ACTA JUS

Online ISSN 2318-3470

Periódico de DIREITO

3(1)

Março / Maio

March / May

2014

MASTER EDITORA
Publicações Científicas

Online ISSN 2318-3470
Acta JUS

Ficha Técnica Technical Specifications

Título / *Title:* Acta JUS
Título abreviado/ *Short title:* Acta JUS
Sigla/ *Acronym:* AJUS
Editora / *Publisher:* Master Editora
Periodicidade / *Periodicity:* Trimestral / Quarterly
Indexação / *Indexed:* Latindex, Google Scholar e EBSCO host (Fonte Acadêmica e Legal Source)
Início / *Start:* Setembro, 2013/ Novembro, 2013

Editora-Chefe / *Editor-in-Chief:*

Dra. Andréia Donadon Fernandes Neto

O periódico **Acta JUS** é uma publicação da **Master Editora** para divulgação de artigos científicos apenas em mídia eletrônica.

Todos os artigos publicados foram formalmente autorizados por seus autores e são de sua exclusiva responsabilidade. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos publicados não correspondem necessariamente, às opiniões da **Master Editora**, do periódico **Acta JUS** e /ou de seu conselho editorial.

*The **Acta JUS** is an editorial product of **Master Publisher** aimed at disseminating scientific articles only in electronic media. All articles published were formally authorized by the authors and are your sole responsibility. The opinions expressed by the authors of the published articles do not necessarily correspond to the opinions of Master Publisher, the **Acta JUS** and/or its editorial board.*

Online ISSN 2318-3470
Acta JUS

Editorial

Prezado leitor,

Temos a imensa satisfação de disponibilizar a terceira edição do periódico de Direito ***Acta JUS****.*

A ***Master Editora*** *e o periódico* ***Acta JUS*** *agradecem publicamente aos Autores dos artigos que abrilhantam esta edição pela inestimável colaboração e pela confiança depositada neste projeto.* ***Acta JUS*** *é um dos primeiros "open access journal" do Brasil, representando a materialização dos elevados ideais da* ***Master Editora*** *acerca da divulgação ampla e irrestrita do conhecimento científico produzido pelas Ciências Humanas.*

Aos autores de artigos científicos que se enquadram em nosso escopo, envie seus manuscritos para análise de nosso conselho editorial!

Nossa quarta edição estará disponível a partir do mês de Junho de 2014!

Boa leitura!

Andréia Donadon Fernades Neto
Editora-Chefe Acta JUS

Dear reader,

We have the great pleasure to launch the third edition of the ***Acta JUS****.*

The ***Master Publisher*** *and the* ***Acta JUS*** *are very grateful to the authors of the articles that brighten this edition of the invaluable collaboration and for the trust placed in this project. The* ***Acta JUS*** *is one of the early open access journal in Brazil, representing the materialization of the lofty ideals of* ***Master Publisher*** *about the broad and unrestricted dissemination of scientific knowledge produced by the Human Sciences.*

Authors of scientific articles that are interested in the scope of ***Acta JUS****, send their manuscripts for consideration of our editorial board!*

Our fourth edition will be available in 2014, June!

Happy reading!

Andreia Donadon Fernandes Neto
Editor-in-Chief Acta JUS

Online ISSN 2318-3470
Acta JUS

Sumário Summary

Artigo Original

AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL: SÚMULA 343 DO STF PERANTE O STJ. 05
FRANCISCO DOS SANTOS DIAS **BLOCH**

AS MEDIDAS DE APOIO DO ART. 461 E O ANTEPROJETO DO NOVO C.P.C. 12
FRANCISCO DOS SANTOS DIAS **BLOCH**

Resenha

A CIDADE ANTIGA DE FUSTEL DE COULANGES: UM ESTUDO DAS BASES LEGITIMADORAS DO DIREITO NA ANTIGUIDADE. 20
DOUGLAS RAPHAEL MACHADO **GOBATO**

AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL: SÚMULA 343 DO STF PERANTE O STJ

RESCISSION ACTION FOR INFRINGEMENT OF FEDERAL LAW: ITS SUMMARY OF 343 SFC BEFORE THE SCJ

FRANCISCO DOS SANTOS DIAS **BLOCH**

Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Processo Civil pela PUC/SP - COGEAE, e graduado em Direito pela PUC/SP. Advogado atuante em São Paulo.

* Rua Piauí, 650, apartamento 92, Bairro Higienópolis, São Paulo/SP – CEP 01241-000. Email. fsbloch@hotmail.com

Recebido em 27/02/2014. **Aceito** para publicação em 24/03/2014

RESUMO

Com a criação do Superior Tribunal de Justiça (1988), este assumiu a função institucional de intérprete das leis federais brasileiras, unificando os diversos entendimentos apresentados pelo Poder Judiciário, antes pertencentes ao Supremo Tribunal Federal. Neste contexto, o novo Tribunal baseou seus primeiros entendimentos na jurisprudência já estabelecida pelo STF, por meio da "doutrina da interpretação razoável", fixada originalmente por meio das Súmulas 343 e 400 do STF, para dirimir controvérsias envolvendo a interpretação da lei federal. Este entendimento, tal como estabelecido originalmente, baseia-se em raciocínio segundo o qual, nos termos da Súmula 400, "a decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário". Atualmente, o STJ aplica diretamente a Súmula 343, que estabelece que "não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais". Como ambas as súmulas estão baseadas em raciocínio segundo o qual a segurança jurídica justifica a manutenção de decisões que concedam à lei federal interpretação razoável, mesmo que não seja a melhor, concluímos que o STJ deve, sim, desconstituir, em sede de ação rescisória, decisão que interprete normas federais em desacordo com seu próprio entendimento sedimentado. Portanto, a divergência jurisprudencial acerca da interpretação da lei federal não desqualifica a ação rescisória. Apenas assim este Tribunal exercerá sua função constitucional a contento, e preservará o princípio da equidade.

PALAVRAS-CHAVE: Ação rescisória, súmula 343, súmula 400.

ABSTRACT

Following the creation of the Superior Court (1988), it has assumed the institutional role of interpreter of Brazilian federal laws, unifying the various understandings submitted by the Judicial Branch, formerly belonging to the Supreme Federal Court. In this context, the first understanding of this new Court relied on the jurisprudence already established by the Supreme Federal Court, through the "doctrine of reasonable interpretation", originally fixed by the scoresheet 343 and 400 of the Supreme Federal Court, to resolve disputes involving the interpretation of federal law. This understanding, as originally established, was based on reasoning according to which, under the scoresheet 400, "the decision that gave reasonable interpretation to the law, even if not the best, does not authorize extraordinary appeal". Currently, the Supreme Federal Court directly applies scoresheet 343, which states that "it is not for offense termination action by the literal provisions of the law when rescindable decision is based on legal text of contested interpretation in the courts." Currently, the Supreme Federal Court applies directly scoresheet 343, which states that "does not use rescission action for offending the literal provisions of the law when the decision to rescind was based on legal text of contested interpretation in the Courts". Since both scoresheets are based on reasoning according to which legal certainty justifies the maintenance of orders granting reasonable interpretation of federal law, even if not the best, we conclude that the Superior Court should, indeed, desconstitute such a decision, based on a decision which construes federal laws in opposition to its own understanding. Therefore, the jurisprudential disagreement on the interpretation of federal law does not disqualify the rescission action. In this way the Court will exercise its constitutional function satisfactorily, and preserve the principle of equity.

KEYWORDS: Rescission action, 343 scoresheet, 400 scoresheet.

1. INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça, criado por meio da Constituição Federal de 1988, assumiu a função institucional de intérprete das leis federais brasileiras. E, nos termos da própria Constituição, exerce este ofício unificando os diversos entendimentos apresentados pelo Poder Judiciário acerca de uma determinada questão.

De fato, esta Corte foi criada para exercer funções antes pertencentes ao Supremo Tribunal Federal, que, anteriormente ao advento da atual Constituição, unificava a interpretação tanto das normas

constitucionais quanto da legislação infraconstitucional federal. Neste contexto, e como era previsível, o novo Tribunal baseou seus primeiros entendimentos na jurisprudência já estabelecida pelo STF.

O STJ, assim, e desde sua origem, utiliza a assim denominada "doutrina da interpretação razoável", fixada originalmente por meio das Súmulas 343 e 400 do STF, para dirimir controvérsias envolvendo a interpretação da lei federal.

Este entendimento, tal como estabelecido originalmente, baseia-se em raciocínio segundo o qual, nos termos da Súmula 400, "a decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário".

Ou seja, é possível haver diversas interpretações para a lei federal, desde que não sejam aberrantes: originalmente, o Supremo Tribunal Federal negava acesso ao recurso extraordinário baseado em negativa de vigência à lei federal, ou em interpretação divergente que lhe tivesse sido atribuída por outro tribunal.

Atualmente, o STJ acata este entendimento ao aplicar diretamente a Súmula 343, que estabelece que "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais".

Ambas as súmulas estão baseadas em raciocínio segundo o qual a segurança jurídica justifica a manutenção, no sistema jurídico brasileiro, de decisões que concedam à lei federal interpretação razoável, mesmo que não seja a melhor. Portanto, a divergência jurisprudencial acerca da interpretação da lei federal não justifica a ação rescisória.

2. MATERIAL E MÉTODOS

O presente trabalho tem por objetivo analisar as bases do raciocínio que sustentam a assim denominada "doutrina da interpretação razoável" em matéria de ação rescisória por violação literal a dispositivo de lei federal, considerando o papel institucional do Superior Tribunal de Justiça.

Para tanto apresentaremos um estudo dividido, essencialmente, em duas partes.

Em primeiro lugar, faremos uma síntese do raciocínio que embasa a "doutrina do razoável" desde a edição da Súmula 343, pelo STF, passando pelo argumentos que sustentam a manutenção deste enunciado, atualmente, no STJ. Apresentaremos também uma breve explanação acerca do entendimento do STF que afastou esta doutrina no que diz respeito às ações rescisórias que veiculam matéria constitucional.

Em segundo lugar, informaremos os argumentos contrários à manutenção da Súmula 343 conforme entendimentos recentes do próprio Superior Tribunal de Justiça. Ao final, encerraremos o trabalho com opiniões devidamente fundamentadas acerca do tema, sopesando os argumentos contra e a favor da manutenção daquele enunciado, e adotaremos posicionamento conclusivo sobre o objeto do trabalho.

3. DESENVOLVIMENTO

ALTERAÇÕES JUSTIFICATIVAS HISTÓRICAS E ARGUMENTOS EM FAVOR DA SÚMULA 343 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Súmula 343 do STF teve origem em uma série de precedentes relacionados ao cabimento de ações rescisórias, em situações nas quais restou demonstrada divergência jurisprudencial acerca de determinada matéria.

O cerne da discussão era a possibilidade ou não de se utilizar ação rescisória para desconstituir decisão por ofensa a literal disposição de lei, quando houvesse divergência jurisprudencial acerca da interpretação daquele texto legal.

Uma das primeiras decisões que encampou a impossibilidade de se manejar ação rescisória, nestes casos, foi tomada no recurso extraordinário 41.407, julgado em 4 de agosto de 1959. Segundo o raciocínio do relator daquele recurso, Ministro Vilas Bôas, "Não é o dissídio da jurisprudência, senão o julgamento contra literal disposição de lei, que dá base ao rescisório. Não há acórdão a dizer que a sentença é nula por haver rompido com o conformismo dos Tribunais. Todo Juiz é absolutamente livre no interpretar e aplicar a lei, sendo válido, embora reformável, o seu veredicto, ainda que escape à tradição jurisprudencial."

Em 5 de abril de 1963, quando do julgamento do recurso extraordinário 50.046, o relator, Ministro Victor Nunes Leal, justificou a impossibilidade de se manejar ação rescisória, para desconstituir decisão baseada em interpretação divergente de texto de lei, nos seguintes termos.

> "Se em todos os casos de interpretação da lei, por prevalecer aquela que nos pareça menos correta, houvermos de julgar procedente ação rescisória, teremos acrescentado ao mecanismo geral dos recursos um recurso ordinário com prazo de cinco anos na maioria dos casos decididos pela Justiça. A má interpretação que justifica o "judicium rescindens" há de ser de tal modo aberrante que equivalha à sua violação literal. A Justiça nem sempre observa, na prática quotidiana, esse salutar princípio, que, entretanto, devemos defender, em prol da estabilidade das decisões judiciais"[1].

Foi com base nos argumentos acima expostos que o STF, em 13/12/1963, aprovou a Súmula 343, segundo a qual "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.".

As decisões que embasaram a súmula 400, aprovada na mesma época, seguiram raciocínio similar. O Ministro Victor Nunes, relator do agravo de instrumento

29.843/MG, julgado em 20 de agosto de 1963, declarou à época que "simples interpretação de lei, na conceituação de contribuinte (profissional liberal) de instituição previdenciária, não autoriza o recurso extraordinário".

De forma ainda mais explícita, o Ministro Pedro Chaves, em julgamento ocorrido em 1961, estabeleceu que a interpretação razoável da lei federal não ofende a norma, de modo a autorizar o manejo do recurso extraordinário contra aquela decisão.

> "Nos termos do parecer da Douta Procuradoria Geral, eu nego provimento ao recurso de agravo e mantenho a decisão agravada do eminente Ministro Afrânio Costa, pelos seus próprios fundamentos: a decisão recorrida não ofendeu a lei, cujos textos interpretou e aplicou como melhor lhe pareceu, nem contrariou jurisprudência específica. O recurso extraordinário não se destina à discussão de teses acadêmicas"[2].

Assim, e com base nestes precedentes, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula 400 em 3/04/1964, fixando entendimento segundo o qual "Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra "a" do art. 101, III, da Constituição Federal".

A análise dos precedentes que originaram as duas súmulas permite concluir que ambas eram justificadas sob dois argumentos.

Em primeiro lugar, o sistema jurídico brasileiro poderia perfeitamente conviver com duas ou mais linhas de interpretação jurisprudencial acerca do texto da lei federal, sendo que a análise de recurso extraordinário baseado em uma interpretação equivocada só seria possível caso o entendimento impugnado fosse verdadeiramente aberrante. Uma análise "razoável" do texto legal deveria prevalecer, considerando a liberdade de atuação dos juízes.

Em segundo lugar, este raciocínio deveria ser aplicável, com ainda mais rigor, para as ações rescisórias baseadas em violação literal a dispositivo de lei: a decisão capaz de justificar tal medida deveria ser igualmente baseada em interpretação aberrante da lei, sendo que o órgão julgador, para além deste fato, deveria levar em conta a necessidade de estabilização das decisões judiciais. Apenas assim seria possível evitar que a rescisória se tornasse um verdadeiro recurso.

Seguindo este pensamento, o Supremo Tribunal Federal passou a declarar, de maneira consistente, que a ofensa à lei, para efeito de ação rescisória, "é a que envolve contrariedade estridente ao dispositivo, e não a interpretação razoável ou a que diverge de outra interpretação, sem negar o que o legislador consentiu ou consentir no que ele negou"[3].

Vendo-se sob outro ponto de vista, a justificativa da Súmula 343 segue o seguinte raciocínio: se há divergência nos tribunais sobre o entendimento a ser aplicado acerca de uma determinada norma, isto ocorre porque tal preceito suporta mais de uma interpretação, e, deste modo, não se pode qualificar qualquer uma dessas interpretações como literalmente ofensiva ao teor da norma.

Portanto, e para privilegiar a segurança jurídica obtida por meio de decisão judicial transitada em julgado, é justificável manter sentenças baseadas em interpretação razoável dos preceitos normativos, mesmo que tal interpretação não seja a melhor, e desde que não haja equívoco aberrante. E caso ocorra uma divergência interpretativa a respeito de certa norma, a adoção de uma das correntes divergentes pela sentença não pode ser considerada aberrante, devendo ser negado o pedido rescisório baseado em ofensa literal ao texto de lei.

ABSORÇÃO DA SÚMULA 343 PELO STJ

Viu-se, acima, as justificativas e argumentos que embasam a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, e que suportam, portanto, a assim denominada "doutrina da interpretação razoável" em matéria de ação rescisória.

O enunciado jurisprudencial em tela tem sido aplicado de maneira consistente pelo Superior Tribunal de Justiça, que nega o pedido rescisório baseado no artigo 485, V do Código de Processo Civil[4], considerando que não há violação literal a dispositivo de lei quando a interpretação de determinado dispositivo é objeto de controvérsia nos tribunais.

De fato, e seguindo o entendimento apresentado em decisões recentes do STJ, a segurança jurídica, nestes casos, deve prevalecer em detrimento da equidade: a ação rescisória, em termos práticos, não deve ser utilizada para confrontar e dirimir divergências jurisprudenciais. Vejam-se neste sentido os precedentes abaixo colacionados.

> "A violação de literal disposição de lei que autoriza o ajuizamento de ação rescisória é aquela que enseja flagrante transgressão do "direto em tese", porquanto essa medida excepcional não se presta simplesmente para corrigir eventual injustiça do *decisum* rescindendo, sequer para abrir nova instância recursal, visando o reexame das provas. Com efeito, "na interpretação do art. 485, V, do Código de Processo Civil, que prevê a rescisão de sentença que 'violar literal disposição de lei', a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento segundo o qual não constitui violação literal da lei, para esse efeito, a que decorre de sua interpretação razoável, de um de seus sentidos possíveis, se mais de um for admitido. A ofensa, portanto, tem de ser especialmente qualificada (...). Ora, se é certo que 'não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais' (Súmula 343/STF), com maior razão não é ela cabível quando há perfeita harmonia entre a decisão rescindenda e a jurisprudência pacificada do Tribuna" (AR 4.07/CE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 18/5/09)"[5]

> "Oscilações jurisprudenciais existem e existirão sempre, cabendo ao Poder Judiciário deixar em garantia as suas próprias decisões, respeitando-as dentro do tempo em que foram proferidas. Adotar-se ação rescisória para alinhar a jurisprudência antiga à nova, mais recente, é inserir mais um inciso ao art. 485 CPC, criando-se assim uma nova modalidade de impugnação à decisão transitada em julgado."[6]

O STJ, assim, acabou por introduzir mais um ele-

mento a justificar a doutrina do razoável em desfavor do princípio da equidade, para além dos argumentos acima já apontados: o inciso V do artigo 485 do CPC admite a rescisória para desconstituir julgado baseado em violação literal à lei, e não violação a entendimento jurisprudencial. A ofensa que justifica a rescisão do julgado deve, assim, constituir uma ofensa à literalidade do dispositivo legal, sendo este o entendimento da doutrina sobre o tema.

> "O elastério necessário que se emprega à palavra "lei" inadmite que se o amplie a ponto de admitir rescisória de decisão contrária à jurisprudência e à súmula dos tribunais. Destarte, a causa de rescindibilidade reclama "violação" à lei; por isso, "interpretar" não é violar. Sob esse enfoque ainda é atual como fonte informativa que tem sido utilizada pela jurisprudência, a enunciação do CPC de 1939, no seu artigo 800, caput: "A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória." Ademais, para que a ação fundada no art. 485, V, do CPC, seja acolhida, é necessário que a interpretação dada pelo *decisum* rescindendo seja de tal modo teratológica que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Ao revés, se a decisão rescindenda elege uma dentre as interpretações cabíveis, a ação rescisória não merece prosperar[7]."

A jurisprudência do STJ, portanto, e com apoio de parte da doutrina, sustenta que é possível aos jurisdicionados conviverem com duas ou mais linhas de interpretação acerca da lei federal, resultando, naturalmente, em mais de uma solução aplicada para situações iguais, desde que nenhuma destas linhas seja aberrante.

Seguindo este raciocínio, também é possível concluir que a ação rescisória não se presta a unificar entendimentos jurisprudenciais acerca da interpretação da lei federal: trata-se de um sacrifício do princípio da equidade em benefício da segurança jurídica, representada pela estabilidade da coisa julgada.

Esta, entretanto, não é a interpretação que o Supremo Tribunal Federal tem concedido à ação rescisória, quando ocorre alegação de violação literal a norma constitucional.

Doutrina do razoável em matéria constitucional perante o STF

O STF há tempos afastou-se da aplicação da Súmula 400 no que diz respeito à admissibilidade dos recursos extraordinários, por entender que a doutrina da interpretação razoável não deve ser aplicada quando a lei sob análise é preceito constitucional.

Posteriormente, entretanto, o mesmo raciocínio passou a ser aplicado à Súmula 343, como segue: "a súmula nº 343 nada mais é que a repercussão, na esfera da ação rescisória, da súmula nº 400 – que não se aplica a texto constitucional – no âmbito do recurso extraordinário[8]". E o Supremo Tribunal Federal, atualmente, não aplica a Súmula 343 quando o pedido rescisório baseia-se em violação a norma constitucional.

As justificativas para esta postura são duas: em primeiro lugar, a importância das normas constitucionais é tal que seu descumprimento configura situação extremamente grave, de modo que o preceito sumular não se aplica a tais casos.

Em segundo lugar, e mais recentemente, o STF passou a justificar este posicionamento sob o argumento que o Tribunal deve usar a rescisória como oportunidade para exercer seu papel de guardião da Constituição Federal, unificando os entendimentos jurisprudenciais acerca de determinado tema, de modo a preservar o princípio da isonomia: veja-se neste sentido, por relevante, o voto do Ministro Gilmar Mendes proferido nos Embargos de Declaração no RE 328.812, que defende as duas justificativas para a rejeição da Súmula 343/STF em matéria constitucional.

> "De fato, negar a via da ação rescisória para fins de fazer valer a interpretação do Supremo importa, a rigor, em admitir uma violação muito mais grave à ordem normativa. Sim, pois aqui a afronta se dirige a uma interpretação que pode ser tomada como a própria interpretação constitucional realizada. Nesse ponto, penso, também, que a rescisória adquire uma feição que melhor realiza o princípio da isonomia. Se por um lado a rescisão de uma sentença representa certo fator de instabilidade, por outro não se pode negar que uma aplicação assimétrica de uma decisão desta Corte em matéria constitucional oferece instabilidade maior, pois representa uma violação a um referencial normativo que dá sustentação a todo o sistema. Isso não é, certamente, algo equiparável a uma interpretação divergente da legislação infraconstitucional[9]".

Decisões recentes do STJ: revisão do papel institucional daquela corte

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça apresentou algumas decisões que destoam do raciocínio antes apresentado – raciocínio este que, de maneira praticamente uniforme, apoiava a manutenção da Súmula 343, impedindo o manejo da rescisória por violação à lei federal quando houvesse divergência jurisprudencial acerca do tema.

Neste sentido, é emblemático o acórdão prolatado nos autos do recurso especial n.º 1.063.310-BA, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, merecendo ser transcrito em determinados trechos.

> "O STJ tem jurisprudência contraditória em relação à doutrina da interpretação razoável. No que se refere à súmula 400/STF, depois de uma vacilação inicial admitindo-a em alguns recursos especiais (Resp 43 – RSTJ 2/608; Resp 203- RSTJ 5/396; Resp 281 – RJSTJ 4/1537), o Tribunal passou a rechaçar firmemente a sua adoção, como fizera o STF em matéria constitucional. Sustentou-se, com razão, que a doutrina encartada naquela súmula era incompatível com o sistema recursal implantando pela Constituição de 1988 e com a criação de um tribunal, o STJ, guardião da legislação federal, encarregado de zelar pela sua integridade e pela aplicação uniforme.
> (...)
> Todavia, ao contrário do que ocorreu no STF, o STJ não teve a mesma postura em relação à outra súmula (343/STF) que adota a doutrina de tolerância de interpretação razoável (mesmo que contrária à sua jurisprudência). Embora tenha a seu favor o argumento da segurança jurídica, é difícil justificar, após a Constituição de 1988, a manutenção dessa súmula. Ao criar o STJ e lhe dar a função essencial de guardião da legislação federal (e, portanto, de seu

> intérprete oficial), a Constituição impôs ao Tribunal o dever de manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua interpretação e a isonomia na sua aplicação. Deu-lhe, também, como missão específica, a de dirimir as divergências dos tribunais locais na interpretação da lei federal, criando, para isso, até mesmo uma específica hipótese de cabimento de recurso especial (CF, art. 105, III, *c*). Portanto, a partir de 1988, criou-se no País um tribunal superior com a função (importante para a manutenção do princípio da isonomia e do próprio princípio federativo) de *uniformização* da jurisprudência, bem como a função, que se poderia chamar *nomofilácica* (entendida a nomofilaquia no sentido que lhe atribuiu Calamandrei), destinada a *aclarar* e *integrar* o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme, funções essas com finalidades "*que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente*" (CALAMANDREI, Piero. La Casación Civil. Tomo II, tradução de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliografica Argentina, 1945, p. 104)[10]."

O raciocínio apresentado pelo relator do acórdão acima constitui verdadeiro reflexo do entendimento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para afastar as Súmulas 343 e 400.

Resumidamente, e de maneira simplificada, o julgamento sob análise estabeleceu que o Superior Tribunal de Justiça deve exercer seu papel de unificador da interpretação cabível às leis federais também quando do julgamento das ações rescisórias, e isto por vários motivos.

Em primeiro lugar, a hipótese de ação rescisória veiculada no artigo 485, V do CPC ("violar literal disposição de lei") torna a interpretação daquele próprio dispositivo sujeita a controvérsias. A palavra "literal", a princípio, e neste contexto, implica não apenas situação na qual a sentença rescindenda ofende as disposições explícitas da norma, mas também quando deixa de obedecer ao seu sentido inequívoco, mesmo que implícito – e a não-aplicação da lei, quando o caso, também representa violação literal ao seu sentido.

Neste contexto, a Súmula 343/STF informa que, para preservar a segurança jurídica representada pela estabilidade da coisa julgada, é justificada a preservação de sentenças que tenham dado interpretação razoável à lei, ainda que não seja a melhor – ou, como melhor declara o relator do voto: "Dito de outra forma: em nome da segurança jurídica, toleram-se situações equivocadas, desde que não se trate de equívoco aberrante. E se a respeito de certa norma os tribunais divergem, a adoção, pela sentença, de uma das correntes divergentes, ainda que equivocada, não pode ser considerada aberrante. Em casos tais, nega-se acesso à ação rescisória".

Em segundo lugar, e no contexto da Constituição Federal de 1988, a contrariedade à lei federal ocorre não apenas quando se lhe nega vigência, mas também quando a interpretação a ela atribuída for menos exata, por contrária à orientação do Superior Tribunal de Justiça.

O STJ, assim, e para exercer suas funções institucionais, não pode tolerar interpretação que, mesmo razoável, contrarie a sua própria. Caso o faça, esta Corte deixará de zelar pela aplicação uniforme da lei a todos os destinatários, e legitimará diferentes aplicações da mesma norma.

4. CONCLUSÃO

A exposição acima permite concluir que o raciocínio que embasa a manutenção da Súmula 343/STF perante o STJ resume-se, basicamente, no seguinte.

A violação literal ao artigo de lei, para ensejar o manejo da ação rescisória com base no artigo 485, V do Código de Processo Civil, deve ser grave, ou seja, aberrante e intolerável perante o sistema. Uma interpretação razoável da norma não enseja a utilização da rescisória, por não constituir violação à lei em seu sentido literal, uma vez que não é possível verificar, de maneira segura, o sentido da norma.

Veja-se neste sentido o entendimento de Cássio Scarpinella Bueno[11].

> "O que o enunciado quer evidenciar é que, toda vez que a interpretação da norma que dá sustento jurídico à decisão que se pretende rescindir for controvertida na jurisprudência, é impossível identificar-se a literal violação exigida pelo inciso V do art. 485 para fins de sua rescisão (...)"

Assim, caso haja divergência jurisprudencial acerca de determinada interpretação legal, decisão que adote uma das correntes divergentes não ofende a norma para todos os fins do artigo 485, V do CPC, por ser embasada em raciocínio razoável, de modo que não cabe a rescisão do julgado com base naquele dispositivo. Finalmente, o texto da norma processual estabelece de maneira taxativa as hipóteses de cabimento da ação rescisória, e a ofensa ao entendimento jurisprudencial simplesmente não é uma delas.

Deste modo, é possível concluir que o Superior Tribunal de Justiça pode e deve conviver com diversas correntes jurisprudenciais referentes à interpretação da lei federal, e a consequente aplicação da mesma norma de diferentes maneiras perante os jurisdicionados, mesmo ferindo a equidade que deve nortear as relações jurídicas. A igualdade, portanto, deve ser sacrificada em prol da estabilidade e da segurança jurídica representadas por uma decisão judicial transitada em julgado.

Ultrapassado este relato, passamos a expor nosso entendimento acerca do assunto em tela.

Entendemos que a análise da Súmula 343/STF perante o Superior Tribunal de Justiça deve basear-se, antes de mais nada, no conceito de norma, para fins de interpretação do artigo 485, V do Código de Processo Civil.

De fato, a decisão que "violar literal disposição de lei", em termos práticos, nada mais é que uma decisão que viola uma norma – afinal, é perfeitamente possível que o correto significado de uma determinada regra esteja não em sua interpretação literal, mas em uma interpretação sistemática ou teleológica do texto legal. É também possível afirmar que a ofensa que enseja a res-

cisória não é apenas a violação das disposições explícitas do texto legal, mas também o desrespeito ao seu sentido inequívoco que não esteja, necessariamente, explícito naquele texto: veja-se o entendimento de Pontes de Miranda[12] acerca deste ponto.

> "a expressão 'erro contra literam', ou violação da regra (ou texto) literal de lei, nenhuma referência tem a ser escrito ou não-escrito o direito (...) 'Contra ius, contra literam' são sinônimos, e mais largos que contra 'ius expressum'. De modo que pode haver ação rescisória ainda quando a infração do direito concerne àquelas regras sujeitas a interpretação, ou quando se trata de costume ou direito extravagante ou singular, ainda que não notório. A infração da 'ratio legis', com infração da regra jurídica ('contra literam') não escapa ao art. 485, V"

Ou seja, a ofensa à norma pode ou não coincidir com a violação da lei em sua interpretação literal. Para aquele autor, o erro 'contra literam' deve ser entendido como erro 'contra ius', ou seja, o erro contra literal disposição de lei deve ser entendido como erro contra o direito, e não somente como erro à interpretação literal da lei.

> "ainda quando o juiz decide 'contra legem scriptam', não viola o direito, se a sua decisão corresponde ao que 'se reputa' o direito (...) O absolutismo da correlação necessária entre texto e direito, que o Estado despótico pregara, o Estado constitucional herdou e as chamadas escolas positivistas receberam como realidade permanente, por falta de conhecimento sociológico, foi aspecto de momento histórico"[12].

Com tais argumentos, é possível concluir que a ação rescisória não pode e não deve ser utilizada para impugnar decisões que ofenderam a lei em sua literalidade, mas, isto sim, pode e deve ser utilizada em situações em que a norma em si foi violada – sendo que esta norma deve ser resultado de trabalho interpretativo direcionado a um determinado texto legal.

O mesmo raciocínio, entendemos, também pode ser utilizado para afastar a divisão da violação da norma em aberrante ou razoável, para fins de acesso à ação rescisória. A norma, mesmo em razão do princípio da equidade, deve ser apenas uma, aplicável a todos os jurisdicionados: a divisão da violação às regras de direito em graus é artificial, desprovida de embasamento técnico, e não conta com critérios seguros para separar a violação em "literal" ou "não literal", para os efeitos do art. 485, V do CPC.

Finalmente, tal raciocínio ignora tanto o princípio da igualdade quanto a função institucional do Superior Tribunal de Justiça, que, afinal, deve unificar a interpretação da lei federal em todo o território brasileiro, nos termos da Constituição Federal de 1988.

Disto se conclui que a estabilidade jurídica não pode e não deve ser aplicada como impeditivo para a utilização da via rescisória, quando houver divergência jurisprudencial na aplicação da lei federal, especialmente para fins de acesso ao Superior Tribunal de Justiça; em um sentido muito específico, esta Corte tem a função de criar normas ao fixar a interpretação das leis federais, como bem define Danilo Knijnik[13].

> "já não se poderá dizer, efetivamente, que o Superior Tribunal de Justiça simplesmente 'declare' a solução mais adequada para determinados casos ou assuntos submetidos à sua jurisdição. Ele também estará criando ou adicionando algo de novo na formulação das regras jurídicas. Assim, o precedente judiciário, à vista da legislação moderna, assume papel decisivo."

Ultrapassadas as questões relativas à definição de norma, bem como ao conceito de violação de norma, para fins de acesso à ação rescisória, cabe apenas verificar qual papel cabe ao Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à realização de sua função institucional, quando do julgamento desta espécie de demanda.

Ou seja, cabe verificar qual deverá ser a atitude do STJ, ao receber uma demanda rescisória que vise desconstituir decisão que interpretou norma baseada em lei federal de maneira razoável, mas em descompasso com sua própria interpretação.

Neste ponto, devemos afirmar que a função unificadora da divergência jurisprudencial, no que diz respeito às normas federais, pode e deve ser exercida por esta Corte também nestes casos. E isto, em razão de seu papel na aplicação do princípio constitucional da igualdade para com os jurisdicionados, como estabelece Rodolfo de Camargo Mancuso[14].

> "Se o constituinte considerou a divergência jurisprudencial sobre questão federal como fundamento para o acesso ao STJ, via recurso especial, é porque julgou imperioso que a igualdade de todos os brasileiros perante a lei deve ser válida também no âmbito judiciário, isto é, quis que a igualdade se realizasse também em face da lei quando esta tenha o seu momento judicial, vindo interpretada pelo Judiciário na resolução dos casos concretos. (...) É dizer: a mensagem deixada pelo constituinte é no sentido de que os Tribunais devem laborar pela uniformização de sua jurisprudência, assim buscando a aproximação entre os valores do jurídico e do justo, de tal arte propiciando que o princípio da igualdade se realize em toda sua plenitude. No ponto, José Ignácio Botelho de Mesquita: 'Essa uniformidade contemporânea é uma exigência óbvia da igualdade de todos perante a lei. Não será igual para todos a lei que, para alguns, seja interpretada num sentido e, para outros, seja interpretada em sentido oposto. A unidade do sentido da lei é pressuposto da igualdade perante a lei. Por esta razão, constitui imperativo constitucional e dever indeclinável dos tribunais uniformizar a sua própria jurisprudência.'"

Portanto, também em sede de ação rescisória o Superior Tribunal de Justiça deve zelar pelo princípio da igualdade, afastando a assim denominada "doutrina da interpretação razoável", que já foi rejeitada no que diz respeito à aplicação da Súmula 400 do STF. Assim como o Supremo Tribunal Federal é responsável pela interpretação das normas constitucionais em todo o território brasileiro, zelando pela uniformidade em sua interpretação, também cabe ao Superior Tribunal de Justiça preservar, em todas as instâncias, a uniformidade das normas federais.

> "Esta posição ambígua do Superior Tribunal de Justiça não é digna de encômio e termina por demonstrar a falta de sensibilidade do Tribunal com sua função institucional de assegurar a uniformidade do direito federal. Talvez o Superior Tribunal de Justiça não tenha ainda percebido de que, a exemplo do que ocorre com o Supremo

> Tribunal Federal em matéria constitucional, é o STJ o responsável pela última e, consequente única, obrigatória e vinculante interpretação do direito federal infraconstitucional. A exemplo do que ocorre com o Supremo Tribunal Federal, que inicialmente afastou a aplicação da Súmula 400 e depois estendeu o mesmo entendimento para a Súmula 343, acreditamos e esperamos que o Superior Tribunal de Justiça, fazendo valer sua missão constitucional, também afaste a aplicação da Súmula 343 para admitir a propositura da ação rescisória quando a decisão transita em julgado afrontar entendimento jurisprudencial sedimentado no Tribunal, uniformizando a aplicação do direito federal e distribuindo a justiça ao conferir tratamento igual a situações jurídicas idênticas[15]."

Concluímos, considerando a argumentação acima exposta, que o STJ deve, sim, desconstituir, em sede de ação rescisória, decisão que interprete normas federais em desacordo com seu próprio entendimento sedimentado.

Cabe a esta Corte valer-se desta oportunidade para fazer prevalecer a autoridade das normas que o próprio Superior Tribunal de Justiça criou, em sua função de casa unificadora das interpretações referentes às leis federais. Apenas assim este Tribunal exercerá sua função constitucional a contento, e preservará o princípio da equidade.

REFERÊNCIAS

[1] STF - Recurso extraordinário 50.046, Ministro Relator Victor Nunes Leal, julgamento 5/04/1963.
[2] STF - Agravo de instrumento 30.500, Ministro Relator Pedro Chaves, julgamento 21/11/1963.
[3] (STF, AR 754, Min. Aliomar Baleeiro, DJ 27/09/1974)
[4] Código de Processo Civil: "Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V – violar literal disposição de lei;"
[5] STJ – AR 3.991/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 27/06/2012.
[6] STJ – AR 3.525/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 04/05/2009.
[7] FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. 4ª Ed. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2008, p. 682-683.
[8] RE 89.108, RTJ 101/207, voto do Min. Moreira Alves
[9] STF – Embargos de declaração no RE 328.812, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 06/03/2008.
[10] STJ – Recurso especial n.º 1.063.310 – BA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, j. 7/08/2008.
[11] Scarpinella CB. Curso sistematizado de direito processual civil: recursos. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5.
[12] Miranda P. Tratado da Ação Rescisória, Campinas: Bookseller, 1998.
[13] KNIJNIK, Danilo. O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça. RJ: Forense, 2005, p. 54.
[14] Mancuso RC. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
[15] Silva CA. Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2001.

AS MEDIDAS DE APOIO DO ART. 461 E O ANTEPROJETO DO NOVO C.P.C.

SUPPORTING MEASURES IN ART. 461 AND THE PRELIMINARY DRAFT OF THE NEW C.P.C

FRANCISCO DOS SANTOS DIAS **BLOCH**

Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Processo Civil pela PUC/SP - COGEAE, e graduado em Direito pela PUC/SP. Advogado atuante em São Paulo.

* * Rua Piauí, 650, apartamento 92, Bairro Higienópolis, São Paulo/SP – CEP 01241-000. Email. fsbloch@hotmail.com

Recebido em 27/02/2014. **Aceito** para publicação em 24/03/2014

RESUMO

O regime da execução das obrigações de fazer e de não fazer passou por diversas alterações, ao longo da vigência do Código de Processo Civil (C.P.C.) de 1973, com o objetivo de conferir maior celeridade e efetividade àquelas modalidades de prestação jurisdicional. O "caput" do art. 461 impôs ao juiz, a concessão da tutela específica: a sentença que der provimento ao pedido de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer deverá condenar o devedor a realizar, "*in natura*", implicando em "providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento". O Anteprojeto do novo C.P.C. manteve a estrutura estabelecida no atual art. 461 do Código, inclusive no que diz respeito à antecipação de tutela para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. Tais alterações deram maior poder ao juiz, mas, a nosso ver, deixaram de esclarecer questões relevantes discutidas na doutrina e na jurisprudência, que poderiam ter sido resolvidas neste momento, mas, em suma, as mudanças realizadas no Anteprojeto, no que diz respeito às medidas de apoio ao cumprimento das obrigações de fazer, foram pontuais, não estruturais, e mantiveram o sistema do artigo 461 do CPC. É possível afirmar que as alterações foram, de maneira geral, positivas.

PALAVRAS-CHAVE: Código Processo Civil, artigo 461, anteprojeto do novo C.P.C.

ABSTRACT

The regime of implementing obligations to do and not to do has undergone several changes throughout the duration of the Civil Procedure Code (C.P.C) in 1973 with the objective of providing greater speed and effectiveness of those modalities jurisdictional service. The "caput" of article 461 commanded the judge to grant specific tutelage: the sentence that accepts the request for compliance with obligations to do or not to do should condemn the debtor to perform, "*in natura*", implying "other measures to ensure the practical result equivalent to of due performance". The preliminary draft of the new C.P.C maintained the structure established in the current article 461 of the Code, including with respect to the early relief to satisfy the obligations to do and not to do. These changes gave greater power to the judge, but, in our view, failed to clarify relevant issues discussed in doctrine and jurisprudence, which could have been resolved at this time, but, in summary, the changes made in the draft, with regard to support measures for the fulfillment of obligations to do, were punctual, non-structural, and maintained the system of article 461 of the C.P.C. It is possible to state that the changes were, in general, positive.

KEYWORDS: Code of Civil Procedure, article 461, preliminary draft of the new C.C.P.

1. DESENVOLVIMENTO

ALTERAÇÕES RECENTES NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER E O ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O regime da execução das obrigações de fazer e de não fazer passou por diversas alterações, ao longo da vigência do Código de Processo Civil de 1973. O objetivo declarado destas mudanças foi o de conferir maior celeridade e efetividade àquelas modalidades de prestação jurisdicional, considerando as peculiaridades inerentes ao cumprimento de tais obrigações.

Em especial, as leis 8.952/94 e 10.444/02 alteraram a redação do artigo 461 do Código de Processo Civil, e, segundo a maioria da doutrina, eliminaram o arbítrio judicial na conversão das obrigações em espécie em perdas e danos.

> "Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

> § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.
> § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).
> § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.
> § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.
> § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.
> § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva[1]".

Nos termos da nova redação do texto legal mencionado, o "caput" do art. 461 impôs ao juiz, imperativamente, a concessão da tutela específica: a sentença que der provimento ao pedido de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer deverá condenar o devedor a realizar, "*in natura*", a prestação devida.

Note-se que esta é uma alteração radical com relação ao regime anterior, no qual o cumprimento das sentenças, em se tratando de condenação a obrigação de fazer ou não fazer, era executado apenas por meio do procedimento regulamentado pelos artigos 632 a 645 do CPC, que preveem a execução por terceiro ou pelo credor, mediante a aprovação de propostas pelo juiz.

Ou seja, nos termos do regime atual, o cumprimento da sentença condenatória, nas obrigações de fazer ou não fazer, implica em "providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento". Tais obrigações ainda poderão ser executadas nos termos dos artigos 632 a 645, seja em fase de cumprimento de sentença, seja quando da execução de título extrajudicial.
Isto significa que, em se tratando de procedimento de cumprimento de sentença, transitada em julgado a condenação, as providências determinadas na sentença, ou mesmo após aquela decisão, serão postas em prática por meio de mandado dirigido ao devedor ou por meio de autorização para as medidas a cargo do credor ou de terceiros sob sua direção, nos termos do artigo 249 do Código Civil.

> "Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.
> Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido[2]".

Assim, o credor poderá executar diretamente o trabalho e, após sua conclusão, apresentará nos autos as contas dos gastos efetuados e dos prejuízos acrescidos, para prosseguir na execução por quantia certa, nos termos do art. 644 do Código atual. E o juiz poderá adotar as diversas medidas estabelecidas no art. 461 do Código, para obter forçar o devedor a cumprir a obrigação de fazer ou não fazer.

Este procedimento parte do princípio segundo o qual as medidas de cumprimento devem ser, em regra, precedidas de autorização judicial, inseridas na sentença ou em decisão subsequente, salvo a hipótese do parágrafo único do art. 249 do CC.

E o juiz pode ainda adotar outras providências que, mesmo não sendo exatamente o fato devido, correspondam a algo que assegure o resultado prático equivalente ao do adimplemento (por exemplo, se não é possível consertar uma máquina defeituosa, ou um automóvel, o juiz pode determinar a substituição por um equipamento que funcione), inclusive em sede de antecipação de tutela.

Como se verá em detalhes adiante, o Anteprojeto do novo CPC manteve a estrutura estabelecida no atual art. 461 do Código, inclusive no que diz respeito à antecipação de tutela para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. Tais alterações deram maior poder ao juiz, mas, a nosso ver, deixaram de esclarecer questões relevantes discutidas na doutrina e na jurisprudência, que poderiam ter sido resolvidas neste momento.

O ART. 461 DO CPC DE 1973 E A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EXECUTIVA

O artigo 461 do CPC cria uma única diferença entre o procedimento ali descrito e o "procedimento comum: ordinário e sumário", estabelecido de forma ideal no Código de Processo Civil: trata-se da possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida, como se verifica pela leitura do §3.º daquele dispositivo.

Neste ponto, Cássio Scarpinella Bueno (2003)[3] recusa a classificação do procedimento estabelecido no art. 461 como "ação de conhecimento", em contraposição à "ação de execução", segundo a interpretação dos artigos 475-I e 644, considerando que tais atividades são "sincréticas" (e resultam em "processos sincréticos" ou "ações sincréticas").

> "Art. 475 – I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.
>
> Art. 644. A sentença relativa à obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo."

Assim, aquele autor conclui que o art. 461 descreve, ao mesmo tempo: a) atividades jurisdicionais voltadas à constituição de um título executivo judicial, e b) atividades jurisdicionais voltadas à realização concreta do direito reconhecido naquele título. E este "processo sin-

crético", baseado naquele dispositivo legal, possibilita a concessão da tutela pretendida de forma antecipada.

> "O que existe de peculiar no procedimento descrito no art. 461 em relação ao "procedimento comum: ordinário e sumário", na forma idealizada originalmente pelo Código de Processo Civil, é a possibilidade de os efeitos da tutela jurisdicional pretendida por aquele que provoca a jurisdição, rompendo com a sua inércia, serem antecipados (...)"[3].

A posição do autor é plausível, na medida em que o procedimento estabelecido pelo CPC vigente, em seu artigo 461, realmente fixa um método para a constituição de um título executivo judicial para posterior cumprimento, assim como uma série de possibilidades de cumprimento daquele título.

Mais relevante, o dispositivo legal estabelece a possibilidade de imediata constituição e execução do título executivo judicial, em sede de antecipação de tutela. Esta possibilidade foi mantida no Anteprojeto do novo CPC, como se verá adiante, e constitui um verdadeiro marco na antecipação da tutela judicial satisfativa no sistema processual civil brasileiro.

TUTELA SUBSTITUTIVA

As recentes alterações legislativas já mencionadas (leis 8.952/94 e 10.444/02), segundo a maioria da doutrina, resultaram na possibilidade de o credor exigir a tutela jurisdicional específica em se tratando de obrigações de fazer e não fazer, de modo que o juiz, como regra, não pode forçá-lo a se satisfazer com a indenização por perdas e danos.

Nos termos do parágrafo primeiro do artigo 461 do CPC, a obrigação irá se converter em seu equivalente econômico em apenas duas hipóteses:

a) quando o credor, diante do inadimplemento, prefira pleitear a reparação dos prejuízos, em lugar do cumprimento "in natura";

b) quando a prestação específica, por sua natureza ou pelas circunstâncias do caso concreto, se torne impossível, sendo também impossível a obtenção de resultado prático equivalente.

Há quem questione o poder do credor de exigir a reparação dos prejuízos nesta hipótese, considerando o princípio da menor onerosidade para o devedor, estabelecido no art. 620 do CPC: Ada Pellegrini Grinover (1996)[4], em particular, entende que o juiz tem poderes para contrariar a opção do credor pelas perdas e danos e forçá-lo a aceitar, mesmo tardiamente, a prestação específica, se esta corresponder à execução de forma menos gravosa para o executado.

Humberto Theodoro Júnior (2006)[5] considera que este não é o melhor entendimento, levando-se em conta o direito material aplicável à situação: fora a regra do art. 461, acima referido, o inadimplemento da obrigação cria para o credor a opção entre executar a obrigação específica ou convertê-la em perdas e danos. Vejam-se os artigos específicos do Código Civil e do Código de Processo Civil.

> "Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exeqüível[2]".

> "Art. 401. Purga-se a mora:
> I – por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta[1]

Ou seja, enquanto a mora for purgável, o devedor pode emendá-la pela oferta da prestação acrescida de perdas e danos.

Com a propositura da ação, entretanto, a mora se transformou em inadimplemento absoluto, e não há mais a oportunidade para o devedor contrariar a vontade do credor na demanda deduzida em juízo: o juiz não possui poderes para modificar o pedido do autor. Ademais, o art. 620, quando permite ao juiz escolher a forma menos gravosa de realizar a execução, pressupõe a existência de mais de um meio executivo para satisfazer a prestação a que faz jus o exequente.

Tal artigo não se aplica para alterar aquilo que a lei assegura ao exequente, e que somente ele tem poder de definir: o objeto da ação, o pedido. O juiz pode alterar apenas o caminho para satisfazer o pedido, com o fim de minimizar o sacrifício que a execução acarreta ao devedor.

Veja-se em particular, neste sentido, o entendimento de Eduardo Talamini (2003)[6].

> "O caráter instrumental do processo obsta que regras e princípios venham a alterar os desígnios do direito material. Portanto, já tendo havido violação do direito patrimonial disponível, seu titular é livre para optar pela tutela indenizatória."

Entendemos que o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior (2006)[5] e de Eduardo Talamini (2003)[6] está correto, acompanhando a doutrina majoritária e a jurisprudência.

O princípio da menor onerosidade em face do exequente, estabelecido no artigo 620 do CPC em vigor, e nos termos do próprio texto legal, aplica-se quando "por vários meios o credor puder promover a execução", e nesta situação "o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor".

Mas este dispositivo não altera o princípio segundo o qual a decisão judicial fica adstrita ao pedido formulado na peça inicial pelo autor da demanda, sendo este um reflexo do direito de ação, estabelecido no art. 5.º da Constituição Federal.

MEDIDAS DE APOIO E OS ATOS ATENTATÓRIOS AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

As medidas de apoio, previstas no artigo 461 do CPC, são aplicáveis em duas situações: a) quando for viável a obtenção da tutela específica (realização do exato fato devido) ou b) quando for possível a obtenção de resultado prático equivalente (realização de algum fato que, na

prática, equivalha ao fato inadimplido).

Ocorrendo uma destas situações, o juiz, na própria sentença condenatória (art. 461, §4.º) ou em ato subsequente (§5.º) adotará medidas acessórias ou de apoio, que reforcem a possibilidade de execução do julgado.

Dentre estas medidas encontram-se a multa diária (*astreinte*), que poderá ser imposta pelo juiz a requerimento do credor ou de ofício.

Outras medidas encontram-se previstas no §5.º do art. 461, tais como a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva (se necessário, com requisição de força policial) – note-se que tal enumeração é meramente exemplificativa, segundo o texto daquele dispositivo, de modo que o juiz possui poder para tomar outras providências.

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2006)[7], há apenas duas restrições às providências que o juiz pode tomar, além daqueles enumeradas exemplificativamente no artigo 461: a) *devem ser compatíveis com o tipo de obrigação a cumprir*, e b) *devem ser compatíveis com os princípios que fundamentam o devido processo legal*.

Cássio Scarpinella[3], por sua vez, admite a utilização de quaisquer medidas que se mostrem *necessárias, suficientes, adequadas e proporcionais à obtenção dos resultados desejados*.

Ainda segundo aquele autor, pode ser trazida ao rol das medidas de apoio a penalidade prevista no art. 14, V e seu parágrafo único, cujo descumprimento pode resultar em multa de até 20% sobre o valor da causa (esta figura pode ser comparada ao *contempt of court* do direito anglo-saxão). A lei, afinal, define tais atos como "atos atentatórios ao exercício da jurisdição".

> "Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:
> (...)
> V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.
> Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado."

Uma vez que tal multa tem natureza diversa daquela prevista no art. 461, nada impediria sua cumulação no caso concreto, visando à obtenção de resultados práticos que assegurem a maior satisfação possível do credor.

> "Como a multa prevista no parágrafo único do art. 14 tem natureza jurídica diversa daquele que é fixada com base no art. 461 (v.n. 4.1, infra), nada há que impeça sua cumulação diante das peculiaridades do caso concreto, visando à obtenção de resultados práticos que assegurem a maior satisfação possível do credor e, consequentemente, a efetividade a ser atingida pelo processo desde o seu "modelo constitucional" (v.n. 16 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Até porque o precitado dispositivo da lei processual civil é inequívoco quanto à incidência da multa que prevê "sem prejuízo de outras sanções, criminais, civis e processuais cabíveis[3]."""

Entendemos que o posicionamento do autor é discutível, pelos seguintes motivos.

A multa periódica estabelecida no art. 461 do CPC tem o objetivo de fazer cumprir uma determinada obrigação de fazer – trata-se de medida de apoio ao processo de cumprimento de decisões judiciais, visando criar no ânimo do devedor o interesse em cumprir seu dever. Como tal, esta multa possui características específicas, como a possibilidade de alteração de sua periodicidade e de seu valor em qualquer momento (§6.º).

Já a multa fixada no art. 14 do mesmo Código tem por objetivo punir a parte pelo descumprimento das ordens judiciais, ou por criar embaraços à sua efetivação. Trata-se de penalidade propriamente dita, constituindo verdadeira sanção por um comportamento ilícito.

Neste sentido, e ao contrário de Scarpinella (2003)[3], entendemos que não é possível a cumulação das multas fixadas nos artigos 461 e 14 do CPC "visando à obtenção de resultados práticos que assegurem a maior satisfação possível do credor", uma vez que este não é o propósito da norma legal inserida no último artigo.

De fato, a penalidade estabelecida no art. 14 do Código de Processo Civil vigente possui natureza processual totalmente distinta das *astreintes*, e com estas não deve ser confundida. O *contempt of court*, ato que enseja tal sanção, é definido por Ada Pelegrini Grinover da seguinte forma:

> "à prática de qualquer ato que tenda a ofender um juiz ou tribunal na administração da justiça, ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem[8]".

Um determinado ato processual ou extra-processual pode dar azo à aplicação da multa diária, como forma de estimular o devedor recalcitrante a cumprir voluntariamente sua obrigação, e ao mesmo tempo poderá implicar em uma ofensa à autoridade judiciária, ensejando a penalidade pelo *contempt of court*.

Mas esta última sanção não constitui um meio de estímulo ou desestímulo a certo comportamento. Trata-se de uma penalidade por determinada ação ou omissão, que não guarda relação alguma com o comportamento futuro da parte e, portanto, ao contrário do que ocorre com as *astreintes*, não poderá ser simplesmente alterada ou revogada por decisão posterior, ressalvados eventuais recursos.

MULTA PERIÓDICA

A multa por atraso no cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer cabe tanto na sentença quanto em decisão interlocutória de antecipação de tutela – e cabe, também, em decisão incidental na fase de cumprimento

de sentença, se esta não a houver estipulado.

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2006)[5], é esta a explicação para a dupla menção à multa, nos §§ 4.º e 5.º do art. 461: a) no primeiro deles há a previsão de aplicar a multa no ato de impor a realização da prestação devida, quando do deferimento da antecipação de tutela ou em sentença; b) na segunda hipótese, a multa é mencionada como uma das medidas de apoio que o juiz pode utilizar para tornar efetiva a condenação já proferida.

Note-se que não há definitividade na imposição e na estipulação do valor da *astreinte*, mesmo porque estes valores não integram originariamente o crédito da parte: trata-se de um instrumento legal de coerção, utilizado para apoiar a prestação jurisdicional executivo.

Não há, assim, coisa julgada na decisão que impõe a multa, e que impõe seu valor, ou sua periodicidade. É este o motivo pelo qual o §6.º do art. 461 autoriza o juiz a qualquer tempo, e de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da *astreinte*, caso esta torne-se insuficiente ou excessiva.

> "Não há definitividade, outrossim, na imposição e arbitramento da *astreinte*, mesmo porque não se trata de verba que integra originariamente o crédito da parte, mas de simples instrumento legal de coerção aplicável em apoio à prestação jurisdicional executiva. É por isso que não há de pensar-se em coisa julgada na decisão que a impõe ou que lhe define o valor, ou lhe determina a periodicidade (o §4.º fala em "multa diária", já o §5.º, em "multa por tempo de atraso"; o que indica a possibilidade de o juiz adotar periodicidade que não seja a diária). E é em consequência desse feitio apenas coercitivo da multa que o §6.º do art. 461 autoriza o juiz, a qualquer tempo, e de ofício, a modificar o valor ou a periodicidade da *astreinte* caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva[5]".

Ainda, e pelo fato de a multa ser uma simples medida de apoio, não poderá ser imposta caso a obrigação (ou seu resultado prático equivalente) resultar impossível.

Assim, caso o juiz verifique que a prestação tornou-se impossível, ou já era impossível à época da sentença, jamais poderá manter a multa indevidamente estipulada pelo inadimplemento da obrigação de fazer – mas poderá, ao determinar a conversão da obrigação em perdas e danos, aplicar a multa específica da execução por quantia certa (art. 475-J).

Porém, se a impossibilidade foi superveniente à condenação e deveu-se a fato imputável ao devedor, a multa, segundo Humberto Theodoro (2006)[5], subsistirá até a data em que a prestação tornou-se irrealizável. Nesta situação, o credor poderá executar as perdas e danos resultantes da obrigação de fazer em seu equivalente econômico, acrescido da multa (arts. 287 e 461, §2.º).

> "Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, §4º, e 461-A)"[1].

[1] Código de Processo Civil

Ainda segundo Humberto Theodoro Júnior (2006)[5], a imposição de multa coercitiva só é aplicável em obrigações fungíveis, ou seja, aquelas cuja prestação pode ser realizada por terceiro ou substituída por "resultado prático equivalente". Este entendimento é embasado na leitura do art. 247 do Código Civil.

> "Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exeqüível"[2].

Em se tratando de obrigações infungíveis, portanto, a sanção pelo descumprimento da obrigação é a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos, não podendo o credor impor-lhe multa como meio de coação à realização da prestação específica.

Este entendimento não é pacífico na doutrina e na jurisprudência: em especial, e considerando o caráter intimidatório da multa, o STJ entende ser possível aplicá-la ao devedor que se recusa a cumprir obrigação infungível (Recurso Especial 482.094/RJ), e Cássio Scarpinella Bueno (2003)[3] concorda com esta posição.

Mesmo nesta situação, entretanto, Scarpinella (2003)[3] admite que a multa, por ter caráter intimidatório, não pode perdurar indefinidamente caso demonstre ser ineficaz, e também não pode ser fonte de enriquecimento ilícito para o credor da obrigação.

MOMENTO DA EXECUÇÃO DA MULTA PERIÓDICA

Segundo a jurisprudência, a *astreinte* definida em sentença poderá ser executada a partir do trânsito em julgado, ou seja, a partir de quando seja possível a execução provisória: exige-se, assim, que ocorra um procedimento de execução da prestação principal para então, definido o inadimplemento, haver a incursão na pena coercitiva da *astreinte*.

Humberto Theodoro (2006)[5] e Cássio Scarpinella (2003)[3,5], por outro lado, entendem que não se pode negar imediata executividade à multa imposta para cumprimento da tutela antecipada, uma vez que esta se cumpre de plano, nos mesmos moldes da execução provisória (art. 273, §3.º).

Nestes casos, entretanto, é necessário apurar a liquidez e certeza da pena antes de exigi-la: o devedor, assim, deverá ser intimado a cumprir a medida estabelecida em antecipação de tutela, e o credor terá de provar o inadimplemento, bem como o tempo de duração do inadimplemento.

Humberto Theodoro (2006)[5] afirma ser necessário para tanto um simples incidente processual, nos moldes da liquidação de sentença (arts. 475-A a 475-H), sujeito a uma decisão interlocutória, recorrível por meio de agravo – e a execução também será sumária, havendo o "cumprimento" da sentença nos termos do art. 475-J e seguintes (a multa em questão é embasada, inegavelmente, em título executivo judicial). Portanto, pode haver execução da multa cominatória tanto em face da decisão de

antecipação de tutela quanto da sentença definitiva, mas no primeiro caso a execução será provisória, nos termos dos arts. 273, §3.º e 558.

Este autor conclui, assim, que no caso de a sentença final decretar a improcedência do pedido, a quantia da multa exigida em antecipação de tutela deverá ser restituída ao executado.

A multa diária pode ser superior ao valor da obrigação que se pretende fazer cumprir, em razão de seu caráter de sanção, e seu beneficiário é o credor, não o Estado ou a União Federal, ao contrário do que ocorre com o artigo 14 do CPC (Recurso Especial 770.753/RS).

Cássio Scarpinella (2003)[3] entende que a multa jamais poderá servir como uma fonte de enriquecimento ilícito do credor, e não poderá, igualmente, assumir caráter indenizatório, não podendo perdurar indefinidamente: não havendo o acatamento da determinação judicial, apesar da penalidade, esta deve ser alterada, ou deve ser tomada outra medida de apoio visando a obtenção da tutela específica.

Caso nenhuma das medidas de apoio leve à obtenção da tutela específica, o autor poderá requerer ao juiz a adoção de outras medidas visando "obter resultado prático equivalente", e, em sua impossibilidade, o caso é de conversão da obrigação em perdas e danos.

Por outro lado, Cássio Scarpinella (2003)[3] entende que exatamente em função da natureza das *astreintes*, estas, quando estabelecidas antecipadamente, subsistem mesmo quando a decisão final é desfavorável ao exeqüente: pensamento diverso iria esvaziar a fixação da penalidade.

E é igualmente aplicável à execução da multa estabelecida de forma antecipada, o disposto no art. 475-O, no sentido de que aquele que se beneficia dos efeitos antecipados da tutela jurisdicional responde objetivamente pelos danos que vier a causar. Portanto, e novamente segundo Cássio Scarpinella (2003)[3], o executado poderia repetir do exequente o valor da multa já paga.

PRISÃO

Discute-se, na doutrina, a possibilidade de o juiz determinar a prisão do executado, com o fim de compeli-lo a cumprir a obrigação de fazer ou deixar de fazer algo.

A prisão civil, nos termos do art. 5.º, inciso LXVII da Constituição Federal, é válida apenas para o depositário infiel e em caso de inadimplemento da pensão alimentícia.

O STF (HC 87585/TO) entende que a assinatura, pelo Brasil, do Pacto de San José da Costa Rica excluiu a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, pois aquele acordo só permite a prisão civil por alimentos e deve ser recebido com status constitucional, conforme o disposto no art.5.º, § 3.º da Constituição (a lei posterior revoga parcialmente a lei anterior).

O cerne da discussão é o seguinte: cabe verificar em que medida pode-se conciliar os princípios que garantem a liberdade individual, e a efetividade da jurisdição.

Cássio Scarpinella (2003)[3] defende o cabimento da prisão civil em casos específicos, cujas peculiaridades a justifiquem como a única forma possível, ao menos em tese, para compelir o destinatário da ordem judicial a acatá-la, e desde que frustradas todas as outras formas possíveis de conduzir a tal resultado. Segundo aquele autor, a prisão civil deve ser necessária, adequada e concretamente justificável para tutelar um interesse de maior ou igual estatura à liberdade garantida pelo art. 5.º, inciso LXVII da Constituição Federal.

O mesmo autor defende que referida norma proíbe a prisão civil por dívida, de modo que todas as outras formas de prisão civil seriam permitidas.

ALTERAÇÕES FORMULADAS NO ANTEPROJETO DO NOVO CPC.

O Anteprojeto do novo CPC não alterou de maneira radical o regime das medidas de apoio ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer.

As alterações realizadas, entretanto, abrirão novas discussões a respeito do assunto, tanto no campo processual, quanto no que diz respeito à responsabilidade do credor pela efetivação de tais medidas. Mais importante, o Anteprojeto não encerrou determinadas discussões doutrinárias relevantes sobre a matéria, especialmente no que diz respeito (i) à manutenção ou não das *astreintes* concedidas em antecipação de tutela em caso de improcedência do pedido final, (ii) à possibilidade de fixação de prisão civil por descumprimento de ordem judicial, (iii) quanto à possibilidade de cumulação das *astreintes* com eventual penalidade aplicável em razão do *contempt of court*; e (iv) à possibilidade ou não de utilização das medida de apoio para forçar o cumprimento de obrigações infungíveis.

Vejam-se os dispositivos pertinentes do Anteprojeto do novo CPC.

> "**Art. 502.** Para cumprimento da sentença que reconheça obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do credor, podendo requisitar o auxílio de força policial, quando indispensável.
> *Parágrafo único.* Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa por tempo de atraso, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, a intervenção judicial em atividade empresarial ou similar e o impedimento de atividade nociva.
>
> **Art. 503.** A multa periódica imposta ao devedor independe de pedido do credor e poderá se dar em liminar, na sentença ou na execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para o cumprimento do preceito.
> § 1º A multa fixada liminarmente ou na sentença se aplica na execução provisória, devendo ser depositada em juízo, permitido o seu levantamento após o trânsito em julgado ou na

> pendência de agravo contra decisão denegatória de seguimento de recurso especial ou extraordinário.
> § 2º O requerimento de execução da multa abrange aquelas que se vencerem ao longo do processo, enquanto não cumprida pelo réu a decisão que a cominou.
> § 3º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:
> I – se tornou insuficiente ou excessiva;
> II – o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.
> § 4º A multa periódica incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.
> § 5º O valor da multa será devido ao autor até o montante equivalente ao valor da obrigação, destinando-se o excedente à unidade da Federação onde se situa o juízo no qual tramita o processo ou à União, sendo inscrito como dívida ativa.
> § 6º Sendo o valor da obrigação inestimável, deverá o juiz estabelecer o montante que será devido ao autor, incidindo a regra do § 5º no que diz respeito à parte excedente.
> § 7º O disposto no § 5º é inaplicável quando o devedor for a Fazenda Pública, hipótese em que a multa será integralmente devida ao credor.
> § 8º Sempre que o descumprimento da obrigação pelo réu puder prejudicar diretamente a saúde, a liberdade ou a vida, poderá o juiz conceder, em decisão fundamentada, providência de caráter mandamental, cujo descumprimento será considerado crime de desobediência[10]".

A leitura do texto acima permite concluir que o Anteprojeto do novo CPC manteve a estrutura do cumprimento de sentença relativo à obrigação de fazer e não fazer do Código atual, especialmente no que diz respeito à obtenção do "resultado prático equivalente".

Cabe reiterar, entretanto, determinadas críticas dirigidas ao poder de o juiz determinar de ofício a utilização das medidas de apoio, poder este que foi mantido integralmente no Anteprojeto.

Em primeiro lugar, a multa periódica, nos termos do art. 503 do Anteprojeto, pode ser concedida de ofício mesmo em sede liminar. A utilização desta prerrogativa pelo juiz pode dar margem à responsabilização do credor, em caso de julgamento, ao final, pela improcedência da demanda, ou de perda da eficácia da medida, sem que o credor tenha admitido (ou sequer requerido) a antecipação da tutela pretendida, nos termos do art. 282, I e III, do próprio Anteprojeto (esta mesma responsabilização é estabelecida no art. 475-0 do CPC atual).

> **"Art. 282.** Independentemente da reparação por dano processual, o requerente responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a efetivação da medida, se:
> I – a sentença no processo principal lhe for desfavorável;
> II – obtida liminarmente a medida em caráter antecedente, não promover a citação do requerido dentro de cinco dias;
> III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer dos casos legais;
> IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou da prescrição do direito do autor.
> *Parágrafo único.* A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida[10]".

Entendemos que o texto do "caput" do art. 503, neste ponto, deixa de atender ao princípio da adstringência da prestação jurisdicional ao pedido formulado pelo autor, o que implica igualmente em vício de inconstitucionalidade por ofensa ao próprio direito de ação, garantido pelo art. 5.º da Constituição Federal.

Em última análise, cabe ao autor da ação definir qual prestação jurisdicional irá demandar, e, também, em qual momento pretende recebê-la: não nos parece razoável permitir ao juiz forçar o cumprimento imediato de uma obrigação por meio da multa diária, sem pedido expresso do autor, sendo que apenas este último, ao final, responderá por eventuais prejuízos.

A mesma crítica pode ser feita às hipóteses "excepcionais" nas quais o juiz pode conceder outras medidas urgentes de ofício, nos termos do artigo 284 do Anteprojeto ("Art. 284. Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, poderá o juiz conceder medidas de urgência de ofício"). Certas medidas, especialmente a intervenção judicial em atividade empresarial, podem causar prejuízos gravíssimos, muito superiores ao eventual cumprimento de uma obrigação, ou a uma eventual execução provisória de multa periódica – entendemos que cabe apenas ao autor da demanda avaliar o risco, e a conveniência, de requerer tais providências.

Por outro lado, algumas alterações foram a nosso ver bem formuladas no texto do Anteprojeto, como a possibilidade expressa de se realizar a execução provisória das *astreintes* (o que já era admitido pela doutrina e por boa parte da jurisprudência, como visto acima), e a fixação do momento processual adequado para seu levantamento, antes do trânsito em julgado da demanda.

O estabelecimento de um limite ao valor total da multa periódica até o montante equivalente ao da obrigação, a partir do qual os valores serão devidos à Fazenda Pública, a nosso ver também é uma mudança bem vinda, por atender ao princípio de direito material segundo o qual deve-se evitar o enriquecimento ilícito. Trata-se de uma possibilidade utilizada pelo sistema processual civil Norte-Americano, que pode perfeitamente ser adaptada ao sistema brasileiro.

Em suma, as mudanças realizadas no Anteprojeto, no que diz respeito às medidas de apoio ao cumprimento das obrigações de fazer, foram pontuais, não estruturais, e mantiveram o sistema do artigo 461 do CPC. É possível afirmar que as alterações foram, de maneira geral, positivas.

Entendemos, entretanto, que a possibilidade de utilização destas medidas pelo juiz, de ofício, deveria ser restringida ou até mesmo banida, tendo em vista o princípio da adstringência da prestação jurisdicional ao pedido e, principalmente, tendo em vista a responsabilidade da parte pelos prejuízos decorrentes da implementação de tais providências.

REFERÊNCIAS

[1] Código de Processo Civil de 1973.
[2] Código Civil (2002).

[3] Bueno CS. “Curso Sistematizado de Processo Civil”, 2ª Edição, Ed. Saraiva, 2003
[4] Grinover AP. “Tutela Jurisdicional nas Obrigações de Fazer e Não Fazer”, *in* “Reforma do Código de Processo Civil”, São Paulo, Saraiva, 1996
[5] Júnior HT. “Curso de Direito Processual Civil”, 40ª Edição, Ed. Forense (2006)
[6] Talamini, Eduardo. “Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer”, 2ª Ed., Ed. RT, 2003
[7] Júnior HT. “Processo de Execução”, 17ª Edição, Edição Universitária de Direito. (1994)
[8] Ada Pelegrini Grinover, “Abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court”, in “A Marcha do Processo”, RJ-SP: Forense Universitária, 2000, PP. 62-69
[9] Anteprojeto do Novo CPC (dezembro de 2012).

A CIDADE ANTIGA DE FUSTEL DE COULANGES: UM ESTUDO DAS BASES LEGITIMADORAS DO DIREITO NA ANTIGUIDADE

THE ANCIENT CITY OF FUSTEL COULANGES: A STUDY OF THE BASIS OF THE LAW IN ANCIENT LEGITIMATING

DOUGLAS RAPHAEL MACHADO **GOBATO**[1]

1.Professor de História e pesquisador do Laboratório de Estudos Antigos e Medievais (LEAM) vinculado ao Departamento de História da Universidade Estadual de Maringá.

Professor de História e mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Estadual de Maringá. Como pesquisador, é membro integrante do Laboratório de Estudos Antigos e Medievais (LEAM) vinculado ao departamento de História da UEM.

* Endereço do autor para correspondência: Rua Flamboyant, 1279. Jardim Vitória - Maringá, PR - Brasil. CEP: 87023-550. douglas_gobato@hotmail.com

Recebido em 19/032013. **Aceito** para publicação em 02/04/2014

RESUMO

Em *A Cidade Antiga,* o historiador francês do século XIX, Fustel de Coulanges, estuda a formação e o desenvolvimento da cidade-estado antiga a partir de uma análise das ideias religiosas que lhe legitimavam. Segundo o autor, graças a uma série de revoluções sociais e a transformação das instituições familiares, o direito natural coletivo emancipou-se parcialmente do direito privado, pautado na religião e circunscrito ao âmbito familiar. Essa mudança no caráter da justiça insere-se em um contexto mais amplo de transformações sociais que precisa ser considerado ao se estudar as bases legitimadoras do direito na antiguidade.

PALAVRAS-CHAVE: História do direito, Fustel de Coulanges, *A Cidade Antiga*.

ABSTRACT

In “The Old Town”, the French historian of the nineteenth century, Fustel de Coulanges, studies the formation and development of the ancient city-state from an analysis of the religious ideas that legitimized him. According to the author, due to a variety of revolutions changes in family and social institutions, the natural collective law emancipated himself partially private law, based on religion and confined to the family context. This change in the character of justice inserted himself in a broader context of social transformations been considered when studying the legitimating foundations of law in antiquity.

KEYWORDS: History of law, Fustel de Coulanges, The Ancient City.

1. INTRODUÇÃO

O historiador francês, Numa Denis Fustel de Coulanges (1830–1889)[1]é considerado um dos principais representantes da História Erudita[2*] do século XIX. Foi nomeado em 1860 para a cadeira de História da Faculdade de Letras de Estrasburgo e posteriormente, em 1875, chamado para a Sourbone, onde três anos depois fora criado para ele uma cadeira de História Medieval, na qual permaneceu até a data de sua morte[3]. *A Cidade Antiga* é sua primeira grande obra, publicada pela primeira vez em 1864 e considerada um dos clássicos da historiografia moderna. Em seu texto, Coulanges faz um estudo sobre a religião, as leis e as instituições greco-romanas a fim de compreender a evolução da cidade-estado na antiguidade. Outra obra que merece destaque é sua *Histoire dês Institutions Politiques de l'Ancienne France de 1875*,onde estuda as raízes das instituições políticas da França através de uma análise que remonta a conquista da Gália pelos romanos. Em seguida, trata dos mecanismos político-administrativos que estabeleceram o reino merovíngio a partir da combinação de elementos germânicos e latinos[4].

Ao introduzir o texto de *A Cidade Antiga*, Fustel de Coulanges nos chama a atenção para uma questão metodológica importante. A despeito do legado da antiguidade clássica, que em diversos aspectos influiu sobre a

[*]Por História Erudita, entendemos o amplo movimento de erudição e desenvolvimento de um método científico na construção do conhecimento histórico. Esse processo, remonta ao século XVI, quando os historiadores passaram a empregar técnicas mais consistentes e rigorosas na análise dos documentos e a questionarem-se sobre a natureza de seu ofício. Vid. *A História Erudita de Mabillon a Fustel de Coulanges* In. Guy Bourdé e Hervé Martin. As Escolas Históricas, pág. 61-79. No século XIX, a História Erudita seria grandemente influenciada pela “filosofia positivista” de Auguste Comte, que buscava a certeza apenas nas aquisições das ciências e de seus métodos, recusando-se a separa-las da sua utilidade humana e de sua ancoragem na história. Vid. COMTE, Auguste In. Noëlla Baraquin e Jaqueline Laffitte, Dicionário Universitário dos Filósofos, p. 69-71. Fustel de Coulanges, é herdeiro dessa tradição erudita e contribuiu para o aprimoramento de um método científico que na segunda metade do século XIX se consolidaria na Escola Metódica ou Positivista.

sociedade contemporânea, precisamos considerar as instituições antigas como resultado de um contexto sócio histórico particular. Assim nos diz o autor:

> "Tudo o que de Gregos e Romanos conservamos e por estes nos foi legado faz-nos ver quanto a esses povos nos assemelhamos; pesa-nos, pois, ter de considerá-los como povos estrangeiros [...] A ideia formada sobre Grécia e Roma muitas vezes perturba as nossas gerações. Por uma observação errada das instituições da cidade antiga, imagina-se poder fazê-las reviver entre nós nas leis da atualidade"[5].

Assim, o autor nos orienta a evitarmos anacronismos: "para que haja um verdadeiro conhecimento destes povos antigos, torna-se prudente estudá-los sem a preocupação de ver neles homens da nossa gente [...][6].

2. DESENVOLVIMENTO

As crenças antigas e a constituição do direito familiar

Analisando os costumes religiosos greco-romanos, nosso autor procura por indícios que revelem as ideias que deram origem a suas instituições sociais. Assim, nos diz:

> "Até os últimos tempos da história da Grécia e de Roma, vemos persistir entre o homem do povo determinado conjunto de pensamentos e de usos, por certo datando de época muito afastada, mas em que já poderemos reconhecer as ideias primitivas concebidas pelo homem quanto à sua própria natureza, à sua alma, e sobre o mistério da morte"[7].

As crenças religiosas do homem primitivo em tudo se relacionavam com sua condição após a morte. Aqueles que morriam não deixavam de habitar o mundo dos vivos. Os antepassados tornavam-se deuses domésticos, adorados por meio de cerimônias e sacrifícios[8]. Em troca, protegiam os membros da família, garantindo boas colheitas e afastando os inimigos. Dentro da casa, o fogo sagrado que representava os parentes falecidos, era mantido acesso, em sua presença não se praticava ato impuro e não se admitia a presença do estrangeiro[9]

A religião primitiva era propriedade da família, suas regras só se aplicavam a seus membros e condicionavam cada aspecto de suas vidas. A propriedade da terra, por exemplo, só era assegurada mediante cerimônias religiosas que estabeleciam marcos sagrados ao seu redor. Entre os domínios de duas famílias, havia um espaço de terra inviolável que impedia que uma não tocasse o solo sagrado do outra. As sementes só poderiam ser plantadas após respeitados certos ritos religiosos, da mesma forma outras cerimônias celebravam as colheitas. Os deuses acompanhavam os nascimentos, os casamentos e os sepultamentos. À religião tudo se reportava.

Esse tipo de religião que se desenvolveu no âmbito familiar tinha um caráter exclusivista, em nada admitia o estrangeiro, sua presença era um perjúrio. Tudo que pertencesse à família fossem escravos, filhos adotivos, ou bens materiais, precisavam ser conhecidos e autorizados pelos deuses tutelares. Nesse sentido, nos diz o autor: "O que uniu os membros da família antiga foi algo de mais poderoso que o nascimento: o sentimento ou a força física; na religião do lar e dos antepassados se encontra esse poder"[10].

Toda família possuía suas leis, cujas singularidades derivavam do próprio caráter de sua religião. Cada círculo familiar possuía seu legislador, juiz e sacerdote, todas as prerrogativas exercidas pelo patriarca. Além do *pater familis*, havia ainda a esposa, os filhos, as esposas dos filhos, os clientes e os escravos, fazendo com que uma família pudesse agremiar até centenas de pessoas. O pai era tradicionalmente o centro. Sua autoridade política e prerrogativas legais advinham de sua autoridade religiosa como pontífice. Tinha poderes para proferir sentenças capitais, como a pena de morte para membros da família ou a venda de seus filhos. Somente a religião limitava-lhe a autoridade[11].

A primeira instituição familiar estabelecida pela religião antiga foi o casamento[12]. A legislação a esse respeito exigia que toda mulher ao casar-se deveria ser desligada de seu culto doméstico e inserida no culto da família do esposo. Isso significava que a filha deixava de pertencer à família paterna e passava a integrar a do marido, cultuando os seus antepassados e por eles sendo protegida. O mesmo servia para o filho que se emancipava da casa de seu pai, este deveria ser adotado por outra família e inserido em seu culto. Não havia desgraça maior para um indivíduo que a perda dos laços religiosos. Assim, vemos que a religião não considerava laços de sangue, buscava apenas garantir a unidade da família e a perpetuidade do culto. No mesmo sentido, atuavam as leis que proibiam o celibato, permitiam o divórcio em caso de esterilidade da mulher e opunham-se ao testamento[13].

A extensão do Direito Privado: a criação das cidades

A religião exigia de cada família, cuidado e dedicação exclusivas, nenhuma ação ocorria em desacordo com seus preceitos. Segundo o autor, a estreiteza desta sociedade primitiva era um reflexo da própria pequenez que fazia da divindade[14]. No entanto, o homem não se contentou por muito tempo com estes deuses. Com o passar das gerações e o crescimento da população, aumentou a interação entre as famílias. Subterfúgios foram criados pelos indivíduos para que a aproximação uns dos outros não se fizesse em contravenção à religião familiar.

> "A religião doméstica proibia a duas famílias misturarem-se e confundirem-se. Mas era possível que muitas famílias, sem sacrificarem coisa alguma de sua religião particular, se unissem, pelo menos para a celebração de outro culto que lhes fosse comum"[15].

Essa união de várias famílias, que inicialmente formou a *fratria* grega e a *cúria* romana, pôs em marcha um

processo de agregação que só encontraria seus limites com a criação das cidades. A união de várias *fratrias*, formaram as tribos, que semelhante aos agrupamentos anteriores, possuíam assembleias, promulgavam decretos, tinham um tribunal e o direito de jurisdição sobre os seus membros, além de um chefe, o *tribunus phulodarileús*[16].Por fim, esses agrupamentos deram origem as cidades, como nos indica o autor:

> "A tribo, tanto como a família e a *fratria*, constituiu-se em corpo independente, com culto especial de onde se excluía o estrangeiro. Quando formada, nenhuma nova família podia nela ser admitida. Duas tribos de modo algum podiam fundir-se em uma só, porque a sua religião a isso se opunha. Mas assim como muitas *fratrias* estavam reunidas em uma só tribo, muitas tribos puderam associar-se, sob condição de o culto de cada uma delas ser respeitado. No dia que nasceu essa aliança nasceu a cidade"[17].

Na cidade, vemos o alargamento das instituições familiares e da própria natureza da religião. Os deuses tutelares, incorpóreos e de adoração exclusiva da família, passaram a coexistir com os deuses de aspecto físico, geralmente associados a forças da natureza, e cuja adoração estendia-se a toda a cidade. No mesmo sentido, a autoridade do rei levantava-se sobre todas as demais. Como sumo sacerdote da religião municipal, detinha poderes para atuar nos negócios da cidade, criando leis e supervisionando sua execução pelos magistrados. A justiça aos poucos se tornava mais homogênea e aplicável ao um conjunto maior de pessoas, no entanto, no âmbito familiar o comando do *pater familis* continuava sendo inquestionável. Só mais à frente, com os códigos de leis do século VII a. C. em diante, é que veremos a autoridade patriarcal recuar diante do direito público.

Esse alargamento nas fronteiras da religião e do direito privado, onde a religião da família passou a coexistir com a religião da urbe e o rei a dividir sua autoridade com os chefes de família, criou forças sociais até então desconhecidas que passaram a opor-se umas às outras, levando ao que Coulanges considera como revoluções sociais. Assim, nos diz:

> "Não podemos determinar de maneira genérica a época em que começaram estas revoluções. Julga-se, com efeito, não ter sido a mesma para as diferentes cidades da Grécia e Itália. O certo é que a velha organização começou a ser discutida e atacada quase em toda a parte, a partir do sétimo século antes de nossa era"[18].

As revoluções sociais

A primeira dessas revoluções desencadeou-se a partir da oposição entre as classes inferiores, que em Roma compunham a plebe, e a aristocracia, formada pelos *pater familis*. Sua principal consequência foi a retirada das prerrogativas políticas e legais do rei, conservando este apenas sua autoridade religiosa. Segundo o autor, essas revoluções se deram em toda a parte do mundo greco-romano, sendo seus resultados os mesmos em tudo lugar, o fim da realeza e a destituição dos poderes políticos do rei[19].

A perda de autoridade do monarca aproximou as disputas sociais entre plebeus e patrícios na luta por representatividade política e direitos sociais. Nesse sentido, as revoluções seguintes atuaram decisivamente na transformação das instituições familiares e no direito privado.

Conduzido pela aristocracia, esse primeiro momento de agitação não visou a destruição das instituições familiares, pelo contrário: "a aristocracia só trabalhou na revolução política com o fim de impedir uma revolução social e doméstica"[20]. Inevitavelmente, entretanto, a unidade familiar debilitou-se, as rivalidades entre os chefes familiares pelas magistraturas municipais e a luta das classes inferiores por direitos políticos foram responsáveis pelo enfraquecimento da *gens*[21].

A desagregação da família, que o autor considera como uma segunda onda revolucionária, fez desaparecer pouco a pouco em toda a parte o direito de primogenitura. Assim, nos diz Coulanges:

> "A *gens*itálica e os *génos* helênico perderam sua unidade primitiva. Os diferentes ramos separaram-se e cada um deles teve, daí em diante, o seu quinhão de propriedade, o seu domicílio, os seus interesses à parte e a sua independência"[22].

O episódio seguinte foi a conquista de direitos políticos pelos plebeus. A liberação dos clientes dos laços familiares, ainda uma consequência da segunda revolução, engrossou as fileiras da plebe, segmento social tradicionalmente a margem da lei e da política, impelindo-os a um enfrentamento contra governo aristocrático e as bases religiosas que sustentavam seu poder. Dois fatores foram preponderantes nesse processo. Primeiro, houve o enriquecimento de uma parcela da plebe, que passou a formar uma aristocracia de plebeus e a lutar por sua inclusão nas magistraturas da cidade[23]. Em segundo lugar, as reformas no exército levaram a infantaria, composta por plebeus, a sobrepujar em importância a tradicional cavalaria constituída por membros da aristocracia. Diante desses acontecimentos, a plebe chega ao poder em toda a parte. Em Roma, nem mesmo a mais alta magistratura (o consulado) escapou-lhes, a despeito de sua eleição ser fundamentada na religião.

A conquista de direitos políticos por segmentos da plebe alterou profundamente as instituições daquela sociedade proibitiva cujas leis e a religião se aplicavam apenas aos membros da família. Essa foi, de acordo com o autor:

> "[...] a última conquista da classe inferior, mas também a plebe nada mais tinha a desejar. O patriciado chegara à perda de sua superioridade religiosa. Já nada o distinguia da plebe; do patriciado nada mais ficara que um nome, uma recordação"[24]

As alterações no direito familiar e o desaparecimento do regime municipal

O principal efeito dessas revoluções sociais sobre as instituições jurídicas foi a ascensão do direito público

sobre o privado ou familiar. Segundo Coulanges, a lei, que anteriormente fora patrimônio sagrado das famílias, tornou-se propriedade comum de todos os cidadãos[25].

As leis de Sólon em Atenas (século VI a. C.) e o Código das Doze Tábuas romano (século V a. C.) revelam a ambiguidade que surgiu no direito antigo. Em ambas as legislações, vemos uma amálgama de leis que ainda obedeciam aos preceitos da religião e outras, de caráter público, que se divorciavam dos antigos costumes.

No código de Sólon, vemos uma diferença marcante se compararmos ao Código Draconiano, escrito apenas trinta anos antes[26]. Segundo Coulanges: "Drácon era um eupátrida; tinha todos os sentimentos de sua casta e 'estava instruído no direito religioso' [por isso] não parece ter feito outra coisa mais do que registrar por escrito os velhos costumes"[27].

Sólon, por sua vez, redigiu suas leis sem um momento de conquista de direitos pelas classes subordinadas. Assim, a primeira coisa que se nota é a presença de regras aplicáveis a todos os cidadãos indistintamente. Para o nosso autor, o Código de Sólon: "não estabeleceu distinção entre o eupátrida, o simples homem livre e o teta"[28].

Tomando como e exemplo a questão do testamento, proibida pela religião familiar, vemos no código ateniense a garantia do direito de testar concedida a todos os cidadãos. Por outro lado, a legislação não previa o mesmo direito para as mulheres. Um resquício proibitivo do direito familiar, que revela como a religião ainda exercia uma influência significativa sobre legitimação das instituições sociais.

No Código romano das Doze Tábuas, observamos o mesmo fenômeno. As leis continuavam a estabelecer o direito de sucessão por via masculina em caso de o pai não possuir descendentes. Os cognados, ou parentes por linha sucessória feminina, não possuíam qualquer direito sobre os bens da família[29]. Em contrapartida, dispensando-se a necessidade de uma parente distante, o código admitia a partilha dos bens da família entre os irmãos de sexo masculino. As leis também atuavam em direção a limitação da autoridade paterna. Ao contrário do direito privado, onde o pai poderia dispor de seu filho quando quisesse, o código romano exigia sua libertação após a terceira venda. A legalização do casamento plebeu é outro exemplo do enfraquecimento da autoridade religiosa[30].

Com a criação desses códigos de leis, a despeito dos obstáculos que se impuseram a sua consolidação, vemos uma transformação no caráter do direito antigo. Cada vez mais as leis distanciavam-se do direito privado, de caráter religioso, e aproximava-se do direito natural, inerente a condição do homem enquanto indivíduo. Notamos uma sobreposição parcial do direito público sobre o privado.

Outra consequência das revoluções refere-se à formação de uma aristocracia de riqueza, não mais pautada na religião, mas na acumulação. Essa nova configuração social deu origem à democracia, a qual nosso autor considera como uma quarta revolução e cujo modelo ateniense foi o mais significativo. A política tornou-se o centro da vida na cidade. As ideias religiosas não eram mais as únicas a legitimar as instituições sociais:

> "A política já não era como no regime precedente, negócio de tradição e de fé. Era preciso refletir e ponderar sobre as razões. A discussão era indispensável, porque sendo toda questão mais ou menos obscura, só a palavra podia iluminar a verdade"[31].

A democracia, entretanto, não aboliu os conflitos sociais. Pelo contrário, em Atenas surgiram os tiranos populares, que chegaram ao poder à revelia das autoridades republicanas, tomando em suas mãos o governo da cidade e administrando-a em favor de seus interesses. De todo modo, é preciso considerar que esses tiranos não tomaram o poder apoiados pela religião.

Na última parte do livro, Coulanges trata da ascensão de Roma, mostrando como suas conquistas aboliram o regime municipal por toda a parte. Curiosamente, as vitórias romanas não expandiram sua urbe, se a considerarmos como um agrupamento de leis e instituições circunscritas à Roma e cujos limites ainda eram preservados pela antiga religião:

> "O Estado romano, *civitas romana*, não se dilatava pela conquista; contava sempre só com as famílias que figuravam na cerimônia religiosa do censo. O território romano, *agerromanus*, não se estendia mais; continuava encerrado nos limites imutáveis que os reis lhes havia traçado e a cerimônia das Ambarvais santificava todos os anos. Somente duas coisas aumentavam em cada conquista: era a dominação de Roma, o *imperium romanum*, e o território pertencente ao Estado romano, o *agerpublicus*"[32].

Somente com a gradual expansão do direito de cidadania durante o Império, que as instituições romanas se estenderam para além dos limites de Roma e o estrangeiro finalmente adentrou a cidade antiga.

3. CONCLUSÃO

Vimos ao longo de *A Cidade Antiga* de Fustel de Coulanges, que através dos séculos da antiguidade a religião deixou de representar o único conjunto de ideias legitimadoras das instituições sociais. O direito natural lentamente caminhou para uma emancipação parcial do direito familiar. Sobre isso, no entanto, é preciso salientar que a separação da religião da prática da justiça e das demais instituições, jamais se completou na antiguidade. Pelo contrário, os antigos nunca conceberam sua vida sem a religião, jamais iniciaram suas assembleias públicas sem as cerimônias religiosas ou foram à guerra sem a prévia liberação de seus deuses. O processo de transformação do direito familiar que vimos de nenhum modo nos autoriza a pensarmos em uma laicização da sociedade, precisaríamos aguardar toda a Idade Média até a

Revolução Francesa do século XVIII, para falarmos de uma separação “total” entre as instituições religiosas e as de caráter político e jurídico.

REFERÊNCIAS

[1] Baraquin N, Laffitte J. COMTE, Auguste (1798-1857) In. Dicionário Universitário dos Filósofos. São Paulo: Martins Fontes, 2007; 69-71.

[2] Bourdé G, Hervé M. A História Erudita de Mabillon a Fustel de Coulanges In. As Escolas Históricas. Portugal: Europa-América, 1990; 61-79.

[3] Coulanges F. A Cidade Antiga. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

[4] Histoire des Institutions politiques de l'ancienne France by Fustel de Coulanges. The North American Review, Vol. 120, Nº. 247 (Apr., 1875):455-61.

[5] Nessa passagem, Coulanges procura mostrar que a percepção da Grécia e Roma que as pessoas tiveram desde o início da Revolução Francesa era falsa, e que as consequências desta concepção errônea trouxera consequências. “Iludem-se, assim quanto a noção de liberdade que tiveram dos antigos [...]” disse ele, “[...] destarte a liberdade entre os modernos tem corrido seus risos” (COULANGES, 1998, p. 2). O Autor acrescenta, ainda, que tais erros podem ser corrigidos somente por um estudo objetivo da história do mundo greco-romano que mostraria que as condições políticas modernas não são comparáveis a das sociedades antigas.
Disponível em http://www.encyclopedia.com/topic/Numa_Denis_Fustel_de_Coulanges.aspx.
Acessado em 06/03/2014.

[6] Pág. 2.

[7] Pág. 7.

[8] Pág. 14-18.

[9] Pág. 18-28.

[10] Pág. 36-37.

[11] Pág. 35-37.

[12] Pág. 37

[13] O direito de primogenitura, garantia a indivisibilidade do patrimônio da família. O filho mais velho herdava todos os bens, inclusive a obrigação de dar continuidade ao culto doméstico. Na falta de um herdeiro, era o parente mais próximo por sucessão masculina que assumia os encargos. Os juris consultos romanos entendiam esse processo por “agnação”. Pág. 52-56.

[14] Pág. 124.

[15] Pág. 124.

[16] Pág. 126.

[17] Pág. 134.

[18] Pág. 253.

[19] Pág. 267.

[20] Pág. 284.

[21] Pág. 286.

[22] Pág. 288.

[23] Pág. 310.

[24] Pág. 347.

[25] Pág. 350.

[26] Pág. 355.

[27] Pág. 355.

[28] Pág. 356.

[29] Pág. 351.

[30] Pág. 351

[31] Pág. 375.

[32] Pág. 426.