muito sabiamente, o mestre potiguar, que as demandas pertinentes a bens imóveis podem obter homologação parcial no que tange àqueles, ficando quanto aos demais, sujeitas ao conhecimento de autoridade judiciária pátria.<sup>68</sup>

Volvendo à falência, que ora nos interessa, concluímos, por conseguinte, dessa breve análise, que as sentenças estrangeiras terão exequibilidade no país, após ratificação pelo Pretório Excelso, para incluir no respectivo processo a arrecadação de bens móveis aqui localizados. Não sendo os mesmos suficientes para solver os débitos, os interessados que se digam prejudicados devem propor a ação perante o Juízo brasileiro competente.

Cumpre salientar, que segundo o artigo 44 do Código Civil, o direito à sucessão aberta constitui imóvel por construção legal. Ainda que o espólio compreenda bens móveis e imóveis, a universalidade importa em imóvel por força de lei, de forma que, falindo espólio de comerciante individual, o processo falimentar correrá exclusivamente ante órgão Judiciário nacional.

## **BILIOGRAFIA CONSULTADA**

- ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e Concordata. 11 ed., atual. São Paulo: Saraiva. 1993.
- CASTRO, Amílcar de. Direito Internacional Privado. 4 ed., aum. e atual por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- DÓRIA, Dylson. Curso de Direito Comercial. vol 2. 6 ed., rev. e amp. São Paulo: Saraiva. 1994.
- FADEL. Sérgio Sahioni. Código de Processo Civil Comentado. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Relações entre Processos Instaurados. Sobre a Mesma Lide Civil, no Brasil e em País Estrangeiro Doutrina Nacional - Direito Processual Civil. Revista de Processo 7 e 8. Pág. 51/58.
- REQUIÃO. Rubens. Curso de Direito Falimentar. vol.I. 15 ed., atual. São Paulo: Saraiva. 1993.

---

<sup>67</sup> DJU – I de 02.12.94, pág. 33.189. Rel. Min. Paulo Brossard. SEC nº 4.512-6.

<sup>68</sup> DJU I de 18.10.93, pág.21.800. Rel. Min.Octávio Gallotti. SE nº 4.844-2.

## A INDENIZAÇÃO ORDINÁRIA NOS CONTRATOS BILATERAIS FALIDOS.

Anastácio Nóbrega Tahim Junior  
Acadêmico do Curso de Direito/UFRN – 8º Período

### I - A INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 43 DO DECRETO-LEI Nº 7.661 DE 21/06/45.

Em sede de indenização resultante do não-cumprimento de contrato bilateral pelo síndico, tem-se dado interpretação pouco teleológica e de escasso teor sistemático ao artigo 43, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 7.661/45 “Lei de Falência”, que prescreve: “Art. 43. ... *Parágrafo Único - O contraente pode interpelar o síndico, para que dentro de cinco dias, declare se cumpre ou não o contrato. A declaração negativa, ou o silêncio do síndico, findo esse prazo, dá ao contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário constituirá crédito quirografário*”.

Em se falando do gênero *interpretação*, reporto-me às lições do mestre Mário Moacyr Porto, para quem: “*Interpretar é recriar, pois as notas musicais, como os textos de lei, são processos técnicos de expressão, e não maiôs inextensíveis de exprimir. Há virtuosos do piano que são verdadeiros datilógrafos do teclado. Infiéis à música, por excessiva fidelidade às notas são instrumentais para serem escutados, e não intérpretes para serem entendidas.*”<sup>69</sup>

Sem adentrar na seara da legitimidade da cobrança da PENA CONVENCIONAL a ser suportada pela massa falida, vez que a opção pelo não cumprimento dos contratos bilaterais é ato discricionário do síndico, a quem a lei Confere independência no julgar da conveniência, percebe-se alguma precipitação em ver o *procedimento ordinário* como via única para se apurar indenização oriunda do inadimplemento contratual em comento. Por exacerbado apego à literalidade do dispositivo legal em referência, atribui-se àquele rito processual as qualidades dos *insubstituíveis*.

### II - A INDENIZAÇÃO E A SUA EXEQÜIBILIDADE

Consigne, por conseguinte, a possibilidade de virem expressos, contratualmente, valores certos e líquidos, exigíveis por ocasião do inadimplemento contratual; hipótese em que não se conceberia recorrer-se ao rito ordinário quando a lei processual pátria atribui - ao **documento particular, desde que subscrito pelo devedor e por duas testemunhas**, - força executiva.

A incoerência se faz mais gritante se observarmos sob o prisma de que a lei dá tratamento diferenciado, no tocante à habilitação do crédito, a títulos com a mesma força executiva.

Qual a razão para submeter o documento particular quando emoldurado nos precisos termos do artigo 585, inciso II, do Código de Processo Civil, ao rito ordinário, quando a nota promissória, por exemplo, título executivo extrajudicial da mesma forma que aquele, não o é?

É bem de ver, que se procurou dar à massa falida - ou como queiram aos interesses dos credores, um *due process of law* em matéria de indenização, com vistas à sua preservação. Todavia, a aplicação de dispositivos legais, divorciada de uma ótica SISTEMÁTICA do Direito, não raras vezes implica em distorcidas manifestações deste.

Crê-se pois, na qualidade de crédito quirografário e apto à habilitação SEM PRÉVIO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO, o contrato bilateral não cumprido pelo síndico que, uma vez

---

<sup>69</sup> - “Separata” da “Revista dos Tribunais”, de São Paulo. Volume 541-Novembro de 1980.

satisfeitas as exigências do artigo 585, II do CPC, conste obrigação líquida e certa, sob a forma de PENA CONVENCIONAL, para o caso do total ou parcial inadimplemento contratual.

Inobstante a clarividência dos argumentos trazidos à baila, os autores preferem a opção pelo continuísmo, pela investigação pouco científica e longe de representarem estudiosos insurgentes, limitam-se a transcrever o texto legal sem a acuidade devida.

É triste de ver, por exemplo, o Ilustre Amador Paes de Almeida em “Curso de Falência e Concordata”, 9ª edição - 1990, pág. 179, apenas mencionar: *“Se, findo esse prazo, o síndico nada responder, ou responder negativamente, assegurado é ao contraente o direito à respectiva indenização, a ser apurada em ação ordinária, e que se constituirá em crédito quirografário.”*

Nesta vereda de raciocínio, Rubens Sant'anna, em “Falências e Concordatas”, 5ª edição, 1985, pág. 67, assim se pronuncia: *“O silêncio ou a negativa do síndico confere ao contraente direito à indenização, cujo montante será apurado em processo ordinário e constituirá crédito quirografário”*.

Também compartilhando da mesma “simplicidade”, Silva Pacheco, em “Processo de Falência e Concordata”, 5ª edição, 1988, pág. 394, assevera: *“Essa indenização há de ser apurada em ação própria, no juízo da falência em processo ordinário”*.

Assim, o parágrafo único do artigo 43 da *Lei de Falências* há de ser interpretado à luz das sugestões dos casos concretos. Até porque, *“reproduzir com a máxima fidelidade não é revelar com a máxima perfeição. Se assim fora, o trabalho dos fotógrafos teria liquidado a arte dos pintores”*.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> - Obra citada.

## **COBRANÇA DA TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA: INCONSTITUCIONALIDADE X PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL**

Carolina Maria Barros Gomes Netto  
Acadêmica do Curso de Direito/UFRN – 7º Período

Merecem reflexão as decisões dos Tribunais que concedem liminar nos processos cautelares que questionam a cobrança da taxa de iluminação pública (TIP). Aparentemente, o assunto estaria solucionado, uma vez que tem prevalecido a orientação favorável a suspensão da taxa. No entanto, a jurisprudência pátria em alguns casos tem decidido contrariamente ao bom direito.

Neste sentido, a corrente contrária à sustação definitiva da taxa de iluminação pública, recorre geralmente aos mesmos dispositivos para basear suas posições e concluir que não basta apenas a plausibilidade do bom direito, não se podendo conceder a liminar para impedir a Municipalidade de cobrar a taxa de iluminação pública, instituída por lei (Lei Nº. 3.882, de 11 de dezembro de 1989), uma vez que a inconstitucionalidade ainda se discute, afirmando ainda inexistir o perigo de que, caso o autor consiga fazer cessar os efeitos da lei, os contribuintes não possam ser ressarcidos dos valores desembolsados. Em reforço a este entendimento temos: “É certo que a má distribuição orçamentária não justifica a cobrança de uma taxa que vem sendo declarada inconstitucional, contudo, o risco de a população vir a sofrer com a falta de manutenção da rede elétrica autoriza a suspensão de execução da sentença - grave lesão à ordem, à segurança e à economia pública (TJ-SC - Ac. do Org. Esp. publ. em 10-10-94 Ag. Reg. na ACP 518/92 - Rel. Des. João Martins - Repte. Município de Balneário de Camboriú - Advs. Valdir Loli, José André Zanello e Heitor Honório Altmann).

Visualiza-se, pois, que se prevalecesse tal exegese, tendo como base o princípio da ilegalidade eficaz, este seria muito mais relevante que o da legalidade, visto que, o Poder Público poderia editar leis tributárias sem questionar sua constitucionalidade e recolher “tributo indevido” até a decisão final do exame de constitucionalidade pela Suprema Corte.

Permitimo-nos, neste passo, um breve retrospecto legislativo acerca da matéria supra mencionada.

A TIP é disciplinada pela Lei nº. 3.882, de 11 de dezembro de 1989 - arts. 108 a 111 - (lei que aprova o Código Tributário do Município de Natal e dá outras providências). No entanto, a cobrança desse tributo contraria norma constitucional prevista no §§ 3º do artigo 155 e artigo 145, inciso II, da Constituição Federal de 1988. “in verbis”: “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir: . §§ 3º. A exceção dos impostos de que tratam o inciso I. b, do caput deste artigo e os arts. 153, I e II e 156, III nenhum outro tributo incidirá sobre operações relativas a energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais do país”...”Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:...II. taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

Em outras palavras, a cobrança da Taxa de Iluminação Pública não estaria em conformidade com a norma suprema, pois, esta não autoriza a incidência de nenhum outro tributo sobre operações relativas a energia elétrica, dentre eles as taxas, assegurando desta forma que os serviços públicos postos à disposição do contribuinte terão que ser específicos e divisíveis, ou seja, “uti singuli”; e a taxa de iluminação pública não se apresenta com essa característica, sendo um serviço prestado “uti universi”, ou melhor, como universal, à comunidade. A iluminação de ruas e logradouros públicos são serviços genéricos, sem

especificidade e que não possuem critérios justos para sua divisibilidade, sendo empregadas cotas abstratas, além disso, não há uma diferenciação do serviço de iluminação, ou seja, o que ocorre é uma cobrança uniforme de serviços diferenciados, pois, enquanto uns beneficiam-se da iluminação pública do local onde está situado o imóvel, outros são destituídos parcialmente ou totalmente desse proveito, e no entanto o encargo é para todos.

Ademais, a regra contida no 3º.º do art. 77 do Código Tributário Nacional define como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível prestado ou posto a disposição do contribuinte.

A sobrecarga tributária torna-se evidente quando analisada comparativamente à cobrança do IPTU, pois para que exista a cobrança do IPTU e que o imóvel seja caracterizado urbano, o § 1º.º do art. 32 do Código Tributário Nacional, exige: “rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar”, vê-se portanto que a edilidade já arrecada indiretamente um tributo do imóvel do contribuinte decorrente da energia. E ainda, o Município é partícipe da arrecadação do ICMS da energia elétrica em 25% (vinte e cinco por cento) por força do § 3º.º, do art. 155, I, alínea “b” e do art. 158. IV, da Carta Magna.

Ressalte-se que a cobrança da TIP é periódica, mês a mês cumulativamente com a cobrança do ICMS, e os valores pagos ao longo do tempo representa perda do poder aquisitivo dos contribuintes, notadamente das famílias de baixa renda, como por exemplo o Seu José Francisco Neto, residente na rua Fazenda Nova, Cidade da Esperança, com renda de 1 (hum) salário mínimo, pagou no último ano aproximadamente hum e meio salários de consumo de energia elétrica, sendo que a incidência da TIP e do ICMS representam respectivamente, 10,5% e 14,2% do valor pago. A sobrecarga tributária vinculada à prestação do serviço de energia elétrica, anualmente representa 37,5% do Décimo Terceiro salário deste contribuinte.

Na hipótese do pagamento ser considerado indevido, não há restituição do indébito, pois trata-se de imposto cobrado por terceiro, não obstante o art. 964 do Código Civil estabelecer que “todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir”; é que o art 166 do Código Tributário Nacional admite que a restituição de tributos “somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-lo”. Desta forma, o Supremo Tribunal Federal, condensou esse entendimento na Súmula 71, que assim dispõe: “Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto” .

A análise da incidência da taxa de iluminação pública evidencia a inconstitucionalidade de sua cobrança pela Prefeitura de Natal através da Cosern, num percentual médio de 13% sobre o preço da tarifa de energia, causando um dano patrimonial irreversível ao contribuinte. Dessa forma, enquanto o Supremo Tribunal Federal não declarar a inconstitucionalidade da cobrança, exteriorizando a correta interpretação e aplicação do direito, teremos que promover Ação Cautelar Inominada, porquanto estão presentes os pressupostos do “periculum in mora” e do “fumus boni juris”, e em seguida propor Ação Ordinária para garantirmos a sustação definitiva da taxa de iluminação pública, não se ignorando, ademais, que qualquer benefício concedido a um universo restrito de pessoas, transforma-se em privilégio, se não é estendido a todos que se encontrem em situação semelhante.

## **NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS**

1. REVISTA JURÍDICA “IN VERBIS”: publica artigos e trabalhos da área jurídica. Somente serão aceitos trabalhos inéditos.

2. Os trabalhos deverão ser entregues ao Conselho Editorial em disquete, não excedendo o limite de 05 (cinco) páginas. No entanto, o Conselho Editorial poderá, excepcionalmente, considerar a publicação de artigos que ultrapassem esse limite.

3. Quanto à apresentação, os artigos deverão obedecer à seqüência:

a) página de rosto, contendo:

- Título, se houver, subtítulo.

- Nome(s) do(s) autor(es)

- Filiação científica (instituição em que trabalha)

- A Universidade e o período que cursa(m), caso o(s) autor(es) seja(m) acadêmico(s) de direito.

b) Texto propriamente dito.

c) Citação bibliográfica.

d) Referências bibliográficas

- As referências bibliográficas serão arroladas no final do artigo, em ordem alfabética de sobrenome do autor, numeradas consecutivamente e apresentadas de acordo com a NBR 6023 da ABNT. As observações que não sejam referências bibliográficas poderão figurar como notas de rodapé indicadas no próprio texto.

4. Os dados e conceitos emitidos nos trabalhos bem como a exatidão das referências bibliográficas são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

