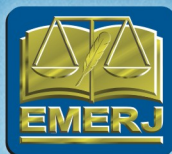


ISSN 1415-4951
(versão impressa)



Revista da

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Volume 4 n° 16 - 2001



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 4 - n. 16 - 2001
Outubro/Novembro/Dezembro

Rio de Janeiro

© 2001, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Sérgio Cavalieri Filho; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes; Des. Luiz Fux; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

Coordenação: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial da Assessoria de Publicações da EMERJ

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); Editoração: Márcio Alvim; Revisão: Suely Lima e Rosa Xerfan; Capa: Geórgia Kitsos e André Amora.
Editoração *website*: Jaqueline Diniz.

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Impressão: Infra-Estrutura Gráfica Banco do Brasil

Tiragem: 2.500 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 - Rio de Janeiro:
EMERJ, 1998.

v.

Trimestral -
ISSN 1415-4951

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

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20026-900 - Rio de Janeiro - RJ
Telefones: (21) 2533-6642 / 2533-5644 / 2588-3376 - Fax: (21) 2533-4860
www.emerj.rj.gov.br ♦ emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br



DIRETORIA DA EMERJ

Diretor-Geral

Des. Sérgio Cavalieri Filho

Conselho Consultivo

Des. Celso Guedes

Des. Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião

Des. Wilson Marques

Des. Sylvio Capanema de Souza

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

Des^a. Leila Maria Carrilo Cavalcante R. Mariano

Presidente do Conselho de Conferencistas Eméritos

Des. José Joaquim da Fonseca Passos

Diretor de Estudos e Ensino

Des. Luiz Fux

Supervisor das Coordenações de Área

Des. Sidney Hartung Buarque

Coordenador Administrativo

Des. Décio Xavier Gama

Coordenador Geral de Ensino

Paulo Roberto Targa

Chefe de Gabinete

Maria Alice da Cruz Marinho Vieira

A REVISTA DA EMERJ COMPLETA QUATRO ANOS

Temos a satisfação de apresentar mais um número da **REVISTA DA EMERJ**, o 16º, no quarto trimestre do seu quarto ano de vida. Está sendo mantida a regularidade da publicação trimestral que a ESCOLA DA MAGISTRATURA oferece a seus estagiários com a colaboração básica de seus expositores, mas aberta também para estudos jurídicos de magistrados em geral, de membros do Ministério Público e de advogados com experiência de ensino profissional. Neste número o consagrado professor de renome nacional, Desembargador José Carlos Barbosa Moreira, sempre presente nas atividades da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, discorre sobre o “Processo Civil entre Dois Mundos”, tema que foi objeto de sua participação na Aula Magna deste 2º Semestre Letivo da EMERJ. Segue-se a publicação de palestra proferida no mesmo dia, para estagiários e juízes vitaliciandos, pelo Professor Andrea Proto Pisani, da cátedra de Processo Civil da Universidade de Florença, Itália, que discorreu sobre o aspecto público e o privado do Processo Civil na Itália.

Desde que se iniciou a publicação desta Revista, procuramos servir de vínculo entre o nosso quadro de professores e seus numerosos estagiários, que já concluíram o bacharelado. Daí a participação maior de

Professores da Escola da Magistratura em suas páginas, que se apresentam também como instrumento de cultura da Escola para os profissionais da área jurídica.

Assinalamos, por outro lado, que o nosso corpo de expositores se acha empenhado em dar continuidade a um sistema de ensino, implantado a partir do início deste ano (2001), em que se busca mais eficiência do aprendizado, na conjugação do ensino teórico com os casos concretos colhidos em julgamentos dos Tribunais. A seleção do texto, que trata do caso específico, é acompanhada em cada aula pelos assistentes da matéria com estreita colaboração com o professor. A Revista quer externar seus agradecimentos aos caríssimos professores pela sua dedicação àqueles objetivos da Direção da EMERJ, inclusive com a entrega de seus estudos para divulgação neste volume.

D. X. G.

SUMÁRIO

O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO ENTRE DOIS MUNDOS

11

José Carlos Barbosa Moreira – Professor da UERJ e Desembargador do TJ/RJ

A vigência no Brasil das disposições do Livro III das Ordenações Filipinas para o Processo Civil, editadas em fins do século XVI e confirmadas por D. João IV. O Regulamento nº 737 de 1850 e sua sobrevida longa nos Estados que não se apressaram a elaborar seus códigos na forma da Constituição de 1891. A modernização do Processo Civil vinda com o Código de 1939 cuja estrutura se filia ao *civil law* e é fruto do sistema jurídico romano-germânico. O *habeas corpus* (Proc. Penal) vindo do Império e outras alterações até há três décadas até a curiosidade em relação institutos norte-americanos. O Mandado de Segurança e a controvertida questão de suas fontes históricas. As ações coletivas do *due process of law* na Constituição de 1988. As *class actions* e as ações coletivas. Os juizados especiais (*small claims courts*). A questão relevante no STF e o sistema de precedentes vinculativos (art. 103-A). A inércia do órgão judicial em matéria de instrução probatória, como regra no *common law* ao contrário do que ocorre no Brasil. Outras dissonâncias entre o processo civil brasileiro e o norte-americano, sendo certo que há sinais de encurtamento entre o processo de *common law* e o de *civil law*.

PÚBLICO E PRIVADO NO PROCESSO CIVIL NA ITÁLIA

23

Andrea Proto Pisani – Professor da Universidade de Florença

1. O componente privatista e o componente publicista no Processual Civil. 2. O Código de 1865 e o surgimento do componente publicista no processo através da obra de Giuseppe Chiovenda. 3. O Código de 1940 e a defesa acirrada dos civilistas processuais. A continuação da prevalência do componente publicista. 4. Público e privado no debate dos últimos anos. 4.1. A predeterminação legal das formas da cognição plena. 4.2. A oportunidade de introdução de um processo atípico simplificado. 4.3. A extensão do controle sobre os provimentos sumários. 4.4. A extensão da garantia do juiz natural. 4.5. Breve conclusão.

CLÁUSULAS ABUSIVAS

43

Luiz Roldão de Freitas Gomes – Professor da EMERJ e Desembargador do TJ/RJ

Sistema jurídico: “sistemas abertos *standards*” normas sem ranço, normas abertas fundadas na boa-fé. Critérios de classificação. Nosso Código de 1989 em confronto com a legislação italiana, num mundo sem ideologias. A era da globalização. O art. 51 do C.D.C. exemplificativo de cláusulas abusivas e o poder discricionário do juiz. Seus limites. A nulidade da cláusula não invalida o contrato.

ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

52

Letícia de Faria Sardas – Professora da EMERJ e Desembargadora do TJ/RJ

Introdução. Finalidade do Código de Defesa do Consumidor. Conceito de Consumidor e de Fornecedor. Conceito de produto e de serviço. Responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço. Conclusão.

RESPONSABILIDADE CIVIL CONSTITUCIONAL

60

Roberto de Abreu e Silva – Professor da EMERJ e Desembargador do TJ/RJ

A realização dos direitos fundamentais, incluindo o do respeito à dignidade do ser humano, a proteção à vida, à saúde, à segurança, à integridade corporal, à integridade patrimonial, como bens intangíveis. O Direito do Consumidor. A proteção do meio ambiente. A sanção por danos materiais e morais.

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

73

Nagib Slaibi Filho – Professor da EMERJ e Desembargador do TJ/RJ
Interpretação literal, ou gramatical, ou filológica, ou textual. Interpretação sistemática ou lógica. Interpretação histórica, ou atualista. Princípio da Hermenêutica. Interpretação constitucional. Proporcionalidade. Razoabilidade vs. proporcionalidade. Regras para interpretação do texto constitucional. O método da interpretação conforme a Constituição.

O JUIZ ATIVO PARA A JUSTIÇA EFETIVA

100

Luiz Felipe da Silva Haddad – Desembargador do TJ/RJ

O princípio publicista do Código de Processo Civil de 1939 explicitado na sua Exposição de Motivos. O art. 130 do C.P.C. atual que reafirma aquele caráter trazido pelo Código de 1939. As deficiências da advocacia e

Defensorias Públicas. A necessidade de ser acelerado o processo. O exa-
gero, contudo, dos demorados trâmites.

**O VALOR DA CAUSA E AS CUSTAS INICIAIS NO
MANDADO DE SEGURANÇA**

105

Leonardo Greco – Prof. de Direito Processual Civil da EMERJ e UFRJ

I. Considerações iniciais. II. O valor da causa como requisito da Petição
Inicial. III. Incorreta fixação ou ausência do valor da causa: nulidade ou
irregularidade. IV. Ausência ou incorreto recolhimento das custas. V. O
mandado de segurança.

**IMPUGNAÇÃO DO DESPACHO LIMINAR DA EXECUÇÃO: AGRAVO,
EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OU EMBARGOS?**

121

Geraldo da Silva Baptista Júnior – Juiz de Direito do TJ/RJ

1. Introdução. 2. As modalidades de despacho liminar. 3. Considerando a
natureza do despacho liminar positivo. 4. Os meios de impugnação. 5. Con-
clusões.

APOGEU E AGONIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

127

Oswaldo Henrique Freixinho – Juiz de Direito do TJ/RJ

A concretização do recado constitucional de livre acesso à Justiça com a Lei
nº 9.099/95. O congestionamento dos serviços. Os fatores negativos. As 477
novas ações em julho no XI JEC da Penha (Rio). Sugestões: medidas inibidoras
a desistência da ação permitida mesmo sem consentimento do réu. O gargalo
e incidentes da execução. Modificação dos art. 3º, 14, 20, 27 a 37 e 51 a 55.

**A EFETIVIDADE DO PROCESSO NAS AÇÕES CONTRA
A FAZENDA PÚBLICA**

133

Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos – Juiz de Direito do TJ/RJ

O malogro de comandos judiciais. A necessária reação de membros da
magistratura. O problema é mais grave do que o da lentidão em que são
proferidas as decisões judiciais. O resguardo da eficácia das decisões judi-
ciais (art. 461, § 5º). O reiterado descumprimento de decisões judiciais pelo
Poder Executivo. O juiz como criador do Direito (art. 468, do CPC). A
requisição da força policial e busca e apreensão. A resistência, a desobedi-
ência e o desacato. O crime permanente. O procedimento especial que
impede a competência do Juizado Especial (art. 61 e 69, da Lei nº 9.099/95).

As medidas coercitivas. A situação do enfermo que necessita do medicamento e do hipossuficiente. A busca e apreensão do remédio e a prisão. Os fatos anormais e as soluções excepcionais.

A NECESSÁRIA RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS INCONSTITUCIONAIS **150**

José Jayme de Macêdo Oliveira - Prof. da EMERJ e Juiz de Direito do TJ/RJ

A inconstitucionalidade declarada de tributos e taxas. Taxa de coleta de lixo, de iluminação pública e o IPTU progressivo. O efeito *ex tunc* da declaração conforme jurisprudência do STF. A repetição do indébito fiscal. O caso do projeto de lei que versava matéria tributária levado ao Ministro de Estado para ser encaminhado ao Congresso porque, embora fosse considerado “70% inconstitucional”, segundo o redator do projeto esse percentual foi encontrado, levando-se em conta o pressuposto de que 30% dos contribuintes, em que pesem os vícios da lei, viriam a pagar o tributo sem reclamar. Com isto se buscava reforço de caixa do Tesouro sempre deficitário (Conferência do Min. Marco Aurélio em 11.02.2000 *in Revista da EMERJ* n° 10. V. 3, p. 11).

APLICAÇÃO DO DIREITO: DOGMÁTICA JURÍDICA **165** **E CONTEXTO SOCIAL**

Plauto Faraco de Azevedo – Doutor em Direito e Professor de Pós-Graduação em Direito da ULBRA

O pensamento constitutivo da Ciência do Direito, denominada Dogmática Jurídica, se funda nos problemas humanos concretos, sobre os quais vai atuar o direito positivo. Mas as instituições jurídicas não constituem dogmas. Os princípios devem modelar-se à vida. A vida do direito tem sido experiência e não lógica. A valorização do direito positivo pela Ciência do Direito visa bem compreendê-lo e aplicá-lo sem fracioná-lo. É necessário redimensionar a Dogmática Jurídica que não pode ser a de Roma, nem a do século passado, mas a do tempo presente. O culto do processo faz com que pretensões se diluam em filigranas processuais e municia os inimigos do Judiciário e da Democracia. Soluções de problemas decorrentes da fertilização *in vitro* e limites à clonagem de seres vivos. O solidarismo social da Doutrina e Jurisprudência alemã e francesa.

A TUTELA DO INTERESSE COLETIVO COMO INSTRUMENTO **174** **POLARIZADOR DA PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO** **PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Humberto Dalla Bernardina de Pinho – Prof. da UERJ e membro do MP

A controversa participação do Ministério Público para a propositura de ações coletivas. A atuação e a intervenção do M.P. Não legitimação do M.P. nas ações individuais, ao contrário do que ocorre nas ações coletivas. A defesa dos interesses individuais indisponíveis. A proteção do patrimônio público e de interesses difusos e coletivos. Os desencontros da legislação infraconstitucional. Que merece ser corrigida. A quem cabe decidir quando deve intervir o M.P.? O compromisso com o interesse social.

**REFORMA PENAL – VISÃO METODOLÓGICA, COMPARATISTA
E HISTÓRICA NA BUSCA DE UM ENDEREÇO REALÍSTICO**

192

Álvaro Mayrink da Costa – Prof. da EMERJ e Desembargador do TJ/RJ
1. O Direito Penal Romano. 2. Evolução da construção legislativa. 3. Classificações doutrinárias.

SENTENÇA ESTRANGEIRA E GLOBALIZAÇÃO:

206

ACESSO À JUSTIÇA E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Antonio do Passo Cabral – Da UERJ. Trabalho agraciado com o “Primer Premio” na XXXVII Conferência em San Domingo, República Dominicana, instituído pela Inter-American Bar Association, em 2001.
1. Introdução – Acesso à Justiça e Processo. 2. A globalização e o Direito Moderno. 3. Execução e efetividade do processo. 4. Eficácia das decisões estrangeiras. Execução e globalização. 5. Soluções atuais. 5.1. A integração das Américas. 5.2. Opções Europeias. 5.3. Execução de sentença no Mercosul. 6. Conclusões.

OBSERVAÇÕES SOBRE COMPETÊNCIA JURISDICIONAL –

225

A NATUREZA DA COMPETÊNCIA DOS JUÍZOS DESCENTRALIZADOS –

VARAS ESTADUAIS REGIONAIS E VARAS FEDERAIS DO INTERIOR

Wilney Magno de Azevedo Silva - Prof. da EMERJ e Juiz Federal/RJ
A possibilidade legal de exercício da função jurisdicional por um órgão do Poder Judiciário. Os critérios materiais e os critérios funcionais. Os três níveis de competência: justiça, foro e juízo. A competência relativa e a competência absoluta.

**BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ENSINO DA ÉTICA
NAS ESCOLAS DE DIREITO**

236

José Eduardo Nobre Matta - Juiz da 6ª Vara Federal de Execução Fiscal/RJ
I. Introdução. II. Ética, Moral e Direito. III. A Constituição Ética - Do Estado Democrático de Direito ao Estado de Justiça. IV. O Ensino da Ética no Direito.

O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO ENTRE DOIS MUNDOS

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Professor da Faculdade de Direito da UERJ. Desembargador TJ/RJ

1. Para a boa compreensão do tema da palestra, impõe-se breve resenha histórica. Ao tornar-se independente, recebeu o Brasil, em matéria de processo como em tudo mais, a legislação que então vigia em Portugal e já se aplicava em nosso território, antes do 7 de setembro. Uma lei de 20.10.1823 expressamente determinou que as ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pela coroa portuguesa permanecessem vigentes na medida em que não revogadas, de tal sorte que por elas se regulariam “os negócios do interior deste Império, enquanto não se organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas”.

No que tange ao processo civil, continuaram a vigorar as disposições do Livro III das Ordenações Filipinas. Tributárias, em grande parte, do chamado processo comum, que dominou por largo tempo o continente europeu, haviam elas sido editadas em fins do século XVI pelo Rei Felipe I (II da Espanha), embora só postas em vigor por seu sucessor Felipe II (III da Espanha). Restaurada a monarquia portuguesa, em 1640, confirmou D. João IV as leis promulgadas no período da denominada União Ibérica, e em especial os cinco livros das Ordenações. Tal foi, basicamente, o ordenamento processual herdado pelo Brasil, naturalmente com as modificações sofridas nesse ínterim.

2. Alguns ramos do direito vieram a ser codificados entre nós no curso do século XIX. Assim o direito penal: em 1830 foi promulgado o Código Criminal do Império, ao qual se seguiria, dois anos depois, o Código do Processo Criminal. Embora a Constituição imperial de 1824 contivesse regras que interessavam ao processo civil, esta matéria não foi objeto de legislação sistemática nos primeiros tempos do Império. Uma primeira tentativa de regulamentação, parcial e logo desfigurada, consistiu na *Disposição*

Provisória acerca da Administração da Justiça Civil, anexa ao Código do Processo Criminal; eram 27 artigos, onde se consagravam princípios que viriam mais tarde a agitar a Europa como bandeiras de correntes modernizadoras.

O marco subseqüente foi o célebre Regulamento nº 737, de 1850, aplicável de início apenas ao processo comercial, que assim adquiriu disciplina autônoma. Evidenciada a superioridade desse diploma sobre a regulamentação complicada e formalista do processo civil, determinou o Governo Provisório, após a proclamação da República, pelo Decreto nº 763, de 19.9.1890, que ele passasse a ser observado também no campo civil. Teve o Regulamento nº 737 sobrevida relativamente longa, em Estados que não se apressaram a elaborar seus próprios códigos processuais, no exercício da competência legislativa que lhes outorgava a Constituição de 1891. E, mesmo onde surgiram, tais códigos em geral não se distanciaram muito do modelo daquele Regulamento¹.

3. Essa recapitulação sucinta era necessária para caracterizar o quadro histórico em que nasceu e se desenvolveu, nos seus primeiros tempos, o processo civil brasileiro. Com ressalva da efêmera *Disposição Provisória* de 1832, nenhum traço moderno se descobria no quadro. A herança portuguesa vinha coberta da poeira de séculos: importa notar que Portugal não se beneficiara desde cedo do sopro renovador da legislação napoleônica, em particular do *code de procédure civile* de 1806, que tanta influência exerceria noutras regiões da Europa².

De modernização do processo civil de nosso país, em termos gerais, a rigor só cabe falar a propósito do primeiro Código nacional, de 1939. Refletiram-se nesse diploma, com efeito, idéias e orientações que haviam ganho relevo em terras européias, ao longo das primeiras décadas do século XX. É o momento em que começa a fazer-se sentir com intensidade a influência italiana — não tanto a do velho *codice di procedura civile* de

¹ No tocante à matéria desses dois primeiros itens, consultem-se, entre outros, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1. ed. atualizada, Campinas, 2000, p. 109 e segs., e MOACYR LOBO DA COSTA, *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*, S. Paulo, 1970, p. 1 e segs.

² Segundo frisava LIEBMAN, em nota à tradução das *Instituições de Direito Processual Civil* de CHIOVENDA, 2. ed., S. Paulo, 1965, v. I, p. 144, na Península Ibérica “nenhuma repercussão teve a renovação jurídica que se verificou em França por obra da Monarquia e da Revolução e que triunfou e invadiu a Europa através da codificação napoleônica, provocando por toda parte, inclusive nas instituições processuais, a destruição dos últimos vestígios medievais”.

1865, então em vigor na península, mas sobretudo a de movimentos doutrinários e de projetos de reforma que, não tendo vingado na própria Itália, vieram a repercutir nesta banda do Atlântico.

Quanto ao Código de 1973, eclético é o elenco das fontes em que buscou inspiração o nosso legislador. Mesclam-se em seu texto aportes italianos, portugueses, em menor dose alemães e — *last but not least* — os do pouco citado *Codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano*, editado em 1946, no pontificado de Pio XII, e por sua vez influenciado pelo projeto carneluttiano dos anos 20³. A variedade não surpreenderá, se se tiver em mente a vastidão dos conhecimentos de direito comparado do autor do anteprojeto, o Professor Alfredo Buzaid.

4. A esta altura já é possível concluir com segurança que, nos alicerces e na estrutura básica, o processo civil brasileiro é fruto genuíno do sistema jurídico chamado romano-germânico. Filia-se, pois, à família a que tradicionalmente se vem aplicando a denominação inglesa de *civil law*, em oposição à de *common law*, pela qual se designa o direito dos países anglo-saxônicos e daqueles que o assimilaram em razão de vicissitudes históricas.

Isso não quer dizer que nosso ordenamento processual haja permanecido mais de um século inteiramente refratário a qualquer importação de produtos ingleses ou norte-americanos. Se quiséssemos abranger nesta resenha o processo penal, teríamos de aludir para logo ao *habeas corpus*, recebido no Império. Já na era republicana, a adoção do modelo federativo, talhado segundo o figurino dos Estados Unidos, repercutiu na criação do Supremo Tribunal Federal e na de um recurso destinado a assegurar a inteireza e a aplicação uniforme da Constituição e das normas jurídicas editadas pela União — recurso a que se viria a dar o nome de extraordinário. Tem essa figura origem remota no *Judiciary Act* norte-americano de 1789, que permitiu a revisão, pela Corte Suprema, de decisões finais dos mais altos tribunais dos Estados, mediante o então denominado *writ of error*, em hipóteses relacionadas com a constitucionalidade de leis, bem como de títulos, direitos, privilégios e isenções, à luz da Constituição, dos tratados e das leis

³ Ao propósito, BARBOSA MOREIRA, “*Quelques aspects de la procédure civile brésilienne et de ses rapports avec d'autres systèmes juridiques*”, in *Rev. int. de droit comparé*, 1982, n° 4, p. 1.215 e segs., ou in *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*, S. Paulo, 1984, p. 15 e segs.. Especificamente sobre a influência do código do Vaticano, vide ainda BARBOSA MOREIRA, “*Il codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano*”, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Pádua, 1994, v. I, p. 1 e segs., ou in *Temas de Dir. Proc. (Quinta Série)*, S. Paulo, p. 189 e segs.

da União. Menos certo é o parentesco entre o mandado de segurança, filho da Constituição de 1934 (art. 113, nº 33), regulado pela Lei nº 1.533, de 31.12.1951, e os *writs* norte-americanos, embora não se possa excluir a influência destes sobre o legislador brasileiro⁴.

5. Isolados, contudo, até pouco tempo atrás, eram os casos de institutos processuais oriundos de outros sistemas jurídicos que não o dominante no continente europeu. Correlatamente, a doutrina brasileira só costumava abeberar-se na produção científica da Europa continental, em geral com manifesta preferência pela italiana. Para tanto contribuíram vários fatores: entre eles, de modo compreensível, a facilidade de acesso resultante da afinidade lingüística, mas também a marca duradoura do justo prestígio firmado em nosso país pelo grande mestre peninsular Enrico Tullio Liebman, cuja presença no Brasil, por vários anos, foi poderoso catalisador dos estudos processuais entre nós.

A paisagem começou a modificar-se há cerca de três décadas, com crescente curiosidade em relação a institutos norte-americanos, sobretudo, de início, na área da proteção de interesses supraindividuais, onde passaram a atrair certa atenção figuras como a da *class action*. Aqui vale a pena registrar um paradoxo. Apesar da imensa difusão que experimentou, particularmente desde o fim da segunda guerra mundial, a língua inglesa não era (nem é) das mais familiares nos meios jurídicos brasileiros. Nossos juristas, em geral — e a constatação parece menos duvidosa entre os processualistas que noutros setores —, sentiam-se e ainda se sentem tradicionalmente mais à vontade no universo dos idiomas latinos. Isso explica que de fenômenos peculiares aos Estados Unidos tomemos conhecimento, com freqüência, por meio de trabalhos redigidos em espanhol ou italiano.

Serve de exemplo o movimento de valorização das chamadas ações coletivas, que marcou os últimos anos da década de 70 e as que se lhe seguiram. Os principais veículos da divulgação desse tipo de idéias no Brasil foram, sem dúvida, escritos de autores peninsulares, com especial relevo para Mauro Cappelletti, que viria a ser, por anos a fio, o processualista

⁴ É controversa a questão das fontes históricas do mandado de segurança. MARCELO CAETANO, “As raízes luso-brasileiras do mandado de segurança”, in *Rev. Forense*, v. 252, p. 30, pretendeu identificar-lhe um antecedente no velho direito reinol. Os monografistas da matéria em geral não se definem. Para OTHON SIDOU, *Do mandado de segurança*, 2. ed., Rio de Janeiro - S. Paulo, p. 43, a figura “não tomou por padrão nenhum instituto estranho à legislação do país”.

estrangeiro mais cultuado no Brasil. Com as exceções de praxe, as fontes originárias não costumavam ser consultadas com tanta assiduidade, a despeito do florescimento, nos Estados Unidos, de abundante literatura referente às *class actions*. Os próprios textos legais norte-americanos eram muitas vezes citados de segunda mão. Quanto ao direito inglês, ainda hoje é bastante escasso, em geral, o conhecimento que temos dele.

6. Seja como for, é indubitável que o peso do universo anglo-saxônico tem aumentado no direito brasileiro, talvez mais noutros campos, agora diretamente alcançados pelas vagas da globalização econômica, mas também no terreno do processo civil. Vejamos alguns sinais dessa mudança.

a) No plano dos princípios, ponto que chama a atenção é a presença, inédita até 1988 em texto constitucional, da fórmula “devido processo legal”, tradução quase literal da expressão *due process of law*, de antiga linhagem anglo-saxônica⁵. Viu-se ela inserida no art. 5º, nº LIV, da vigente Carta da República, onde, do ponto de vista processual, funciona como “norma de encerramento”, a incidir em casos não cobertos por disposições consagradoras de garantias específicas, como a do contraditório e ampla defesa (nº LV), a do juiz natural (nº LIII), a da publicidade dos atos do processo (nº LX) e outras — garantias que, por sinal, não se podem propriamente considerar peculiares ao mundo de *common law*.

b) Ao influxo norte-americano, em boa parte, devem as técnicas de proteção coletiva dos direitos e interesses supraindividuais, a que já se aludiu, o notável desenvolvimento que tiveram entre nós, nos últimos decênios do século XX. Na verdade, o ordenamento brasileiro contava desde mais remota data com um instrumento processual capaz, em certa medida, de prestar aí bons serviços: a ação popular, regulada pela Lei nº 4.717, de 29.6.1965, mas cujas virtualidades nunca haviam sido plenamente exploradas⁶. Na evolução subsequente, o modelo norte-americano das *class actions*

⁵ Embora a idéia decerto remonte a época anterior, aponta-se lei de 1354, editada sob o reinado de Eduardo III, como o primeiro texto legal a usar a locução *due process of law* (cf. Lord DENNING, *The Due Process of Law*, Londres, 1980, prefácio, p. V). No direito americano ela viria a ser introduzida pela 5ª Emenda à Constituição. Boa informação histórica ao propósito, na doutrina pátria, em MARIA ROSYNETE OLIVEIRA LIMA, *Devido processo legal*, Porto Alegre, 1999, p. 21 e segs., 69 e segs.

⁶ Vide BARBOSA MOREIRA, “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’”, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milão, 1979, v. IV, p. 2.673 e segs., ou in *Temas de Dir. Proc.* (Primeira Série), 2ª ed., S. Paulo, 1988, p. 110 e segs.

foi decerto objeto de consideração, ainda que o legislador brasileiro dele se haja afastado em pontos capitais, como o da legitimação para agir. Com efeito, não se adotou aqui o critério da **Rule 23** das **Federal Rules of Civil Procedure**, que legitima qualquer dos membros da classe interessada, desde que se afigure, aos olhos do juiz, um “representante adequado” da coletividade. Preferiu-se outorgar legitimação a órgãos públicos e a associações civis que satisfaçam certos requisitos (Lei nº 7.347, de 24.7.1985, art. 5º). De qualquer sorte, a experiência norte-americana conserva importância como ponto de referência praticamente obrigatório nos trabalhos sobre a matéria.

c) As denominadas *small claims courts* encontraram aqui figura correspondente nos juizados cíveis especiais, hoje consagrados constitucionalmente (Carta da República de 1988, art. 98, nº I), regidos pela Lei nº 9.099, de 26.9.1995, e, no âmbito da Justiça Federal, pela recente Lei nº 10.259, de 12.7.2001. Sucederam eles, como é notório, aos antigos Juizados Especiais de Pequenas Causas, disciplinados pela Lei nº 7.244, de 7.11.1984, e por sua vez precedidos de experiências informais levadas a cabo em alguns Estados, dos quais foi pioneiro o Rio Grande do Sul⁷. O texto constitucional prevê a atribuição de competência, aos referidos órgãos, para “a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade”; a Lei nº 9.099 tratou de enumerá-las no art. 3º, segundo critério variável, ora fundado no valor (inciso I e § 1º, nº II), ora na matéria (incisos II a IV), ao passo que a Lei nº 10.259 privilegia o critério *ratione valoris* (art. 3º, *caput*).

d) A esses exemplos cabe ajuntar a inovação introduzida em nosso ordenamento sob o regime constitucional da chamada Emenda nº 1, de 17.10.1969, e consistente em permitir que o Supremo Tribunal Federal, dentro de certos limites, procedesse a uma seleção das causas que julgaria em grau de recurso extraordinário: em determinadas hipóteses, do recurso apenas se conheceria se reconhecida a “relevância da questão federal”, a ser argüida pelo recorrente. Cuidava-se de expediente destinado a aliviar a grande carga de trabalho do Tribunal, e obviamente inspirado no mecanismo norte-americano do *certiorari*, se bem que de menor alcance. Algo de semelhante se pretende ressuscitar, nos termos de projeto de reforma da Cons-

⁷ Sobre o assunto, ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Conciliação e Juizados de Pequenas Causas”, in *Novas tendências do direito processual*, S. Paulo, 1990, p. 213, e “A conciliação extrajudicial no quadro participativo”, *ibid.*, p. 227/9.

tuição em curso no Congresso Nacional: quer-se acrescentar ao art. 102 um § 4º, consoante o qual, “no recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”, conferindo-se ao Supremo Tribunal o poder de negar conhecimento ao recurso, pelo voto de dois terços de seus membros, quando não considere atendida a exigência.

e) Também se pode estabelecer ligação com o direito anglo-saxônico a propósito de outra inovação prevista no mesmo projeto de reforma constitucional. Refiro-me à disposição que se propõe introduzir, como art. 103-A, para consagrar, sob determinadas condições, o sistema dos precedentes vinculativos. Na verdade, o regime aí estabelecido difere em mais de um ponto do que vigora nos Estados Unidos, onde as teses jurídicas assentadas pela *Supreme Court* automaticamente se impõem à observância dos outros tribunais e juízes, no julgamento de espécies análogas. Entre nós, a vingar a proposta, diversamente se passarão as coisas: o Supremo Tribunal, após reiteradas decisões no mesmo sentido e mediante o pronunciamento de dois terços de seus membros, poderá atribuir eficácia vinculante a proposições incluídas em sua *Súmula*, desde que haja “controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”. Trata-se, à evidência, de versão bastante mitigada do mecanismo dos *binding precedents* norte-americanos, em todo caso fonte indiscutível de inspiração⁸.

7. Será razoável vislumbrar nesses fenômenos sintomas de um progressivo deslocamento do processo civil brasileiro para a órbita do *common law*? Parece temerário responder afirmativamente. Por maior importância que revistam, são em regra específicos e limitados os tópicos em que se manifesta a influência norte-americana: pontos isolados de um conjunto vastíssimo, cuja substância não alteram. Aninham-se na ramagem da árvore, sem lhe atingir raízes ou tronco.

Quem quer que se disponha a comparar com atenção as notas essenciais do sistema processual brasileiro e do norte-americano, verificará com

⁸ É vasta a literatura sobre o princípio *stare decisis* e sobre a força vinculativa dos precedentes. Vejam-se, por exemplo, DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 6. ed., Paris, 1974, p. 445 e segs.; FARNSWORTH, *Introduzione al sistema giuridico degli Stati Uniti d'America*, trad. de Renato Clarizia, Milão, 1979, p. 52 e segs. Vale a pena ler o artigo de EDWARD D. RE “*Stare decisis*”, trad. de Ellen Gracie Northfleet, in *Rev. de Processo*, n° 73, p. 47.

facilidade que se distanciam em aspectos capitais. O núcleo característico de um sistema processual reside fundamentalmente na relação entre os papéis atribuídos ao juiz e às partes, em si mesmas ou enquanto representadas por seus advogados. Cada sistema, em função das premissas ideológicas em que assente e dos fins primordiais que pretenda atingir, opta por um modo de equilibrar os movimentos dessas peças; e o tipo de equilíbrio adotado define o sistema.

Simplificando um pouco as coisas, por amor à comodidade da exposição, julgo possível identificar uma dupla divergência entre o sistema brasileiro e o norte-americano. Em termos esquemáticos, passam-se as coisas como se duas pessoas caminhassem ao longo da mesma rua, em sentidos opostos, uma de cada lado, embora troquem de calçada, de um trecho para outro do itinerário. O distanciamento jamais é completo: ambos os transeuntes, afinal de contas, atravessam as mesmas zonas da cidade, e muito do panorama lhes é comum. Há, entretanto, uma diferença de enfoque, bastante para distinguir os dois trajetos.

8. Deixando de parte as imagens, tentemos concretizar os conceitos enunciados. Falou-se de uma relação entre o papel do juiz e o dos litigantes (e seus advogados). Essa relação pode variar de acordo com o problema ou o conjunto de problemas que o ordenamento procura resolver, e tal variação, por seu turno, será mais ou menos intensa conforme as opções de política legislativa efetuadas.

Tomemos como primeiro exemplo o da coleta do material probatório que será utilizado como base do juízo sobre os fatos. Em pura teoria, é talvez concebível que um sistema jurídico escolha ao propósito entre estas duas posições diametralmente opostas: confiar de maneira absoluta no labor das partes, às quais ficará a tarefa reservada com exclusividade, mantendo-se o órgão judicial totalmente inerte; ou então, ao contrário, incumbir o juiz de proceder ele mesmo à apuração dos fatos, desprezando a possível colaboração das partes. Na prática, por intuitivas razões, nunca se viu sistema algum que, com férrea coerência lógica, levasse às últimas conseqüências qualquer dos dois métodos⁹. Mas é perfeitamente possível que nem sempre se ponha a ênfase no mesmo princípio;

⁹ A observação é correntia. Cite-se, por todos, ZUCKERMAN, “*Reform in the Shadow of Lawyers’ Interests*”, no v. col. **Reform of Civil Procedure** (ed. Zuckerman e Cranston), Oxford, 1995, p. 78: “*there is no pure adversarial system any more than there is a pure inquisitorial system*”. Como se sabe, os termos “*adversarial*” e “*inquisitorial*” costumam ser usados na terminologia de língua inglesa para designar, respectivamente, os modelos processuais que dão maior relevo à atuação das partes ou, inversamente, à do juiz.

e essa diversidade de tratamento poderá ministrar um critério legítimo de classificação, com todas as ressalvas e matizes que o quadro comporte ou reclame, para não se transformar em caricatura.

Ora, a inércia do órgão judicial em matéria de instrução probatória, enquanto vale como regra no mundo de *common law*, no Brasil constitui aberração que contraria frontalmente disposições expressas do Código de Processo Civil, v.g. as dos 130 (“Caberá ao juiz, *de ofício* ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo”), 342 (“O juiz pode, *de ofício*, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa”), 355 (“O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder”), 416 (“O juiz interrogará a testemunha sobre os fatos articulados...”), 426, nº II (“Compete ao juiz... formular os [quesitos] que entender necessários ao esclarecimento da causa”), 437 (“O juiz poderá determinar, *de ofício* ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida”), 440 (O juiz, *de ofício* ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa”)... Bem se sabe que os juízes brasileiros, por vários motivos, não soem tomar com muita freqüência as iniciativas que a lei lhes faculta ou até impõe. A orientação do ordenamento, no entanto, é clara e inequívoca.

Por outro lado, nos Estados Unidos, a pesquisa e reunião de dados úteis à formação do juízo sobre os fatos compete precipuamente aos advogados dos litigantes. O instrumento empregado para tal fim é a chamada *discovery*, procedimento que pode consistir na colheita de depoimentos de partes ou de testemunhas, mediante perguntas orais ou escritas, em interrogatórios, na busca de documentos ou de outras coisas, em exames físicos e mentais das partes e assim por diante. Importa frisar aqui a característica primordial de todas essas atividades: elas se realizam, no comum dos casos, *extrajudicialmente, sem participação do magistrado*, que só intervém quando se torna preciso dirimir questão decorrente de abusos ou recalcitrâncias¹⁰. Quanto à sessão de julgamento (*trial*), é notória a atitude

¹⁰ “The effectiveness of any discovery system depends in great measure on whether it can operate extrajudicially”, observa KANE, *Civil Procedure*, St. Paul, 1979, p. 113. Mais enfático CLERMONT, *Civil Procedure*, 5. ed., St. Paul, 1999, p. 80: “Discovery under the Federal Rules is meant to work almost wholly by action of the parties, without intervention by the court”.

geralmente passiva do juiz norte-americano, que se limita a fiscalizar a observância das “regras do jogo” por parte dos advogados, aos quais se confia a tarefa de conduzir a tomada das provas orais. Não é mister gastar mais palavras para ressaltar a clara oposição entre os dois sistemas.

9. Vamos adiante. Se em tema de instrução probatória encontra limites apertados — e não apenas na prática — a atuação do órgão judicial nos Estados Unidos, em compensação há outro setor em que ela se exerce com largueza inconcebível para quem se guie pelos padrões brasileiros. Refiro-me ao poder de aplicar sanções aos responsáveis por comportamentos havidos como irregulares — ao denominado *contempt power*, cujas manifestações podem ser de natureza criminal ou civil¹¹. No *civil contempt*, ou se trata de compelir alguém ao cumprimento de ordem do tribunal, mediante a cominação de multa ou prisão, ou então de compensar o litigante prejudicado pelo descumprimento. Apesar de certas discrepâncias, providências desse tipo não são muito diferentes, no cerne, de medidas coercitivas incorporadas à tradição do direito brasileiro, nomeadamente a prisão civil do devedor de alimentos (Código de Processo Civil, art. 733, § 1º).

Já o *criminal contempt* diz com a punição imposta a quem deliberadamente desobedeça a uma ordem do tribunal, ainda que o ato não infrinja lei alguma. O processo por *criminal contempt* é visto como distinto daquele em que fora emitida a ordem, e nele o demandante não é a parte adversa, mas o *próprio juiz*. Em quase metade dos Estados, não existe limite máximo para a pena a ser aplicada. Aqui, a extensão dada ao *contempt power* coloca-o em patente contraste com princípios cardiais do direito brasileiro, como o da reserva legal e o da inadmissibilidade de instauração *ex officio* de processo penal.

A distância entre os dois ordenamentos fica ainda mais nitidamente caracterizada se se tiver em vista que o *contempt power*, seja na sua versão civil, quer na penal, pode ser exercitado não só contra as partes, senão até contra os advogados. Ele integra, na verdade, o amplo poder de supervisão, pelo juiz, da maneira pela qual aqueles conduzem o pleito - noção igualmente estranha ao direito pátrio, em que nada existe, e ninguém razoavel-

¹¹ A exposição que se segue é baseada sobretudo em DOBBYN, *Injunctions*, St. Paul, 1974, p. 216 e segs., com achegas de HAZARD — TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bolonha, 1993, p. 112. Na literatura nacional, boa informação sobre o *contempt of court* em MARCELO LIMA GUERRA, *Execução indireta*, S. Paulo, 1998, p. 78 e segs., espec. 93 e segs.

mente imaginará que um dia venha a existir, de parecido com essa sujeição do advogado à fiscalização do órgão judicial.

10. A precedente resenha de forma alguma aspira a catalogar de forma exaustiva as dessemelhanças entre o processo civil brasileiro e o norte-americano. Há ainda, porém, um ou dois tópicos a cujo respeito não se justificaria silenciar. O primeiro é o emprego do júri em matéria civil, subsistente nos Estados Unidos, conquanto já virtualmente extinto na Inglaterra. É verdade que, na prática, só uma fração bem pequena das causas atinge lá esse estágio¹², ao passo que é considerável o número daquelas que se resolvem por acordo entre as partes.

O reparo, por sua vez, leva-nos à consideração de outro ponto em que os dois sistemas diferem claramente em seu funcionamento concreto, a saber a forte inclinação dos norte-americanos a fazer uso de meios conciliatórios - ou, em termos mais genéricos, dos expedientes que se costumam reunir sob a denominação de *alternative dispute resolution* (ADR, na conhecida abreviação). Embora os Estados Unidos tenham a fama de ser uma nação litigiosa, vale-se o seu povo com crescente intensidade da negociação, da mediação, da arbitragem e de diversas formas de combinação entre essas figuras, florescendo no país uma quantidade surpreendente, para nós, de órgãos e instituições, que se encarregam de exercer extrajudicialmente tais atividades. Enquanto isso, no Brasil, setores doutrinários atuantes conseguem, sim, que o legislador se mova no sentido de prestigiar os métodos alternativos, mas até agora nem a doutrina, nem as leis vêm obtendo êxito em desviar para esse canal um volume de litígios comparável, mesmo de longe, à torrente dos que deságuam na Justiça.

11. Em última análise, o que sugere a realidade é que o processo civil brasileiro e o norte-americano se inserem - para empregar expressão vaga, mas talvez insubstituível - em culturas jurídicas distintas. Não significa isso que não possamos servir-nos dos frutos da experiência dos Estados Unidos, tão interessante por mais de um prisma: já o temos feito, e estamos por fazê-lo de novo, se vingarem as propostas da reforma constitucional. Signi-

¹² ABRAHAM, **The Judicial Process**, 6ª ed., Nova Iorque — Oxford, 1993, p. 109, aponta percentual de 10%. A informação confere com a de HAZARD — TARUFFO, **La giustizia civile negli Stati Uniti**, Bolonha, 1993, p. 122, consoante a qual mais de 90% das causas chegam a solução consensual antes do *trial*. Para outras citações, sempre em sentido conforme, vide BARBOSA MOREIRA, “Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos”, in **Temas de Dir. Proc.** (Sétima Série), S. Paulo, 2001, p. 166, nota 21 (dados análogos relativos à Inglaterra em a nota 20).

fica, entretanto, a meu ver, que, como até aqui, as importações se limitarão em regra à periferia do sistema, sem penetrar-lhe o âmago. Transplantes mais profundos correrão provavelmente o risco da rejeição. Para o bem e para o mal, o ordenamento pátrio é - e continuará a ser - um rebento da família romano-germânica, e portanto de *civil law*.

Nessa ordem de idéias, cabe-me pedir desculpas a quem se haja impressionado demais com a preposição no título da palestra. A rigor, o processo civil brasileiro não se situa propriamente “entre” dois mundos: pertence a um deles, ainda que possa, e eventualmente deva, beneficiar-se dos produtos do outro.

De resto, se me permitem uma observação – ou antes, uma ressalva – final, parece oportuno registrar que, em perspectiva mais abrangente, há sinais visíveis de encurtamento da distância entre processo de *common law* e processo de *civil law*. Marco importante de tal evolução, do lado de lá da linha divisória, é o ainda recente surgimento, na Inglaterra, de um código de processo civil (*Rules of Civil Procedure*), que aproxima em mais de um ponto o sistema processual inglês do modelo predominante na Europa continental¹³. Esse, porém, já seria assunto para outra palestra. ◆

¹³ Ao propósito, peço licença para remeter o leitor a meu artigo “*Uma novidade: o código de processo civil inglês*”, in **Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel**, S. Paulo, 2001, p. 451 e segs., ou in **Temas de Dir. Proc.** (Sétima Série), S.Paulo, 2001, p. 179 e segs.

PÚBLICO E PRIVADO NO PROCESSO CIVIL NA ITÁLIA*

ANDREA PROTO PISANI

Professor da Universidade de Florença - Itália

1. Os institutos de direito material estão destinados, diria que naturalmente, a mudar de acordo com o surgimento e a diferente avaliação dos interesses em conflito em relação à fruição dos bens materiais e imateriais. Diferentemente dos institutos materiais, os institutos de direito processual, a disciplina dos processos (cíveis) que visam garantir a tutela jurisdicional dos direitos “nasce, por assim dizer, não apenas com o selo terreno, mas com aquele da eternidade, que lhe é aposto por seu próprio destino de garantir a realização da justiça”.

Apesar da substancial exatidão desta afirmação icástica de Salvatore Satta¹, a história do direito é também a história dos processos, a questão da reforma é uma questão perene, por assim dizer, no estudo do processo.

Limitando propositadamente a análise apenas ao processo civil, deve-se observar que ele normalmente tem por objetivo a tutela dos direitos disponíveis: objeto do processo são direitos privados disponíveis, onde o instrumento processo, enquanto exercício da jurisdição estatal, tem caráter e natureza pública. Enquanto o direito objeto do processo normalmente está sujeito à autonomia privada, à liberdade do privado em relação ao exercício ou não do direito², o instrumento processo no que concerne a sua natureza

* Palestra proferida na EMERJ em 20/08/2001, em Aula Magna. Tradução de Myriam Filippis.

¹ S. SATTÀ. *Guida pratica per il nuovo Processo Civile Italiano*, Pádua, 1941, p. 4

² Sobre a distinção direitos disponíveis, direitos indisponíveis, distinção que surge com base nos artigos 1966 (transação), 2733, 3º par. (eficácia da prova legal da confissão), 2738 (admissibilidade da prova legal), 2113 (renúncias e transações em matéria de trabalho) do código civil, e 114 (admissibilidade da decisão segundo equidade) e 806 (controvérsias que podem ser objeto de compromisso) do código de processo civil, assim como do artigo 4º, lei 218/1995 (sobre a derogabilidade da jurisdição italiana), ver entre outros, DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 5º ed. Messina 1929, I, p. 205 e II p. 826 ss.; NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milão 1962, I, p.16 ss., 59 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, 2ª ed. Nápoles 1975, p. 121 ss.; DE LUCA TAMAIO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Nápoles 1976.

pública pode ser disciplinado pelo legislador de acordo com a variação do ponto de equilíbrio identificado por ele entre o componente privatista e o componente publicista do processo: daí a história dos processos que se sucederam no tempo, daí o problema sempre atual da reforma do processo.

De realmente eterno no processo eu diria que existe apenas a exigência de imparcialidade do juiz, exigência sobre a qual se funda o princípio da demanda (segundo o qual o processo deve ser iniciado por instância de um sujeito, não importa se público ou privado, mas diverso da pessoa do juiz), e seu artifício da extinção do processo por renúncia aos atos ou por inércia das partes, bem como o princípio do veto de utilização do saber privado por parte do juiz no que diz respeito à alegação dos fatos ou das fontes materiais das provas³.

O caráter privado disponível do direito objeto do processo civil, por outro lado, fundamenta o princípio da normal correlação entre titularidade do direito material e titularidade do direito ou poder de ação, a excepcionalidade das hipóteses de legitimação extraordinária dos sujeitos privados não titulares do direito substancial, assim como a excepcionalidade do poder de ação e da obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público⁴. Ademais, o direito privado disponível do direito objeto do processo é tido como fundamento de institutos tais como a conciliação judicial, o deferimento e a referência ao compromisso legal, a eficácia da prova legal da confissão, da admissibilidade do recurso ao juízo arbitral etc., institutos estes que podem ser previstos ou não em cada ordenamento positivo.

A natureza (tendencialmente excepcional no atual estado de evolução das relações público-privado) indisponível (ou semi-disponível) do direito aplicado no processo fundamenta ao contrário o recurso a institutos tais como a legitimação extraordinária, a legitimação para o Ministério Público agir ou intervir obrigatoriamente, a não vinculação para o juiz das afirmações mesmo *contra se* das partes privadas, a tendência a reduzir o valor do sistema da prova legal com a única exceção da prova documental, a tendência à inadmissibilidade da arbitragem e da conciliação⁵.

³ Ver minhas **Lezioni di diritto Processuale civile**, 3ª ed., Nápoles 1999, p. 204 ss. e, no mesmo, indicações bibliográficas essenciais.

⁴ Ver minhas **Lezioni** cit., p. 207 s., 311 ss.

⁵ Ver minhas **Lezioni** cit., 220 s., 311 ss., 314 s., 434 s., 440, 449, 473, 476 s., 747 ss., assim como o sempre atual estudo de CALAMANDREI, "Linee fondamentali del processo civile inquisitorio", in **Studi in onore di Giuseppe Chiovenda**, Pádua 1927, p. 131 ss., publicado novamente in **Opere Giuridiche**, I, Nápoles 1965, p. 145 ss.

Excetuando-se estes poucos dados, que eu definiria firmes e imutáveis, toda a disciplina do processo civil relativo a direitos disponíveis remete a escolhas de oportunidade, escolhas influenciadas não apenas pelo costume, pelos hábitos dos operadores práticos (juizes e advogados) concretamente convocados a gerenciá-lo, mas também, e eu diria principalmente, pela variação do ponto de equilíbrio identificado a cada vez entre componente privatista e componente publicista do processo.

Pode-se iniciar com questões (apenas) aparentemente teóricas: o direito ou poder de ação tem natureza privada ou pública, tem por objeto a aspiração a um provimento de mérito ou a um provimento qualquer, é dirigido contra o demandado ou contra o Estado Juiz? O escopo do processo, a função da jurisdição é a aplicação do direito objetivo e apenas indiretamente a tutela dos direitos subjetivos ou vice-versa? Os fatos dispensáveis para a individuação do direito material, ou que não justifiquem exceções releváveis somente por instância da parte, podem ser alegados ao juízo apenas pela parte a que interessam, apenas pelas partes, ou também como resultado de instrução probatória (incluindo-se as que resultam da perícia técnica), com a conseqüência de que o juiz – sublinhada a vedação da utilização do seu saber privado - como regra geral pode salientar de ofício sua eficácia constitutiva, impeditiva, modificativa, extintiva. As partes, no caso em que sejam beneficiadas pela intervenção de terceiros interessados e do Ministério Público, têm ou não o monopólio em relação à produção e à demanda de admissão de meios de prova; e, na segunda hipótese, em que medida são atribuídos poderes instrutórios também ao juiz? Em que limites, fora da prova documental, devem ser previstas regras de prova legal, ou deve ser introduzido o instituto do compromisso legal da parte livremente avaliável pelo juiz? Qual a disciplina a ser adotada em relação à admissão da prova testemunhal? Que conseqüências podem derivar da recusa da parte ou do terceiro de obedecer à ordem de exibição ou de inspeção? Deve-se atribuir ou não ao juiz o poder de firmar elementos de conhecimento baseado no comportamento processual das partes? Que conseqüências podem ser atribuídas à inércia das partes, se for o caso fazendo uma distinção segundo as fases e a espécie do processo? Que conseqüências devem ser atribuídas à contumácia do demandado? Devem ou não ser introduzidos processos diferenciados de cognição plena em consideração da particularidade de determinadas controvérsias em razão da matéria e não, ou não apenas, do valor? Que estrutura dar ao processo ou aos processos de cognição plena e prin-

principalmente dentro de que limites é oportuno apontar para o juiz e para a colaboração entre juiz, parte e defensores para a delimitação do *thema decidendum* e do *thema probandum*; dentro de que limites devem ser previstas preclusões em tema de perguntas, exceções, provas; e, quando previstas, as violações do regime de preclusões (ou dos limites de admissibilidade ou das regras de produção de cada prova) são suscetíveis de ofício ou somente mediante provocação da parte? O demandado tem ou não direito à decisão imediata sobre questões prejudiciais processuais que sejam abstratamente aptas à competência do juízo, que impeçam o exame do mérito, ou esta decisão é subordinada a uma prévia deliberação a requerimento do juiz; a mesma disciplina deve ser adotada em relação às questões prejudiciais de mérito? Devem ser introduzidos controles imediatos sobre juízos de admissibilidade dos meios de prova? O juízo de apelação deve ser estruturado como *novum iudicium* ou como *revisio prioris instantiae*, e qual a função a ser atribuída à Corte Suprema? Dentro de que limites deve ser prevista a rescisão da sentença transitada em julgado? Quais devem ser os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada e a consequente disciplina da conexão e da suspensão? Qual deve ser o âmbito do litisconsórcio necessário ou da convocação do terceiro por determinação do juiz? Dentro de que limites dar-se-á a *par condicio creditorum* por meio da intervenção na expropriação forçada? Devem ser introduzidos instrumentos para a individualização dos bens do devedor inadimplente? Que espécie de medidas coercitivas devem ser introduzidas para garantir a aplicação concreta das condenações em provimento inibitório, ou o cumprimento de obrigações infungíveis, e com que limites para a tutela da liberdade da pessoa? Para garantir a eficácia (evitar desperdícios de atividade processual) do sistema processual como um todo, dentro de que limites devem ser introduzidos procedimentos de tipo monitorio capazes de deslocar sobre o demandado a escolha de desenvolver o processo nas formas da cognição plena, ou formas de encerramento simplificado do processo no caso do reconhecimento da demanda? A fim de reprimir abusos do direito de defesa por parte do demandado, dentro de que limites devem ser introduzidos provimentos antecipatórios de condenação, ou deve ser prevista a condenação com reserva nos casos de exceções protelatórias? Para garantir a efetividade da tutela jurisdicional, dentro de que limites devem ser previstos procedimentos sumários cautelares ou não cautelares propriamente ditos, considerando a necessidade da previsão de uma medida cautelar atípica para fechar o sis-

tema? Dentro de que limites deve ser prevista a possibilidade de reclamação imediata frente a um juízo colegiado de provimentos sumários (cautelares e não cautelares) que tenham eficácia extraprocessual? Que regime de instrumentalidade deve ser previsto para os provimentos cautelares? Que procedimento deve ser utilizado em matéria de jurisdição voluntária e, especialmente, como deve ser garantida a tutela dos direitos sancionados por provimentos de jurisdição voluntária? A disciplina das nulidades por vícios formais ou extra-formais deve prever – quando possível – mecanismos de sanatória com caráter retroativo, e isto apenas para o juízo de primeira instância ou também em fase de recurso? De um modo mais geral, as formas e os termos do processo devem ser predeterminados pelo legislador, entregues à discricionariedade do juiz no todo ou em parte; na primeira hipótese devem ser previstos momentos de discricionariedade no que diz respeito à decisão imediata com sentença de questões prejudiciais processuais abstratamente aptas a definir o juízo, de questões prejudiciais de mérito instruído ou que não necessitem de instrução (ver art. 187, alíneas 2 e 3); ou em relação à avaliação do caráter supérfluo de mais uma instrução probatória na hipótese de demanda de admissão de provas que visem mudar o resultado da prova já produzida (v. art. 209); ou em relação à modificação das demandas ou das exceções (v. art. 420, alínea 1).

A discussão poderia continuar, mas o elenco aqui apresentado me parece mais do que suficiente para mostrar como a solução de cada um dos problemas apontados depende do diferente ponto de equilíbrio que se queira dar às motivações contrapostas derivadas do componente privatista ou do componente publicista do processo.

Por exemplo, a prevalência do componente privatista, da liberdade ínsita no direito subjetivo aplicado em juízo, induzirá a atribuir natureza privada ao direito ou poder de ação e a individualizar seu conteúdo na aspiração a um provimento de mérito (ou até a um provimento de mérito favorável ao autor); a individualizar na tutela dos direitos subjetivos o escopo imediato do processo ou da jurisdição; a afirmar o monopólio das partes no que concerne os fatos a serem alegados e os meios de prova a serem produzidos em juízo; a excluir o compromisso legal da parte livremente avaliável pelo juiz; a introduzir regras de prova legal ligadas em sentido lato à autonomia privada, tais como os limites à prova para as testemunhas dos contratos; a exaltar o poder das partes na admissão da prova testemunhal; a limitar as consequências desfavoráveis à parte ou ao terceiro no caso de desobediência à ordem

de exibição ou inspeção do juiz; a limitar ao máximo, ou até a excluir que o juiz possa deduzir elementos de conhecimento pelo comportamento processual das partes; a reduzir ao mínimo as conseqüências da inércia das partes; a considerar completamente neutro o comportamento do demandado, consubstanciado em sua contumácia; a reconduzir a previsão de processos diferenciados de cognição plena unicamente ao critério do valor; a prever um processo de cognição plena no qual a determinação do **thema decidendum** e do **thema probandum** seja remetida exclusivamente às partes sem poder algum de direção ou de colaboração por parte do juiz; a adiar o máximo possível, até o momento da decisão, o amadurecimento das preclusões inelimináveis em tema de demandas, exceções e provas; a achar que a violação das preclusões eventualmente resultantes, ou dos limites de admissibilidade ou das regras de admissão das provas, seja subordinada a exceções de parte; a atribuir ao demandado o direito à decisão imediata sobre questões prejudiciais processuais que impeçam o exame do mérito, ou sobre as questões prejudiciais de mérito; a prever controles imediatos sobre juízos de admissibilidade ou levantamento dos meios de prova; a estruturar o juízo de apelação como **novum iudicium** e dar prevalência ao **ius litigatoris** no juízo da Corte Suprema; a limitar os motivos de revogação extraordinária; a restringir ao máximo os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada e conseqüentemente a limitar as hipóteses de conexão e de suspensão; a limitar ao máximo o âmbito de aplicação do litisconsórcio necessário e a excluir a intervenção forçada sob instância do juiz; a limitar a aplicação da **par condicio creditorum** no caso da expropriação forçada somente nas hipóteses de credores munidos de direitos de prelação sobre os bens ameaçados; a introduzir um sistema de medidas coercitivas caracterizado por penas pecuniárias aplicadas ao credor; a permanecer neutros em relação às escolhas motivadas pela exigência de eficiência; a excluir a introdução de instrumentos particulares para reprimir o abuso do direito de defesa do demandado; a garantir a efetividade da tutela jurisdicional por meio de procedimentos sumários cautelares ou não cautelares típicos, reafirmada a exigência de uma medida cautelar atípica de encerramento; a prever a possibilidade de reclamação imediata frente a um juízo colegiado dos provimentos sumários que tenham eficácia extra-processual; a permanecer neutros frente à espécie de instrumentalidade dos provimentos cautelares; a tutelar ao máximo os direitos oriundos dos procedimentos de jurisdição voluntária; a permanecer neutros e insensíveis frente à disciplina da sanatória das nulida-

des por vícios formais e extra-formais; a predeterminar por lei na medida mais ampla possível as formas e os termos do processo; a excluir momentos de discricionariedade do juiz que possam limitar o direito do demandado a uma decisão imediata com sentença sobre as questões prejudiciais processuais, abstratamente aptas a definir o juízo, que impeçam o desenvolvimento do mérito, e sobre as questões prejudiciais de mérito instruídas ou que não necessitem de instrução, isto é, em matéria de avaliação de superfluidade de mais uma instrução probatória na hipótese de demanda de admissão de provas que visem mudar o resultado da prova já produzida, isto é, em matéria de modificação das demandas ou das exceções etc.

Em consideração e respeito aos ouvintes evito indicar analiticamente como a solução de cada problema é em grande parte oposta àquela ora apontada no caso em que se faça prevalecer o componente publicista do processo, ínsito no caráter público da jurisdição ou do instrumento processo.

É oportuno observar que nenhum ordenamento adota um sistema processual integralmente inspirado na prevalência de um ou outro componente.

A história do processo é a história dos diferentes pontos de equilíbrio alcançados em referência a cada instituto entre os dois componentes em eterno conflito, dois componentes que refletem os eternos valores contrapostos liberdade-autoridade, certeza-justiça.

2. Ao aproximar-me do tema específico desta exposição, devo dizer que o c.p.c. de 1865 (em sua versão original, mas também após a reforma do procedimento sumário de 1901) era um código claramente inspirado na prevalência do componente privatista em relação ao publicista⁶. Como é óbvio, as partes detinham não apenas o monopólio em relação à proposição da demanda (e das exceções arguíveis apenas por iniciativa da parte), mas também poderes praticamente exclusivos em relação à determinação dos prazos do processo, em relação às provas, em relação à provocação de decisões imediatas com sentenças imediatamente impugnáveis sobre qualquer questão prejudicial de processo ou de mérito, bem como em matéria de prova; eram desconhecidos institutos, como a possibilidade de deduzir elementos de conhecimento baseando-se no comportamento processual das

⁶ Sobre o código de processo civil de 1865 ver TARUFFO, **La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi**, Bolonha 1980, p. 107 ss., 151 ss.; CIPRIANI, “Il processo civile in Italia dal codice napoleonico al 1942”, **Riv. dir. civ.**, 1966, I, p. 67 ss., publicado novamente in **Ideologie e modelli del processo civile**, Nápoles 1997, p. 3 ss., 8 ss.

partes; o juiz era desprovido de qualquer poder de colaboração com as partes para a determinação do *thema decidendum* e do *thema probandum*, ou seja, não tinha nenhum dos poderes discricionários supracitados etc.

O grande significado da obra de Giuseppe Chiovenda consiste em tentado, sob a influência da doutrina e da legislação alemã da segunda metade do século XIX, deslocar o eixo do sistema processual civil da prevalência do componente privatista para a prevalência do componente publicista⁷.

Sob este aspecto, Chiovenda parece realmente um mestre a anos-luz de distância de Ludovico Mortara. Este, mesmo tendo sublinhado energeticamente no primeiro volume de seu comentário a centralidade da jurisdição estatal, em suas propostas de reforma de 1923⁸, mesmo tentando atribuir ao juiz poderes de direção do processo, e prevendo que sobre as provas pudessem decidir o juiz delegado, mediante disposição irrevogável, impugnável apenas com a sentença que define o juízo, continuava prevendo a disciplina de um processo marcado pela prevalência do caráter privatista, caracterizada pela ausência de preclusões e pela ausência de poderes discricionários atribuídos ao juiz em função da presteza ou não da decisão com sentença imediatamente impugnável das questões prejudiciais de processo ou de mérito, ou em matéria de encerramento da instrução por questões supérfluas⁹.

Completamente diferente apresenta-se a obra de Giuseppe Chiovenda: a partir da afirmação do caráter público da ação e da jurisdição ele deduz o princípio da máxima instrumentalidade possível do processo em relação ao direito material, princípio este por sua vez traduzido nas célebres máximas segundo as quais o processo praticamente deve dar, na medida do possível, a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de obter, todas as formas de aplicação da lei (e todos os meios executivos) que sejam possíveis na prática e não sejam contrárias a uma norma geral ou especial de direito devem se considerar admissíveis, e finalmente segundo as quais a duração do processo não deve prejudicar o autor que tem razão.

⁷ Ver CALAMANDREI, *Gli studi di diritto processuale in Italia nel ventennio fascista* (1941), hoje publicados novamente com outro título em *Opere giuridiche*, I, p. 523 ss.; S. SATTA, "Dalla procedura civile al diritto processuale civile", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, publicado novamente in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Pádua 1968, p. 100 ss.; CIPRIANI, *Storie di processualisti ed oligarchi*, Milão 1991.

⁸ Publicadas in *Giur. it.* 1923 e 1924 e em volume autônomo em 1924.

⁹ Sobre a figura de Mortara ver os escritos citados na precedente nota 7, e o que escreve S. SATTA in *"Attualità di Lodovico Mortara"*, in *Soliloqui e colloqui* cit., p. 459 ss.

Com base nestes princípios ele tenta reconstruir – após conduzir pesquisas de caráter histórico e comparativo – um sistema que eu definiria dinâmico visando ampliar a tutela jurisdicional dos direitos: consideremos sobretudo a tentativa de introduzir num viés interpretativo institutos como a sentença constitutiva que, na hipótese de inadimplência do contrato preliminar, produza os mesmos efeitos do contrato definitivo não concluído, ou a ação asseguradora geral¹⁰. Ao meu ver, sob a ótica da tutela jurisdicional dos direitos, a obra de Chiovenda guarda praticamente intacto todo seu frescor e atualidade¹¹.

Muito mais delicada é a avaliação das propostas de reforma de Chiovenda, propostas que, como é sabido, resultaram num projeto muito parcial redigido em 1919¹². O cerne da proposta é a adoção de um processo oral concentrado e imediato, a ser desenvolvido integralmente frente à corte, todo caracterizado pela atribuição ao juiz de uma “posição central de órgão público interessado em fazer justiça da maneira melhor e mais rápida possível”¹³. Daí a atribuição ao juiz de poderes amplos de colaboração com as partes na determinação tendencialmente definitiva do *thema decidendum* e do *thema probandum*, a previsão de amplos poderes instrutórios atribuídos ao juiz “para esclarecer a verdade dos fatos e para garantir à causa uma decisão conforme a justiça”¹⁴, a introdução de um sistema de preclusões, ainda que limitado, a decisão mediante sentença, na hipótese das partes não terem celebrado um acordo, das questões relativas às provas, a decisão também mediante sentença das questões que impedem o exame do mérito mas com a atribuição ao juiz do poder discricionário de decidi-las imediatamente ou na conclusão da instrução, a impugnação necessariamente diferida das sentenças não definitivas.

É difícil avaliar o conjunto da obra de Chiovenda. De fato, se seu sistema se baseia todo no caráter público da ação e da jurisdição, tais premissas servem a Chiovenda principalmente para ampliar ao máximo a tutela jurisdicional dos direitos, a instrumentalidade do processo em relação ao

¹⁰ Ver meu “Chiovenda e la tutela cautelare”, *Riv. dir. proc.* 1988, p. 16 ss. e in *Studi in onore di Mario Nigro*.

¹¹ Quase todos meus estudos publicados novamente in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari 1982, seguem esta linha. Ver meu “Attualità di Giuseppe Chiovenda”, *Foro it.* 1995, V, 1 ss.

¹² Publicado novamente in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, p. 1 ss.

¹³ Assim CHIOVENDA na Relação ao projeto cit. na nota acima, p. 38.

¹⁴ Assim no art. 29 do projeto.

direito material e a suas necessidades de tutela: ou seja, os pressupostos publicistas levam a uma ampliação da tutela dos direitos privados. Ademais, os pressupostos claramente publicistas em matéria de ação e jurisdição não induzem de maneira alguma Chiovenda a ampliar os limites objetivos ou subjetivos da coisa julgada, e isto em consideração ao respeito à liberdade do autor ou ao direito de defesa dos terceiros¹⁵. É diferente, porém, a avaliação que se deduz de suas propostas de reforma: nelas os pressupostos publicistas da ação e da jurisdição, junto com a exigência de realizar um processo rápido, induzem Chiovenda a ampliar provavelmente além da medida os poderes discricionários *lato sensu* do juiz e a reduzir os poderes das partes principalmente sob a dupla ótica de obter imediatamente uma sentença da corte e de poder reagir imediatamente a sentenças não definitivas¹⁶.

O sistema e o projeto de reforma de Chiovenda exerceram uma grande influência sobre a doutrina surgida a partir dos anos vinte: nos anais da **Revista de Direito Processual** a partir de 1924, ou nas monografias dos jovens Liebman, Costa, Andrioli, Carnacini, Allorio, Micheli, Garbagnati etc., a tônica publicista de Chiovenda (levada até a exasperação na versão aceita por Carnelutti) constitui o eixo de tudo o que foi escrito na época, salvo uma única voz contrária, a de Salvatore Satta, voz essa que parece todavia deter-se – pelo menos naqueles anos – nos pressupostos teóricos da ação e do escopo do processo, mais do que na análise de cada instituto¹⁷.

O núcleo principal colocado por essa tônica, isto é, a oposição liberdade da parte-poder do juiz, não é desenvolvido: principalmente na vigência de um código que permitia o controle imediato da parte sobre qualquer provimento do juiz e que limitava ao máximo os poderes discricionários do mesmo, o problema das garantias das partes frente aos poderes do juiz não constituiu objeto específico de análise.

A única discussão forte sobre as garantias constituídas pela predeterminação das formas e dos termos em matéria processual foi aquela desenvolvida, embora muito sucintamente, por Calamandrei e Allorio contra

¹⁵ Ver CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Nápoles 1935, especialmente números 124 e 133.

¹⁶ Ver particularmente os artigos 28 e 85.

¹⁷ Ver S. SATTÀ, “Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo”, *Riv. dir. proc.*, I, 1937, p. 32 ss. publicado novamente in *Soliloqui e colloqui*, p. 177 ss. Para indicações bibliográficas sobre a polêmica levantada por esta obra, ver TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, p. 247 s.

as tendências nacional-socialistas que visavam aumentar sem limites os poderes discricionários do juiz na gestão do processo¹⁸.

3. Neste contexto chega-se à emanação do novo código de processo civil de 1940¹⁹.

Ao contrário do c.p.c. de 1865, o novo código inspira-se claramente na prevalência do componente publicista sobre o privatista. As partes conservam o monopólio em relação à proposição da demanda (e das exceções arguíveis somente por instância das partes), mas perdem todo o poder sobre a determinação dos tempos do processo, poder este que é transferido para o juiz, e vêm pesadamente sancionada com a extinção imediata qualquer hipótese de inércia; os poderes instrutórios de ofício são ampliados, mas o princípio geral permanece o da disponibilidade das provas; são conferidos ao juiz não apenas amplos poderes de colaboração com as partes na determinação do *thema decidendum* e do *thema probandum* (além disso, é introduzido o instituto da livre oitiva das partes, do qual o juiz pode dispor em qualquer momento), mas também o poder discricionário definitivo de decidir se, frente a uma questão prejudicial processual, abstratamente apta a definir o processo, que impeça o desenvolvimento do mérito ou de uma questão prejudicial de mérito, entregar logo a causa ao colegiado a fim de provocar imediatamente uma sentença sobre tal questão, ou então proceder à instrução e deixar que a questão seja decidida quando do término da instrução; as sentenças pronunciadas sobre as questões sem definir o juízo nunca são imediatamente impugnáveis; todos os provimentos relativos às provas são emanados pelo juiz instrutor na forma da decisão revogável e nunca imediatamente apelável ou reclamável; atribui-se ao juiz o poder de declarar encerrada a instrução quando “considerar supérfluas, dados os resultados já alcançados, outras admissões de provas”, independentemente de as provas a serem acrescentadas visarem mudar ou confirmar o resultado da prova já produzida; é introduzido um sistema de preclusões aparentemente rígido

¹⁸ Ver CALAMANDREI, “Abolizione del processo civile”, *Riv. dir. proc.* 1938, I, p. 336 ss., publicado novamente in *Opere giuridiche* I, p. 386 ss.; id. “La relatività del concetto di azione”, *Riv. dir. proc.* 1939, I, p. 22 ss. publicado novamente in *Opere giuridiche*, I, p. 427 ss., 447 ss.; ALLORIO, “Giustizia e processo nel momento presente”, *Riv. dir. proc.* 1939, I, p. 220 ss., publicado novamente in *Problemi di diritto*, Milão 1957, III, p. 151 ss.

¹⁹ Pode-se ler hoje a história da gestação do código de 1940 in CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Nápoles 1992, contendo uma rica publicação de documentos. Ver também TARUFFO, *La giustizia civile in Italia*, p. 253 ss.

ancorado à conclusão da fase preparatória, preclusões porém que são superáveis também na fase da apelação em consequência do exercício de um poder substancialmente discricionário do juiz; ademais, quando a causa for de competência do tribunal, todos estes poderes discricionários são conferidos à nova figura do juiz instrutor, isto é, um órgão judiciário desprovido do poder decisório em relação à demanda. No quarto livro é introduzida uma disciplina bem pouco garantista dos seqüestros, diferentemente do que está previsto para as denúncias e principalmente para os novos provimentos de urgência; a disciplina comum aos procedimentos na câmara do conselho continua sendo referida quase que exclusivamente à discricionariedade do juiz, mesmo podendo incidir de maneira irreversível sobre direitos verdadeiramente subjetivos.

No plano da arquitetura deve-se também notar que o primeiro livro do código não começa mais com o princípio da demanda, mas com a disciplina da jurisdição e da competência.

O código é acompanhado por uma erudita relação barroca com referências ao autoritarismo do estado fascista, que serve para justificar o aumento dos poderes do juiz e a substituição do princípio de autoridade pelo de liberdade²⁰, embora num parágrafo equívocado se defenda “o princípio positivo, projeção do direito subjetivo”²¹ e em outro o princípio da legalidade das formas processuais, princípio porém cuja rigidez é abrandada pelo princípio da adaptabilidade referido “à sensibilidade das partes e à sabedoria do juiz”²².

O novo código é acolhido triunfalmente pela doutrina, que se dedica imediatamente ao seu comentário²³.

Entra em vigor em 21 de abril de 1942, e o fracasso do processo ordinário de cognição é quase imediato. Talvez devido às infelizes disposi-

²⁰ Ver particularmente os números 2, 3, 5, 12.

²¹ Assim o título do n. 13 da relação, a cujo respeito ver ANDRIOLI, **Commento al codice di procedura civile**, I, Nápoles 1941, part. p. 290 ss.; id. **Diritto processuale civile**, Nápoles 1979, I, p. 234 ss.; CARNACINI, “Tutela giurisdizionale e tecnica del processo”, in **Studi in onore di Redenti**, Milão 1951, II, p. 693 ss.

²² Ver nº 16 da Relação.

²³ Ver as obras de D’Amelio, Conforti, Redenti, Carnelutti e Calamandrei publicadas no primeiro fascículo da **Rivista di diritto processuale civile** de 1941. Ver também os primeiros comentários constituídos pela **Guida Pratica** de Satta já citada, pelas **Istituzioni** de Carnelutti, as **Istituzioni** de Calamandrei e o **Commento** de Andrioli. Sobre o assunto ver CIPRIANI, **Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti**, p. 53.

ções transitórias que previam a aplicação imediata do novo rito a todos os processos pendentes, mesmo que cancelados do registro de distribuição, certamente também devido à trágica situação de guerra que a Itália estava vivendo, com um grande número de magistrados, secretários, oficiais convocados pelas forças armadas, o novo processo tem muita dificuldade em decolar no seu primeiro ano de vida²⁴. Com a chegada de 25 de julho e 8 de setembro de 1943, a reação principalmente dos advogados começa a crescer, o código é rotulado de fascista, de mussoliniano, de autoritário, e provavelmente também porque sua aplicação exigia pesadas mudanças de costume que não podiam ser exigidas naquele particularíssimo momento histórico, pede-se sua imediata ab-rogação com o retorno ao velho código liberal de 1865 e ao procedimento sumário de 1901²⁵.

A reação dos processualistas é imediata e absolutamente compacta. Para dar uma idéia basta citar um ensaio clássico de 1944²⁶ de Andrioli e Micheli: “Não há dúvida – e seria hipócrita negá-lo – de que, enquanto no que diz respeito ao exercício da ação o código de 1940 não é menos democrático do que seu antecessor, no plano propriamente processual o fiel da balança decididamente deslocou-se da faculdade das partes para os poderes do juiz: numa palavra, pelo menos tendencialmente, passou-se do impulso de parte para o impulso de ofício”; mas – os autores têm o cuidado de acrescentar imediatamente, antecipando os resultados da pesquisa – “politicamente o impulso de ofício é tão pouco autoritário quanto o impulso de parte é democrático, porque os critérios do *modus procedendi* são apolíticos”. “O perfil publicista do processo civil não é um ‘achado’ dos regimes totalitários; na Itália foi evidenciado por Chiovenda, de cujos sentimentos liberais ninguém podia duvidar, e no exterior teve amplo desenvolvimento legislativo e doutrinário... A elaboração doutrinária na Itália do código de 1865, ademais, começando por Mortara e continuando com Chiovenda, Calamandrei, Segni, inspirou-se completamente no caráter público da função jurisdicional, mesmo na construção de um sistema baseado no código de 1865: tão preponderante era a exigência acusada pela ciência de que

²⁴ Sobre o assunto ver CIPRIANI, última obra cit., p. 66 ss., 80 ss.

²⁵ Sobre o assunto ver CIPRIANI, obra cit., p. 80 ss.

²⁶ Ver ANDRIOLI-MICHELI, “Riforma del codice di procedura civile”, Caderno dedicado à *Defascistizzazione e riforma dei codici e dell’ordinamento giudiziario*, **Ann. dir. comp.** XVIII, 1946, p. 199 ss. de cujas páginas 201, 202, 203 e 204 foram extraídas as citações deste texto.

nosso processo acompanhasse não apenas os progressos alcançados no exterior, mas a inegável evolução do próprio Estado Italiano, de cujo ordenamento fazia parte o processo civil de 1865”. “Pelos observações aqui expostas, relativas principalmente ao ordenamento inglês, parece claro que a evolução dos juízos cíveis no sentido de reforçar os poderes do juiz não é condicionada, nem lógica nem cronologicamente, pela instauração de um estado totalitário, mas responde ao progresso das condições técnicas e processuais em curso há mais de dez lustros e que também os países mais democráticos acolheram considerando-o perfeitamente conciliável com as premissas políticas e constitucionais nas quais se inspiram. O cerne desta evolução não deve, portanto, ser reconduzido a um princípio político de exaltação do Estado, mas à exigência – que o Estado moderno sente cada vez mais – de utilizar a atividade jurisdicional da melhor maneira possível”. “Em outras palavras, se é verdade que a concepção autoritária do Estado favoreceu a introdução de um processo, no qual são conferidos ao juiz amplos poderes quanto à condução do procedimento, também é verdade que este tipo de processo havia sido auspiciado pela prática e pela ciência processualística italiana em nome daquelas exigências técnicas que já haviam se imposto em todos os países e que nascem não de considerações extrínsecas, de ordem política ou ocasional, mas sim surgem do próprio interior do processo, digamos da lógica do processo civil”²⁷.

A evolução do caso²⁸ é conhecida: evitada a ab-rogação, os processualistas conseguiram, por meio de uma miríade de intervenções, diluir a reforma do código, que desembocou enfim na Lei nº 581 de 14 de julho de 1950.

Substancialmente, com a novidade de 1950, a cultura processualista ganhou sua batalha em defesa do novo código, embora fosse obrigada a ceder em alguns pontos, principalmente no que diz respeito à impugnação imediata das sentenças não definitivas e à extinção (entre os processualistas nunca houve acordo sobre o regime das preclusões, e o próprio código de 1940 acolhia uma solução de compromisso): o código de 1940 era o fruto, ainda que imperfeito, da escola processualista italiana que, a partir de

²⁷ Com o mesmo objetivo ver também S. SATTA, “In difesa del codice di procedura civile”, *in Foro it.* 1947, 4, 45.

²⁸ Amplamente tratada por CIPRIANI, *il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, p. 80 ss.; TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal ‘700 a oggi*, p. 389 ss.; ver também meu “Il processo di cognizione a trent’anni dal codice”, *Riv. dir. proc.* 1972, p. 35 ss.

Giuseppe Chiovenda (e para alguns a partir de Lodovico Mortara), acentuara o componente publicista em detrimento do privatista.

A polêmica em torno do caráter fascista ou não, autoritário ou não, do código de 1940 foi perdendo força progressivamente e os processualistas, recuperada sua tranqüilidade, puderam voltar a dedicar-se ao estudo do processo acentuando seu componente publicista.

Em 1955, intervindo num aceso encontro entre magistrados, docentes universitários e advogados sobre o juiz instrutor²⁹, Piero Calamandrei, com sua habitual clareza, capta mais do que o problema, o modo pelo qual os processualistas o enfrentavam e continuaram a enfrentá-lo há até bem pouco tempo. Na “prevenção de uma parte dos advogados contra o código vigente existe – como precisamente apontou o colega Andrioli – também uma razão de caráter mais geral, que toca a noção mesma do processo e os fins da justiça civil. Trata-se do choque entre duas concepções do processo civil, a publicista e a privatista. Na concepção privatista, que alguns continuavam considerando preferível, o juiz tem a posição de árbitro num jogo. As partes trocam golpes e quando o jogo acaba o juiz calcula os pontos e determina o resultado. O código de 1942, embora não possa ser considerado um código integralmente chiovendiano (por faltar-lhe a aplicação integral do princípio da oralidade, segundo o qual todas as provas deveriam ser produzidas, assim como no debate penal, frente ao colegiado), inspira-se contudo na concepção publicista, segundo a qual o processo civil também persegue um objetivo de interesse público. Esta concepção publicista tem seu órgão no juiz instrutor: para não destruir sua própria razão de ser, a função do juiz instrutor não pode ser a de assistir passivamente à troca das petições, deixando as partes esgotarem seus argumentos como melhor lhes convier, ou exponham, como outros preferem dizer, suas baterias, para depois intervir no último momento, sem nenhuma finalidade a não ser receber os autos. O juiz instrutor, a fim de responder ao escopo para o qual foi instituído, deve ser um estimulador das partes, um pesquisador ativo da verdade, mesmo quando as partes não sabem ou não querem descobri-la. A função que o código quis dar ao juiz instrutor (que agrada ou não é outra questão) foi a seguinte: que, quando as partes se apresentam diante dele após a troca preliminar das petições preparatórias (ato de citação e oferta de resposta), ele se empenhe não apenas por meio do estudo de tais petições, mas sobre-

²⁹ Ver Autos do encontro *in* **Il giudice istruttore nel processo civile**, Milão 1955.

tudo através do contato direto com as partes, no sentido de trazer à tona as questões essenciais da causa”³⁰.

Como resposta aos advogados³¹ que se queixavam do poder substancialmente discricionário, e de qualquer forma não susceptível de um controle imediato, do juiz instrutor no sentido de escolher o momento em que fazer decidir (por meio de sentença imediatamente impugnável) as questões prejudiciais impeditivas do exame do mérito ou as questões prejudiciais de mérito, os processualistas punham um verdadeiro *fin de non recevoir* baseado no caráter público do processo.

A concepção agora resumida por Calamandrei continuou prevalecendo pelo menos nos estudiosos mais atentos aos problemas da reforma do processo de cognição. Nela basearam-se a reforma de 1973 do processo do trabalho (que previa, porém, a introdução de um rígido sistema de preclusões e a análise do processo por parte de um juiz monocrático, sem a infausta contraposição juiz instrutor-colegiado) e os numerosos estudos que apoiaram sua entrada em vigor e sua aplicação³²; nesta mesma concepção baseou-se ainda a reforma que resultou na Lei 353/1990 (que também previa, porém, o estudo do processo normalmente por parte de um juiz monocrático e a introdução de um articulado sistema de preclusões).

Diria que a prevalência do elemento publicista sobre o privatista afirmada por Chiovenda no início do século continuou permeando todos os estudos sobre a reforma do processo, assim como a partir dos anos 70, o discurso de Chiovenda foi retomado e desenvolvido no âmbito da tutela jurisdicional dos direitos e da efetividade da tutela³³.

³⁰ Ver intervenção no encontro citado à nota acima, Autos, p. 242 ss.

³¹ Ver no decorrer do mesmo encontro citado acima a intervenção de CASTELLET, p. 302, 303. Ver também, para informações mais amplas, as obras de CIPRIANI, “la ribellione degli avvocati al c.p.c. del 1942 e il silenzio del Consiglio nazionale forense”, *Rass. for.* 1992, p. 71 ss. e “Gli avvocati italiani e l’ ‘esperienza fallita’”, *Rass. for.* 1997, p. 179 ss., publicados novamente in **Ideologie e modelli del processo civile**, Nápoles 1997, p. 75 ss., 103 ss.

³² Para a compreensão do clima cultural desses anos vejam-se os estudos de M. CAPPELLETTI, **Processo e ideologie**, Bolonha 1969; id. **Giustizia e società**, Milão 1977; V. DENTI, **Processo civile e giustizia sociale**, Milão 1971.

³³ Ver nota 11. Consultar também MONTESANO, **La tutela giurisdizionale dei diritti**, 2ª ed., Turim 1994; A. DI MAJO, **La tutela civile dei diritti**, 3ª ed., Milão 2001.

4. Apenas nestes últimos anos³⁴ foi explicitamente retomado na Itália o debate público-privado no processo civil³⁵.

Fruto desta renovada reflexão foi principalmente o tema das garantias.

4.1. Em primeiro lugar, pareceu a alguns³⁶ que o núcleo essencial das garantias do processo civil de cognição plena é dado pela predeterminação legal das formas e dos termos. Principalmente no processo de cognição plena (ou nos processos de cognição plena), a fase introdutória e preparatória, a fase instrutória e a fase decisória, devem ser predeterminadas de maneira tendencialmente exaustiva pelo legislador, e sua determinação não deve ser remetida ao poder discricionário do juiz.

O juiz, ademais, deve ser dotado de poderes diretivos em relação ao desenvolvimento do processo, deve ao mesmo tempo ser destituído de poderes processuais discricionários susceptíveis de influir no conteúdo da decisão.

Em 1985 Giovanni Fabbrini concluía seu brilhante verbete sobre os poderes do juiz nos processos de cognição plena³⁷ observando: “a conclusão final pode ser esta: a regularidade do processo como única possível garantia positiva da justiça do resultado, e o juiz como senhor do processo; mas senhor de um processo que não é uma trama da *commedia dell'arte* (e apesar de todas as intervenções da Corte Constitucional assim permanece o processo *ex vi* art. 737 ss. quando utilizado para a tutela dos direitos); senhor de um processo que “é um tecido rígido de nós”, de nós “entrelaçados com poderes capazes de produzir efeitos e com poderes capazes de

³⁴ Também no aprofundamento dos estudos históricos de Franco Cipriani, ver principalmente a monografia “Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti”, Nápoles 1992 e os estudos publicados em várias revistas e reunidos in *Ideologie e modelli del processo civile*, Nápoles 1997. Em 1991 Cipriani havia publicado sua primeira monografia de caráter histórico “*Storie di processualisti ed oligarchi*”. Ver também os estudos reunidos in *Avvocatura e diritto di difesa*, Nápoles 1999.

³⁵ Ver meus estudos “Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquanta anni di ritardo”, in *Quaderni fiorentini* 1999, p. 713 ss. e “Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato” *Foro It.* 2000, V, 73 ss. Inspirei-me amplamente a esses estudos na redação da primeira parte dessa relação.

³⁶ Ver principalmente, no rastro de Fabbrini, A. PROTO PISANI, “Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss c.p.c.”, in *Riv. dir. proc.*, p. 393, ss. id. **Lezioni**, p. 582 ss.; S. MENCHINI à voz **Regiudicata civile** Digesto IV ed. disc. priv. vol. XVI Turim 1998; id., “Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate”, in *Dir. proc. amm.* 1999, p. 921 ss.

³⁷ G. FABBRINI voz “Potere del giudice” (Dir. Proc. Civ.), **Enciclopedia del Diritto**, Milão 1985, v. XXXIV, p. 721 ss.

controlar os efeitos produzidos: até o limite do julgado formal, isto é, até o momento em que o ordenamento considera encerrado, segundo o desenvolvimento correto, todo o curso processual”.

Em seu verbete, Fabbrini distinguiu os poderes do juiz no processo de cognição plena em *duas* grandes categorias, os que dizem respeito apenas à condução do processo e os que são capazes de influir no conteúdo da decisão do juiz.

Escrevia o autor: “Na estrutura do processo é fácil colher a existência de poderes do juiz cujo exercício não surte efeito algum sobre o conteúdo da decisão”; e no âmbito destes poderes ele colocava expressamente o poder de marcar a data das audiências.

Poderes desta espécie – mesmo devendo ser sempre previstos pela lei – podem (e muitas vezes devem) ter conteúdo discricionário e serem determinados em consideração *tanto* da carga de trabalho de cada juiz, *quanto* das características concretas de cada controvérsia. Nesta hipótese é, ou deveria ser, suficiente que a lei se limite a prever o poder, deixando à discricionariedade do juiz a individualização de seu conteúdo.

Completamente diferente é a situação no que diz respeito à segunda espécie de poderes do juiz, os poderes que podem incidir sobre o conteúdo da decisão, como por ex. os poderes de conhecer de ofício do defeito de pressupostos processuais, ou seja, o poder de relevar de ofício questões de fato ou de direito relativas ao mérito da controvérsia, ou ainda os poderes instrutórios de ofício etc. Em todas estas hipóteses, o legislador deve predeterminar de maneira clara tanto os pressupostos, o parâmetro de exercício de tais poderes, quanto seu conteúdo e o momento do processo em que podem ser exercidos. Em relação a esta segunda espécie de poderes – poderes capazes de incidir sobre o conteúdo da decisão – não deve nem pode ser deixada ao juiz nenhuma discricionariedade, e o valor do processo justo exige sua rígida predeterminação legal: caso isto não aconteça, será mister *ou* remeter a norma que os prevê à Corte Constitucional, *ou*, em termos de interpretação adequada, acolher uma interpretação que de maneira sistemática reconduza o exercício e o conteúdo destes poderes a pressupostos rígidos (pensemos, a esse respeito, nos esforços enfrentados pela doutrina para individualizar um parâmetro de exercício rígido dos poderes instrutórios de ofício previstos pelo art. 421, alínea 2, ou pelo art. 437, alínea 2 do c.p.c., ou nas grandes perplexidades suscitadas pelo poder atribuído ao juiz pelo art. 209 de declarar encerrada por superfluidade a instrução, ainda

que os meios de prova declarados supérfluos visem contestar o resultado das provas já produzidas).

A determinação das formas, dos termos e do conteúdo dos poderes das partes (em tema de demandas, exceções, provas etc.) deve portanto necessariamente ocorrer com base na lei e *não* pode ser deixada pelo legislador ao poder discricionário do juiz: pena a transformação daquele direito de ação e de defesa de que fala o art. 24 de direito em interesse cuja proteção é subordinada ao poder discricionário do juiz.

Obviamente isto não significa que deva existir um único modelo de processo de cognição plena, nem muito menos que não seja oportuno prever de maneira atípica um modelo ou vários modelos de processo simplificado.

4.2. Recentemente foi apresentada na Itália a proposta³⁸ de introduzir, ao lado do processo atípico ordinário de cognição, um processo atípico simplificado que deveria permitir ao autor iniciar um processo segundo formas e termos simplificados, com possibilidade de encerramento do processo em primeira audiência com sentença redigida de forma simplificada, apelável, em que o demandado não conteste ou reconheça a demanda (ou, em hipótese a ser predeterminada, não compareça), ou seja, a controvérsia se refira apenas à determinação do *quantum* de compensação, ou então (quando não se verifique nenhuma destas eventualidades e/ou seja necessária uma atividade instrutória) com prosseguimento nas formas processuais ordinárias mediante disposição de mudança de procedimento.

4.3. Na Itália, nestes últimos quinze anos foi amadurecendo a convicção de que, frente à irreprimível necessidade e oportunidade de prever provimentos sumários, cautelares ou genericamente antecipatórios, provimentos capazes de incidir sobre a realidade extra-processual, deve-se atribuir à parte sucumbente o poder de provocar um controle imediato do provimento por parte de um órgão colegiado do qual não faça parte o juiz que emanou o provimento impugnado. Isto já foi previsto em relação aos provimentos cautelares do art. 669-terdecies introduzido pela reforma de 1990, mas cada vez mais amplos são os consensos sobre a oportunidade de estender tal previsão também a todos os provimentos sumários não cautelares susceptíveis de incidir sobre a realidade extra-processual³⁹.

³⁸ Ver enfim F. CIPRIANI – M.G.CIVININI - A. PROTO PISANI “Una strategia per la giustizia civile nella XIV legislatura”, in *Foro it.* 2001, V, 81 ss.

³⁹ Ver meu “Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile”, in *Foro it.* 2000, V, 241 ss.

4.4. Enfim, na Itália apresentou-se a oportunidade⁴⁰, para garantir o direito da parte de ser julgada por um juiz natural pré-constituído por lei, de introduzir uma disciplina que permita um controle preventivo e imediato não apenas das questões relativas à competência, mas também daquelas relativas à individuação do juiz pessoa física designado para o exame de cada controvérsia.

4.5 – Gostaria de concluir com uma observação final. Público e privado constituem os componentes intrínsecos de todo o processo civil: é portanto inevitável que qualquer proposta de reforma parta do diverso ponto de equilíbrio que, em relação aos inúmeros nós do processo, se pretende alcançar para a composição deste eterno contraste. ◆

⁴⁰ Ver meu “Per l’attuazione ragionevole della garanzia del giudice naturale”, **Foro it.** 2000, V, 241 ss.

CLÁUSULAS ABUSIVAS*

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

Professor da EMERJ. Desembargador do TJ/RJ

O Des. Sylvio Capanema mostrou bem e praticamente já antecipou os fundamentos de qualquer intervenção que eu pudesse aqui fazer na matéria sobre cláusulas abusivas. Sobre tudo da cláusula da boa-fé, que vai deitar suas raízes não só no direito germânico, mas também, na mais remota antigüidade, na qual todos os romanos prestigiavam a boa-fé, embora sob o caráter subjetivo. Agora, esses fundamentos já estão muito bem lançados e daí se extrai, facilmente, quando é que uma cláusula poderia ser considerada abusiva ou iníqua perante o Código de Defesa do Consumidor.

Um desafio que se propõe a todos nós, magistrados, é exatamente o da identificação de um sistema jurídico que optou pelos chamados “sistemas abertos”, ou seja, cláusulas *standards*, normas em branco, normas abertas, fundadas sobretudo na boa-fé, e que o juiz terá que identificar, em cada situação, nas espécies que lhes são submetidas a todo momento.

Surge aí o grande desafio: de que critérios se valerá o magistrado para poder rotular ou classificar como abusiva determinada cláusula? Em que sentido se deverá ter por abusiva também a cláusula?

Essa tarefa que pode parecer, a princípio, facilitada pelo elenco de cláusulas do Código, na prática, sabemos que não é, uma vez que o elenco daquelas cláusulas do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor é exemplificativo, e vai requerer do magistrado uma acuidade, uma atenção, uma apreensão dos fatos e, sobretudo, uma segurança dos conceitos do Código de Defesa do Consumidor, para poder se pronunciar se aquela cláusula é ou não abusiva.

E essa tarefa, creio que podemos penetrar nela, a partir inclusive da conferência do Prof. Alfredo Calderale.

* Exposição realizada na EMERJ, em 27/04/2001, no Seminário: “Direito do Consumidor no Brasil e no Mercado Comum Europeu”, como debatedor, na mesa em que foi conferencista principal o Prof. Alfredo Calderale, das Universidades de Bari e Foggia, Itália. (Rev. EMERJ nº 14).

O nosso Código de Defesa do Consumidor entrou em vigor em 1990, portanto, anterior à modificação ocorrida no Código Civil Italiano. E neste, ao invés de uma lei em separado, se optou em proceder à modificação do Código, na parte geral dos contratos, acrescentando, dentro da terminologia, artigo 1469 bis e aí vêm vários itens. Cada um deles, na parte geral dos contratos, mostrando exatamente a interação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Direito Civil e, sobretudo, a influência de seus princípios na nova teoria geral dos contratos. Vale dizer, uma releitura do próprio Código Civil sob essa perspectiva; em suma, lá se optou por essa linha e, como nós vimos aqui, na exposição do professor Calderale, esse desafio também se propõe, hoje, na Itália.

Que lições podemos extrair do que ele disse, em confronto com nossa legislação? Vamos primeiro meditar: em 1989 nosso Código; em 1993 a diretiva; 1996 modificações no Código Civil Italiano e em outros países; alguns anteriores. Em 1989, ainda os restos do Muro de Berlim, que marcam a divisão do novo período da humanidade, não haviam ainda sido recolhidos para que se desse como superada uma fase histórica e o mundo ingressasse em outra que realmente está se descerrando, que é a do mundo interligado, sem barreiras ideológicas, com dificuldades apenas de comunicação, decorrente da identidade cultural própria de cada povo, de cada País.

Hoje, estamos num mundo sem ideologias e não me esqueço, como certa feita, um grande professor e, após Ministro, o professor Afonso Arinos de Melo Franco, numa conferência que pronunciava na Faculdade de Direito da UFF, dizia: “as ideologias surgem de noite e fenecem de madrugada”. O que importa é a realidade da vida. Essa, sim, que se impõe sempre aos homens e aos fatos. E são esses fatos que se submetem e se apresentam aos juízes trazendo um desafio direto.

Podemos dizer que da metade de 1990 para cá é que, realmente, se ingressou nessa era da globalização e hoje se assiste no mundo todo a uma concorrência entre empresas na busca do consumo, o que é decisivo para a vida econômica, não só de empresas de um país, mas de um sistema mundial. Não é preciso invocar exemplos, basta que nós nos lembremos de recentes crises. Há o problema do peso na Argentina com reflexo imediato no Brasil, na balança comercial e nas vendas. Os juros baixam nos EUA, imediato reflexo aqui pela retração de procura, menos possibilidade de compras etc. Então, num mundo onde uma crise

na Rússia, na Tailândia, na Indonésia, repercute aqui imediatamente, nós não podemos pretender apenas nos orientar por categorias exclusivamente nossas.

O Professor Calderale nos deu uma demonstração em sua intervenção, de que a União Européia, atenta a essas perspectivas, vem procurando amoldar as legislações, exatamente a esse desenvolvimento que está ocorrendo, dentro de um espírito de concorrência e de competição.

Pois bem, apreendi das suas intervenções, por exemplo, a despeito da Diretiva de 1993, agasalhada no Código Civil Italiano, nos termos de cláusulas abusivas: ele deixou bem nítido que evolução vem se fazendo hoje, sobretudo no sentido de se procurar uma formalidade de todos os atos ou procurar uma garantia formal de todos os atos das relações de consumo, de modo a tornar segura, livre de qualquer dúvida, sobretudo a informação. E não mais a informação sobre o produto, mas a informação sobre o contrato de um modo geral. Então, passa-se, na sua linguagem, de uma fase de informalidade para uma nova fase de formalidade. Mas de formalidade voltada a resguardar o consumidor como um todo, não um consumidor indivíduo, visando a permitir que lhe cheguem informações com respeito não mais ao produto, mas a toda a série de transação a que ele deverá proceder.

É desse modo, por conseguinte, que o Mercado Comum Europeu está tentando se resguardar perante, talvez, outros mercados. Buscando uma disciplina uniforme em que as garantias sejam as mesmas, por via de um sistema bloqueado de cláusulas e de uma forma mais ou menos restrita, rígida, com esse objetivo. Então, o que diremos? O nosso Código de Defesa do Consumidor elenca no artigo 51, inúmeras cláusulas ditas abusivas, que no Direito Italiano dizem-se vexatórias, para ser fiel à tradição, juridicamente.

O nosso Código de Defesa do Consumidor traz um rol meramente exemplificativo, significa dizer, outras cláusulas poderão ser rotuladas como tais, além daquelas. Agora, sob quais critérios? Nenhuma delas, em si, podemos dizer que seja uma cláusula típica, no sentido de ser uma cláusula hermética, que se aplique automaticamente a uma espécie.

Todas elas vêm informadas, impregnadas pelo princípio da boa-fé, que é uma cláusula geral, como bem disse o Desembargador Sylvio Capanema: “Cláusula geral que lembra muito o artigo 554 do Código Civil, quando coíbe o mau uso da propriedade e que traz um conteúdo elástico que é preenchido pelo magistrado, em situações concretas.”

Em síntese, podemos reproduzir no final, em praticamente todas as disposições, essa cláusula geral inserta no inciso IV, do artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor.

Agora, como aplicá-la a situações práticas que vão surgir? Às inúmeras situações da produção de bens, serviços e vendas de mercadorias, do nosso cotidiano? Em primeiro lugar, não há dúvida de que o critério já nos é oferecido por via da boa-fé, mas como traduzi-la em termos concretos? Bom, não se trata, evidentemente, da boa-fé subjetiva, mas sim da objetiva, que pressupõe um dever de correção e sobretudo um dever de informar. Mas todos poderiam dizer que esse dever foi frustrado, que não foi observado, que houve um inadimplemento em relação a esse dever ou a essa conduta que se exige do fornecedor de bens e do prestador de serviços antes, durante e depois de celebrado o contrato.

Essa situação é que nos desafia e verificamos, aí, que não se pode negar, e o Prof. Calderale mostrou em sua intervenção que se concede ao juiz um poder discricionário. Poder esse que não poderia faltar, analisando cada espécie, tentando classificar, rotular e verificar se ali está, ou não, uma cláusula abusiva. Mas vejamos bem: o juiz, sobretudo diante dessa tendência que já se esboça, agora, na União Européia, da formalização, compacta – formalização essa que de certo modo veda que se possam encontrar outras veredas, que não a nulidade, que é uma sanção quando há infração a uma dessas cláusulas, o juiz disporia de flexibilidade total, parcial, maior ou menor, para verificação dessas cláusulas ou não? Vale dizer, no momento em que a União Européia busca uniformidade para preservar o seu mercado único, com a formalidade dos atos que é cobrada e exigida, de que modo o juiz poderia exercer um poder discricionário, da mesma forma que entre nós também é a todo momento indagado e submetido à reflexão?

Teria limites? Esse poder discricionário poderia encontrar balizas oriundas do próprio microsistema que direcionasse a sua investigação, a sua pesquisa para identificação dessas causas? Talvez esse seja um grande desafio que se propõe, hoje, ao magistrado, não só na Europa como aqui no Brasil.

E, para podermos percorrer alguns caminhos e extrairmos ilações, temos que ter bem nítido o conceito do que seja cláusula abusiva. Essa, evidentemente, é uma cláusula que, além de atentar contra o princípio geral da boa-fé, frustra a expectativa do consumidor, e este é um dado que o juiz deve levar em conta para buscar identificá-la. A cláusula abusiva, em pri-

meiro lugar, não é uma cláusula cujo vício, como tal, se dê no curso do contrato. Porque se verificarmos que há uma situação dessa natureza no curso de um contrato, estamos na fase de sua execução e não temos como rotular de nula uma cláusula apenas porque ela se apresentou com caráter abusivo numa fase de cumprimento de obrigação do contrato.

Se ela é nula e não está privada de efeitos, e o nosso Código de Defesa do Consumidor fala em nulidade de pleno direito, então essa cláusula tem que estar identificada com a formação do próprio contrato. Ela é coetânea à formação do próprio contrato. Nisso ela se distingue da revisão de cláusula, que é uma outra situação que também a todo momento nos é submetida. Mas para tê-la como abusiva, o critério da boa-fé nos é útil, sobretudo, quando tentamos nos colocar na situação do consumidor, daquele que nutre expectativas em relação a um determinado contrato e não as vê atendidas.

Mas sob que ótica o juiz se colocaria na posição do consumidor para tentar aferir essas expectativas e chegar a uma conclusão oposta ou não? O juiz se colocaria na posição de alguém que vai refletir nas conseqüências daquele contrato: se o contrato surtiu os seus efeitos, se o contrato foi pactuado para surtir os efeitos jurídicos que lhe são inerentes e se isto era possível e era dado ao consumidor vislumbrar. É certo que o consumidor é um leigo, não vai meditar em efeitos jurídicos de um contrato e, sim, no resultado prático da operação econômica, da operação a ser celebrada. E quer me parecer que aí o juiz há de levar em conta as perspectivas não em função de um modelo jurídico, mas do resultado a que se visa alcançar com a prática daquela operação que está delineada, esboçada por via de um contrato.

Ainda assim, poderíamos indagar se o juiz não deteria uma soma de poderes excessivos ou então não estaria muito restrito na identificação dessas cláusulas? Vejam bem: primeiro, o sistema novo introduzido, das cláusulas gerais, do sistema aberto, é um sistema universal. Em alguns países as cláusulas abusivas se têm como inexistentes. Em outros, nulas, como no Direito Português, ao qual seguimos. Já no Italiano, a conseqüência é a ineficácia. Lá se optou pela ineficácia porque essa sequer é suscetível de ser tolhida por via de prescrição.

Em suma, a ineficácia é um conceito muito mais simples, singelo e que permite, inclusive, a retomada de efeitos do contrato, no momento em que desaparece aquele impedimento, que se apresentava como óbice, obstando a que se deflagrassem todas as conseqüências jurídicas.

Resumindo, o nosso Código optou pela nulidade e nulidade de pleno direito. Esse não é um termo estranho à nossa tradição jurídica. Esse termo, embora muitos sustentem que os Códigos, os microsistemas, o Código de Defesa do Consumidor tenham os seus próprios princípios de invalidade. Nulidade de pleno direito é um termo que já advém do Regulamento 737, de 1850, em que a nulidade era assim conceituada em relação à chamada nulidade mediante rescisão que carecia de ser demonstrada. A de pleno direito é aquela que se impõe de manifesto, pelo que vai ter de ser interpretada.

Vejam, então: nula de pleno direito significa, por conseguinte, uma cláusula privada de qualquer efeito, o que mais justifica que ela não tenha produzido efeitos em nenhum momento e, portanto, retroage, faz com que a sua identificação se vincule à formação do contrato. Mas não apenas isso: nulidade de pleno direito. Essa nulidade, todavia, o próprio Código diz, ela não contamina o contrato, ela fica reduzida à cláusula, em si.

E mais, o Código, com uma disposição sábia, mui útil e que parece que não existe em outros Direitos, diz no § 2º, do artigo 51: “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

Essa expressão apesar dos esforços de integração, quer me parecer, comete ao juiz exatamente um viés, que é aquele pelo qual indagávamos. O viés pelo qual ele pode exercer o controle sobre essas cláusulas, o que significa dizer que o juiz não está adstrito apenas à forma, ao exterior, mas penetra um pouco mais no conteúdo do próprio, por via desse esforço da integração que o Código de Defesa do Consumidor lhe reconhece para salvar o contrato e não permitir que uma cláusula o invalide totalmente, quando possa ser suprida, por esforço de integração.

Mas se o Código dá essa abertura em que medida pode o juiz ingressar e percorrer essa linha? Esse é um dado que nos desafia, e muito, porque os senhores diriam: já foi dito aqui o princípio da boa-fé. Mas esse princípio que envolve, exatamente, verificar se foi atendida uma expectativa razoável do consumidor, leva o juiz, quer queria ou não, a se colocar subjetivamente na posição do consumidor. E isso pode conduzir a uma insegurança que é contrária a toda evolução, que se processa no Direito Europeu na tutela do consumidor.

Como conciliar esse poder discricionário do juiz com essa necessidade de segurança que as relações jurídicas também impõem, não apenas

porque não desejemos, mas porque a segurança, hoje, é também um fato decisivo na concorrência no campo dos atos negociais, na concorrência empresarial, no mundo econômico e financeiro em que vivemos? A cláusula nos dá essa abertura. O critério da boa-fé conduz o juiz até inconscientemente a se colocar na posição de consumidor. O que pode levar a que ele se valha de critérios um pouco subjetivos. Ele teria de onde partir, considerando-se o texto, para extrair princípios e diretrizes? E aí tocamos num ponto que o Direito italiano talvez nos possa ser útil.

A lei italiana, ao adaptar a diretiva da União Européia, deu ênfase à boa-fé. Também se preocupou em tutelar a vulnerabilidade do consumidor. Mas, sobretudo, a lei italiana menciona um dado importante, o que é de a todo momento se preocupar com a preservação do chamado equilíbrio do contrato, o que significa dizer, o juiz não fará uma avaliação econômica do contrato, como se ele fora uma das partes, e sim, extrairá os critérios do contrato no que respeita ao equilíbrio, significa dizer, na contrapartida das prestações. E a isto ele pode proceder por segurança, sem o risco de incorrer, muitas vezes, em avaliações exclusivamente subjetivas.

E, quer me parecer, que esta é uma auto-avaliação que se justifica. Sobretudo, a partir da intervenção do professor Calderale, deve-se refletir e meditar no critério da preservação do equilíbrio do contrato como elemento informativo para aferição ou não, da abusividade das cláusulas, o que significa dizer, da sua nulidade ou não. Sabendo-se que, se for possível, deve-se, tanto quanto seja permitido, salvar o contrato, porque não interessa a uma economia globalizada, uma economia de produção em série, que as cadeias sejam rompidas. E um processo econômico hoje não é isolado, é um processo global que envolve muitos e, por conseguinte, a ruptura aqui ou ali pode comprometer todo um sistema econômico.

Os senhores diriam: mas isso aí vai exigir do juiz que esteja permanentemente detido em análises financeiras e econômicas. Não há dúvidas de que o juiz, hoje, é um homem situado em seu tempo e lugar. Ele deve estar a par do que se passa no mundo, no seu país e, sobretudo, na sua região. E, por conseguinte, ele não pode ficar alheio a tudo isso, como não pode deixar de interpretar o sentimento do homem comum, quando procura identificar as expectativas que ele nutre em relação à operação.

Mas o juiz pode e deve sem risco, sem temor, avaliar o critério do equilíbrio, e verificar se esse equilíbrio está comprometido em desfavor do consumidor, pois sem dúvida haverá neste caso uma cláusula abusiva, pre-

enchendo as normas em branco que o Código elenca. Se esse equilíbrio está preservado, o juiz deve, tanto quanto possível, e esse é um princípio que resulta do próprio direito privado moderno, aproveitar o contrato. Porque o sentido é o aproveitamento dos atos jurídicos de um modo em geral.

E depois da intervenção do professor Calderale ainda fiquei a meditar: se a União Européia já começa a enveredar por um rumo, de prestigiar o formalismo, cuja infração é punida pela nulidade, e o termo foi esse, a nulidade como sanção, se ela começa a enveredar por esse campo, porque é o único que lhe permite alcançar um mercado único para concorrer com outros, nós não podemos desprezar esse dado.

Também por que nós, aqui, não pensamos em verificar esse ou aquele dado da experiência e interpretar, o nosso Código de Defesa do Consumidor, prestigiando como sempre a boa-fé, as expectativas, mas, num contexto amplo, em que se concede, se pede, se reclama do juiz, que ele penetre no conteúdo do contrato, por via da avaliação de seu equilíbrio intrínseco? Os contratos são em geral comutativos, bilaterais, evidentemente pressupondo equivalência de prestações e que jamais isso ocorra em desfavor do consumidor.

É um dado que fica à reflexão, para que não se diga, primeiro, o que não ocorre: que os juízes brasileiros estão julgando o Direito do Código de Defesa do Consumidor como base apenas em uma opinião pessoal, do modo pelo que entendem e interpretam, como se estivessem, exclusivamente, na posição do consumidor. E que os juízes brasileiros, muitas vezes, são excessivamente benevolentes para com o consumidor e contra a empresa.

Para que não se diga – o que não corresponde à verdade – que os juízes estão tolhendo o desenvolvimento ou pelo menos a evolução, em si, do sistema financeiro e econômico, o que estaria inviabilizando a inserção desse sistema numa ordem econômica mundial nova que surge, independentemente da vontade de qualquer um de nós.

Os juízes brasileiros estão não só interpretando sentimentos do nosso povo, da nossa sociedade, como refletindo e meditando na experiência alheia. E aí nos é útil a experiência européia, poderíamos talvez caminhar para construir, edificar critérios para a identificação das cláusulas abusivas a partir do nosso próprio texto que, inclusive, é anterior à própria diretiva da União Européia e à reforma a que se procedeu nas principais legislações.

E fique então esse dado à nossa reflexão: o Brasil não pode ficar como a oitava economia do mundo, na retaguarda, sob o ponto de vista

econômico-financeiro em que a comunicação se encarregou de aproximar os homens e que nos traz critérios quase que harmônicos, nos campos financeiro, econômico e, conseqüentemente, no social.

O jurídico não há de ser um empecilho, mas um instrumento. O direito haverá de ser um instrumento para esse fim, jamais um obstáculo. Por outro lado, como temos uma legislação avançada, não se deve desprezar a experiência alheia no acompanhamento do que se passa nessa área, mas sim tentar aproveitá-lo ao máximo para, dentro da nossa legislação, em face dela, diante dela, por via dela e por meio dela encontrar os critérios que nos permitam, apenas, declarar aquilo que já sentimos.

Temos critérios e eles decorrem do resguardo da boa-fé, identificadas as legítimas expectativas do consumidor, assim considerando o homem comum diante do resultado econômico de uma operação. Toda vez que uma cláusula atente contra esses princípios, e que, sobretudo, vá comprometer o equilíbrio do contrato, que é o que se quer preservar, e esse papel só ao magistrado é reservado, sempre que isso ocorrer, e houver, então, uma cláusula abusiva, por conseguinte, nula de pleno direito, deverá ser extirpada daquele contrato, caso não possa se adaptar à lei.

Mas jamais o comprometerá em sua integralidade, porque não interessa estancar uma economia, todo segmento produtor e prestador de serviço, inclusive no âmbito financeiro, para que não haja um comprometimento da sociedade, que é vital para o crescimento e progresso do País.

Da lição do professor Calderale eu colhi toda essa reflexão e gostaria de submeter a todos os senhores, porque tudo isso demanda uma maturação de pensamento, que muitas vezes reclama dias do subconsciente e a elaboração consciente também, para chegarmos a formulações, encontros e soluções, dúvidas, retrocessos e avanços, tudo que se processa na vida.

Mas é um dado que, pelo menos, incita. A mim é o que ficou da sua conferência e que pode ser submetido à reflexão de todos nós para uma via que seja exatamente, a do fortalecimento do Judiciário Brasileiro no uso de um poder discricionário que é concedido ao magistrado no qual a sociedade confia e dele muitos esperam. Mas que jamais se identificou com o exercício arbitrário nem com o exercício puramente imaginário ou de opinião própria e subjetiva do juiz. ◆

ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

LETÍCIA DE FARIA SARDAS

Professora da EMERJ. Desembargadora do TJ/RJ.

I. INTRODUÇÃO

A proteção do consumidor é, sem dúvida, um dos maiores desafios da nossa era e tem representado, em todo mundo, um dos mais atuais e discutidos temas do direito.

Não se pode esquecer que o homem, a partir do século XX, com a revolução industrial, vive um **novo modelo associativo**, que tem sido denominado de **sociedade de consumo**.

O **crédito**, o **marketing** e a crescente dificuldade de **acesso à justiça**, figuras até bem pouco tempo desconhecidas da sociedade, ganharam relevância, piorando, em certos casos, a situação do consumidor.

Se nas sociedades primitivas o fornecedor e o comprador comercializavam através da *barganha*, numa evidente situação de equilíbrio das partes; agora o **fornecedor** passou a exercer a figura do **mais forte**, o que **dita as regras**, desestruturando e desequilibrando a balança da estabilidade social.

Assim é que se tornou necessária a intervenção do **Estado**, nas suas três esferas, nestas relações típicas do direito privado. O Legislativo para formular as normas reguladoras das relações de consumo. O Executivo para implementar as normas. O Judiciário para dirimir os conflitos decorrentes da implementação das normas.

Numa inequívoca preocupação com a implantação de uma Política Nacional de Relações de Consumo, pela **primeira vez na história constitucional**, a Constituição Cidadã de 1988 incluiu a **defesa do consumidor** dentre os *direitos e garantias individuais*, determinando no inc. XXXII, do art. 5º:

“XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

Esta pioneira norma constitucional faz parte de um complexo de normas, complementada, a nível da Carta Magna, com a inclusão da **defesa do consumidor** dentre os princípios gerais da Ordem Econômica e do estabelecimento do prazo de 120 dias, a contar da promulgação da Constituição, para que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor.

Assim é que, o inciso V, do art. 170 da Carta Magna, situado no Título VII, que trata da “Ordem Econômica e Financeira”, ressaltando a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, como forma de assegurar uma existência digna, destacou a *defesa do consumidor*, igualando-a aos princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da livre concorrência e da defesa do meio ambiente, dispondo:

*“Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
V – defesa do consumidor.”*

Com este arcabouço constitucional, e apesar de ultrapassado o prazo de 120 (cento e vinte) dias determinado no art. 48 do Ato das Disposições Transitórias, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, foi sancionado em setembro de 1990, com vigência a partir de março de 1991.

“Art. 48 - O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

II. FINALIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Com frequência tem se escutado a seguinte pergunta: **O Brasil tem hoje um Código de Defesa do Consumidor ou uma mera lei geral?**¹

E a resposta ofertada pelos autores do Código de Defesa do Consumidor, - ressaltando que o constituinte adotou a concepção de codificação, seguindo a melhor corrente estrangeira, admitindo a **necessidade** da criação de um arcabouço geral para regular o mercado de consumo -, é singela:

¹ **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Projeto** - Forense Universitária - 3. ed. - p. 10.

*“Ora, se a Constituição optou por um Código, é exatamente o que temos hoje. A dissimulação daquilo que era código em lei foi meramente cosmética e circunstancial. É que, na tramitação do Código, o **lobby** dos empresários, notadamente o da construção civil, dos consórcios e dos supermercados, prevendo sua derrota nos plenários das duas Casas, buscou, através de uma manobra procedimental, impedir a votação do texto ainda naquela legislatura, sob o argumento de que, por se tratar de Código, necessário era respeitar um iter legislativo extremamente formal, o que, naquele caso, não tinha sido observado. A artimanha foi superada rapidamente com o contra-argumento de que aquilo que a Constituição chamava de Código assim não o era.”*²

Assim é que a Lei nº 8.078/90 tem sido considerada como uma das mais modernas e avançadas legislações consumeristas dos países desenvolvidos.

O conjunto de suas normas, **de ordem pública, com relevante interesse social**, forma uma **disciplina jurídica única e uniforme**.

Seu **objetivo** primordial é a **tutela dos interesses patrimoniais e morais de todos os consumidores**.

Alguns doutrinadores, dentre eles sobressaindo Sérgio Cavalieri Filho, têm entendido que “... ***o Código do Consumidor realmente fez criar uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, aplicável em toda e qualquer área do direito onde ocorrer uma relação de consumo***”.³

Esta afirmação decorre da constatação de que as normas consumeristas codificadas se aplicam em toda e qualquer área de Direito onde ocorrer uma relação de consumo.

A advertência do conhecido divulgador do Código de Defesa do Consumidor é pertinente e sensata:

“Somos 160 milhões de consumidores no Brasil, sem contar as pessoas jurídicas, gerando diariamente outros tantos milhões de relação de consumo. Seria uma temeridade, e até

² Obra citada, p. 10

³ Programa de Responsabilidade Civil – Malheiros – 2ª edição - p. 359.

uma impossibilidade, se o legislador pretendesse retirar dos múltiplos diplomas legais tudo aquilo que se relaciona com os direitos ou interesses do consumidor para concentrar tudo isso em um minissistema jurídico. Isso seria impraticável. Por isso, sem retirar as relações de consumo do campo do Direito onde por natureza se situam, sem afastá-las do seu natural habitat, o Código do Consumidor irradia sobre elas a sua disciplina, colorindo-as com as suas tintas. Vale dizer, a disciplina do CDC alcança as relações de consumo onde quer que venham a ocorrer.”

Do entendimento deste aspecto, de **sobre-estrutura jurídica multidisciplinar**, advém a consciência de que os direitos básicos continuam regidos por suas normas, mas, no que pertine às relações de consumo, ficam **também** sujeitos ao CDC.

Exemplificando, para clarear o tema: os contratos continuam regidos por suas regras específicas, respeitados os seus princípios, tais como o da *liberdade de contratar* e o da *autonomia da vontade*.

Os seguros observam a boa-fé e o mutualismo - seus elementos basilares.

Os serviços públicos sempre serão regidos pelos princípios do Direito Público.

Os transportes respeitarão as cláusulas da incolumidade e as regras da comutatividade.

Todos, no entanto, no pertinente às relações de consumo, estão sujeitos às regras do CDC, autorizando a inversão do ônus da prova, a aplicação das normas da responsabilidade objetiva e o afastamento das indenizações tarifadas, assim como a vedação das cláusulas abusivas.

III. CONCEITO DE CONSUMIDOR E DE FORNECEDOR

Os dois pólos - ativo e passivo - da relação de consumo se encontram perfeitamente conceituados nas normas codificadas.

O conceito de **consumidor** adotado pelo CDC é exclusivamente de caráter econômico, levando em conta **basicamente** aquele que, no mercado de consumo, adquire bens ou contrata serviços, como *destinatário final*, pressupondo que o faz para atender uma necessidade própria e não para desenvolver uma atividade negocial.

É consumidor, portanto, a pessoa natural ou jurídica que adquire um veículo para uso próprio. Não o é quem o adquire para uma atividade negocial, como, por exemplo, para as denominadas *lotadas*.

A **coletividade de pessoas**, ainda que indetermináveis, está equiparada ao consumidor, pelo parágrafo único do art. 2º, do CDC.

O Código ainda equiparou ao **consumidor todas as pessoas determináveis ou não**, expostas às práticas comerciais (art. 29) e **todas as vítimas do acidente do consumo** (art. 17).

O conceito legal de **consumidor** está expresso no CDC, nos seguintes termos:

“Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único – Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

Fornecedor de produtos ou de serviços é o responsável pela colocação de produtos e serviços à disposição do consumidor.

O CDC não utilizou os clássicos termos *industrial, comerciante, banqueiro, segurador, importador* ou *empresário*.

Assim, todos que atendam as necessidades dos consumidores, a que título for, são considerados fornecedores.

Conceituando **fornecedor**, dispôs o CDC:

“Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.”

IV. CONCEITO DE PRODUTO E DE SERVIÇO

O **objeto** da relação de consumo será sempre um **produto** ou um **serviço**.

Produto, como definido no § 1º, do art. 3º, do CDC:

“§ 1º - ...é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.”

Serviço, nos termos do § 2º, do referido artigo:

“§ 2º - ...é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

V. RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

As inovadoras normas consumeristas transferiram para o **produtor** os riscos do consumo, adotando a denominada **teoria do risco do empreendimento**, também denominada de **teoria do risco empresarial**.

De acordo com esta teoria, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo, **tem o dever de responder pelos vícios ou defeitos dos bens ou dos serviços fornecidos, independentemente de culpa**.

A responsabilidade decorre do simples fato de **realizar qualquer uma das atividades de produzir ou de executar serviços**.

Houve a denominada **socialização do risco**, evitando que o consumidor fique sem reparação, ou assuma sozinho os **prejuízos** decorrentes dos acidentes de consumo. O **risco do consumo** não mais recai só sobre o consumidor. Está finda a fase da denominada **oferta inocente**, em que se tributava aos *acidentes de consumo* todos os riscos do ato de consumir.

Com o Código de Defesa do Consumidor aplica-se a **justiça distributiva**, repartindo os riscos inerentes às relações de consumo.

O art. 12 do CDC estabeleceu, expressamente, a **responsabilidade objetiva pelo risco do empreendimento**, dispondo:

“Art. 12 – O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e risco.”

Ao consumidor cabe provar o **dano** e o **nexo de causalidade** e pode ser beneficiado pela inversão do ônus da prova, estabelecida, expressamente, no inciso VIII, do art. 6º, do CDC.

Ao **hipossuficiente técnico**, facilita-se a defesa de seus direitos, com a inversão do ônus da prova, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação do consumidor.

O Código distingue a responsabilidade pelo **fato do produto ou do serviço** da responsabilidade pelo **vício do produto ou do serviço**.

- A responsabilidade pelo **fato** do serviço ou do produto está normatizada nos artigos 12 a 14 do CDC;
- A responsabilidade pelo **vício** do serviço ou do produto está normatizada nos artigos 18 a 20 do CDC.

VI. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO OU DO SERVIÇO

Fato do produto é o acontecimento **externo** que causa dano material ou moral ao consumidor, decorrente de um **defeito do produto** (concepção, fabricação ou comercialização).

É a hipótese conhecida de **acidente de consumo**. O defeito no sistema de freio dos veículos, objeto de reiterados *recall* dos fabricantes, capazes de causar acidentes, é um conhecido exemplo de **acidente de consumo** causado por **fato do produto**.

As pílulas de farinha que causaram gravidez indesejada, a televisão que explode e causa o incêndio, o raticida na geléia de mocotó, o vazamento de gás que causa explosão e morte, todos estes casos estão inseridos na responsabilidade pelo **fato do produto**.

São, portanto, **pressupostos** da responsabilidade por **acidente de consumo**: o **defeito** do produto, o evento danoso e o nexo de causalidade.

É responsável pelo **fato** do produto o **fabricante, o produtor, o construtor e o importador** (ver art. 12, § 3º)

O **comerciante**, porque não tem qualquer controle sobre a segurança e a qualidade das mercadorias, está excluído na via principal, mas responderá **subsidiariamente**, em via secundária, quando sua conduta concorrer para o **acidente de consumo**, como nas hipóteses do art. 13 do CDC.

São exemplos: não conservar adequadamente produtos perecíveis; fornecer produto sem identificação etc.

Tratando-se de **responsabilidade objetiva**, fundada no risco do empreendimento, é indispensável a comprovação do **nexo causal**.

A inexistência de **causa & efeito** afasta a responsabilidade. Caberá ao fornecedor, no entanto, elidir a presunção de culpa inerente à responsabilidade objetiva.

O § 3º, do art. 12 enumera as hipóteses de **exclusão da responsabilidade**, a saber: o produto não foi colocado no mercado pelo fabricante; o defeito não existe; a culpa é exclusiva do consumidor ou terceiro.

Tema relevante tem sido o da análise da *culpa concorrente*, ou como querem os doutrinadores de *concorrência de causas*.

VII. RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DO SERVIÇO OU DO PRODUTO

Na responsabilidade pelo **vício** do produto ou do serviço, trata-se dos defeitos inerentes aos produtos ou serviços – *in re ipsa*.

A hipótese não é mais de danos causados pelos produtos ou pelos serviços, como nos acidentes de consumo. Agora se fala de **vício de qualidade** ou de **vício de quantidade**.

São exemplos: o ferro que não esquenta, a geladeira que não gela, o iogurte com data vencida, o peso inferior do produto.

Os mecanismos para a defesa dos direitos do consumidor, nestas hipóteses, autorizam, **a critério** do consumidor e **alternativamente**, a substituição, o abatimento do preço ou a restituição da quantia paga, a complementação do peso etc.

Na responsabilidade pelo **vício** do produto ou do serviço, o **comerciante é solidariamente responsável** (ver art. 19).

VIII – CONCLUSÃO

Tema que sempre suscita debate é o relativo à aplicação das regras do direito intertemporal.

Como visto neste esboço, as normas consumeristas, seguindo tendência mundial, consubstanciam um arcabouço constitucional, formando uma **sobre-estrutura jurídica multidisciplinar**, aplicável a todos os segmentos do mercado de consumo, não podendo ser afastado das demais relações jurídicas, mesmo que disciplinadas por leis especiais.

Assim, como **lei mais nova** e da **mesma hierarquia** das anteriores que disciplinam a matéria, as normas elencadas no Código de Defesa do Consumidor **prevalecem sobre as leis anteriores**.

Tratando-se de relação de serviços ou de consumo, o CDC é a norma que recebeu do legislador maior, através de expresso comando constitucional, a incumbência de estabelecer uma disciplina única e uniforme para todas estas relações, prevalecendo sempre, naquilo que inovou. ◆

RESPONSABILIDADE CIVIL CONSTITUCIONAL *

ROBERTO DE ABREU E SILVA

Professor da EMERJ. Desembargador TJ/RJ

Coube-me trazer algumas reflexões sobre o tema que diz respeito à Responsabilidade Civil Constitucional. A evolução da obrigação de reparar, partindo da culpa, no início do século, para chegarmos à responsabilidade sem culpa no fim do século, demonstra uma realidade - o novo perfil do Poder Judiciário. A expressão sem culpa, no final do século, abrange aquelas diversas teorias que liberam a vítima da prova da culpa, para configurar seu direito subjetivo à reparação de danos injustos. Nessa expressão, sem culpa, lato sentido, envolvo as teorias da presunção de culpa, da inversão do ônus da prova da culpa, a do risco, a objetiva, a do risco administrativo etc. Esta nova realidade de se impor a responsabilidade civil, basicamente se demonstrando o nexo de causalidade entre a ação e o resultado danoso, preponderou na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Tudo isso, no entanto, foi impulsionado pelas conquistas sociais e evolução dos direitos fundamentais que plasmaram na Constituição de 1988, como direitos fundamentais, garantias individuais e liberdades públicas, que não podem ser olvidadas no momento da interpretação e da aplicação da lei.

Até o início do século, os direitos, liberdades públicas e garantias individuais eram declarados, mas, hoje, vivemos uma nova realidade: a sociedade não se contenta mais com declarações de direitos fundamentais. A sociedade hoje exige a realização dos direitos fundamentais e este encargo incumbe ao Poder Judiciário concretizar, eis que é o guardião da Constituição e, notadamente, aos juízes compete exatamente, realizar esse direito fundamental. Essa é a nova imagem do Poder Judiciário, no final do século XX e neste início do século XXI. A sua função é concretizar os direitos fundamentais.

* Exposição apresentada na EMERJ, em 25.05.01, no Seminário "Aspectos Multidisciplinares da Lei de Responsabilidade Fiscal".

A Carta Magna de 1988, no seu artigo 1º, inciso III, colocou o ser humano como centro de suas atenções, estabelecendo como direito fundamental a *dignidade do ser humano*. A dignidade representa uma exigência de respeito para com a pessoa no exercício da liberdade com responsabilidade por cada um. Esse novo paradigma deve nortear toda interpretação jurídica em sede de responsabilidade civil. A partir de então, não se pode dar um passo em sede de hermenêutica jurídica, sem levar em consideração essa invariante axiológica que é, exatamente, *o respeito à dignidade da pessoa humana*.

Em decorrência desse posicionamento, somos forçados a proceder uma releitura da responsabilidade civil, a começar pelo artigo 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece de forma categórica a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado e prestadoras de serviço público. Essa norma tem influência direta no Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97 – art. 1º, §§ 1 a 5) que estabeleceu, também, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e prestadoras de serviços no trânsito, no propósito de garantir um trânsito seguro.

Corroborando com esse entendimento, o artigo 28 estabelece o dever de cuidado do condutor, no sentido de diligência e prudência, para não perpetrar danos a outrem, evidenciando que o ser humano deve ser considerado de maior valor, no plano axiológico constitucional, quando se trata de vítima inocente, fazendo sempre gerar uma reparação dos danos. Isto porque nas situações de danos injustos, causados a pessoa inocente, a falta de diligência e prudência do lesante resulta evidente ou verossímil do próprio fato. A partir do momento em que se assentou na doutrina e pacificou a jurisprudência, no sentido de que a culpa leve ou levíssima, implica a responsabilidade civil, embora possa não ser considerado como elemento suficiente para uma responsabilização penal, entende este expositor que o dano injusto causado à integridade corporal ou patrimonial de uma pessoa, se a vítima é inocente, tal falta de diligência e prudência resulta evidente ou verossímil do próprio fato.

Em circunstâncias tais, haverá a violação do preceito do artigo 5º, X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, porque estabelece como direito fundamental a proteção à vida, à saúde, à segurança, à integridade corporal, à integridade patrimonial, contrapondo a todos o dever de respeito a esses bens intangíveis. E o inciso X, já estabelece a sanção,

que é obrigação de reparar os danos materiais e morais. Resulta desse raciocínio lógico a conclusão de que, por exemplo, aquele que abalroa um veículo pela traseira, causando lesões corporais a outrem, tira a vida de uma pessoa, em princípio, já ofende a norma constitucional que exige o respeito à integridade patrimonial, corporal, moral e à dignidade da pessoa humana. Em situação tal que a falta de diligência ou prudência do lesante, que nada mais é do que a negligência e imprudência, resulta evidente ou verossímil do fato (*ipso facto*). E se houver causa justificativa de conduta, tal justificativa deverá ser demonstrada pelo lesante, sob pena de se deflagrar a responsabilidade civil constitucional impositiva do artigo 5º, X, da CRFB/88.

Com relação à saúde, a Constituição garantiu, também, como direito fundamental a mesma proteção. Com efeito, no seu artigo 196, determinou ao Estado a proteção das pessoas que necessitam do seu socorro, nas situações de perigo de vida e à saúde, impulsionadas pelas circunstâncias da vida. A tutela do direito à saúde, hoje, constitui um mandamento constitucional indissociável da proteção que a Carta Magna defere à vida.

Por essa razão e levando em consideração o paradigma maior da dignidade da pessoa humana é que, na colisão de princípios ou de direitos dentro do corpo constitucional, deve prevalecer a norma que garante a integridade corporal e moral da pessoa humana. Por tal razão é que o Judiciário sempre defere uma tutela antecipada para garantir a proteção ao doente, no propósito de efetivar a proteção à saúde, seja contra uma empresa de saúde, ou o próprio Estado.

Não faz muito tempo, em novembro de 2000, nós tivemos um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, sobre essa proteção à saúde, no aresto em que foi relator o Ministro Celso de Melo. Uma situação de paciente com HIV, cuja ementa proclama: “*Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimentos gratuitos de medicamentos. Dever constitucional do poder, artigo 5º, caput e 196. O direito à saúde representa a consequência de proteção do direito à vida*”.

Em sede do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a Constituição garantiu o direito do consumidor na ótica de uma proteção especial, no artigo 5º, XXXII, como direito fundamental. E, no artigo 170, V, determina, também, tal proteção ao direito do consumidor. Se o direito do consumidor é um preceito fundamental, garantido pela Constituição, como cláusula pétreia, não se vê como uma medida provisória possa tentar suspender os

efeitos da proteção a esse direito fundamental. As normas de proteção ao consumidor não podem sequer constituir objeto de emenda, porque o direito fundamental constitui uma norma máxima garantida pela cláusula pétreia, no artigo 60, § 4º.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, atendendo a um mandamento constitucional - que, no meu sentir, constitui um microsistema, que consiste na densificação da Constituição, registrando normas constitucionais fora da Constituição -, estabelece, de forma categórica, a proteção à vida, à saúde, à segurança contra os riscos dos produtos e serviços, no artigo 6º, inciso I; e, no inciso VI, estabelece duas situações inusitadas que são a efetiva prevenção e a reparação dos danos patrimoniais, morais, lesivos a interesses individuais, coletivos e difusos por fato do produto ou serviço na relação de consumo.

A Constituição, neste passo, determinou tal proteção ao consumidor. A Lei nº 8.078/90 consubstanciou em seu corpo normativo o *princípio da segurança*. Sendo que essa proteção aos interesses jurídicos do consumidor é de natureza preventiva, razão pela qual estabeleceu-se neste quadro, uma situação nova, revelando a função preventiva da responsabilidade civil, que se torna possível de realização, com base no artigo 6º, inciso VI, da Lei nº 8.078/90, quando houver ilícito de perigo, que consiste na possibilidade ou iminência de grave lesão ou dano irreversível, a prejudicar interesses individuais, coletivos e difusos.

Dentro desse novo campo que exsurge, descortina-se do alvorecer do terceiro milênio, a função preventiva da responsabilidade civil quando se refere a tutela à saúde pública, ao meio ambiente, ao consumidor e integridade patrimonial e extrapatrimonial. Todas essas situações estão garantidas na Constituição. A proteção ao meio ambiente, no artigo 225; a proteção à saúde em situação de perigo, na Lei nº 6.938/81. E o instrumento adequado para se impor a obrigação de não fazer, que é a forma de se fazer valer a responsabilidade civil e preventiva, é através da tutela antecipada cautelar e, principalmente, a tutela inibitória prevista nos artigos 461 e 84 e seus parágrafos, principalmente, o 3º (do CPC).

A professora Catherine Tibierge,¹ da Universidade de Orleans, escreveu sobre esse tema: a natureza da responsabilidade preventiva. Tam-

¹ Libres Propos Sur L'Evolution du Droit Nº 3 - Paris: Dalloz, Juillet - septembre 1999 - **Revue Trimestrelce de Droit Civil**.

bém, já se pronunciou o nosso Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes, em trabalho recente, publicado na última **Revista de Direito**, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro², sobre essa função preventiva da responsabilidade civil, situação que é um novo enfoque. Por isso, hoje, a regra de ouro da responsabilidade civil não é a reparação do dano como forma de repressão, mas é a prevenção do ilícito. É preferível prevenir do que remediar.

Notadamente, nos danos ecológicos (Lei nº 7.367/85) ao consumidor, saúde pública, os prejuízos a interesses individuais, coletivos e difusos, como no caso da febre aftose, a atuação jurisdicional e das autoridades deve ser efetiva, e, principalmente preventiva, porque depois de instaurado o dano, é difícil realizar o direito à reparação. O processo de conhecimento, em si, já é tortuoso. Mais difícil ainda é a realização do direito no processo de execução dentro do nosso sistema jurídico processual. Por isso, impõe-se aos eminentes magistrados procederem a colmatação do vazio da norma jurídica, em sede de responsabilidade civil, com o princípio axiológico de proteção da dignidade da pessoa humana e de seus direitos fundamentais. Não se olvidando, destarte, de que a lei atua à Constituição, mas, a sentença constitui a síntese da Lei e da Constituição, no momento da conversão do Direito em Justiça, mormente, neste início da nova era em que a CRFB/88 impõe a hegemonia do SER sobre o TER.

Intervenção do Desembargador Sérgio Cavaliere, debatedor - Senhor Presidente (da mesa de trabalho), eminente Des. José Joaquim Fonseca Passos, dado ao adiantado da hora, vou me limitar a fazer apenas algumas breves observações. Mesmo porque o eminente Desembargador Roberto de Abreu acaba de fazer uma exposição brilhante. Devo dizer que o Desembargador Abreu recentemente defendeu sua tese de doutorado, exatamente sobre o tema, praticamente envolvendo responsabilidade civil e seus aspectos constitucionais. O título da tese foi: “Teoria da falta contra a legalidade constitucional”. É algo para estourar os miolos, temos que esperar a publicação e lermos devagar, com bastante atenção.

Eu gostaria de destacar alguns aspectos: em primeiro lugar, a importância que a responsabilidade civil adquiriu ao longo do século passado. No Código Civil, praticamente a responsabilidade civil estava circunscrita ao

² GOMES, Luiz Roldão de Freitas - **Revista de Direito TJ/RJ** - Espaço Jurídico, 2001 - v. 46, p. 65.

artigo 159 e em alguns outros artigos esparsos na Parte Especial. Com o decorrer do tempo, a matéria da responsabilidade civil - isso aconteceu também, Desembargadora Áurea Pimentel Pereira (componente da mesa), principalmente com a matéria de Direito de Família - alcançou um desenvolvimento importante e uma importância que passou a ser constitucional. Talvez não tanto quanto em matéria de Direito de Família, mas a matéria de responsabilidade civil teve uma evolução extraordinária e em grande parte, dada a sua importância, veio a ser constitucionalizada, isto é, prevista na própria Constituição e, por normas autoaplicáveis e não por normas programáticas.

Todos sabemos que, praticamente, a primeira disposição constitucional que tratou da responsabilidade civil foi a Constituição de 1946, em relação à responsabilidade civil do Estado. Era o artigo 194 e aquilo foi em decorrência de uma longa evolução, principalmente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Temos que admitir, que no Brasil, tal como na França, o Tribunal de Estado, o Conselho de Estado, coube ao Supremo Tribunal Federal esta tarefa extraordinária de elaborar uma doutrina e uma disciplina sobre a responsabilidade civil do Estado.

A Constituição de 1988 deu uma amplitude muito maior, às normas, a certas áreas da responsabilidade civil, consagrando-as na própria Carta Magna. E, o grande passo - o Desembargador Roberto Abreu mencionou - foi exatamente aquele adendo no artigo 37, § 6º, a responsabilidade objetiva que até a Constituição de 1988 era só do Estado (isto é, das pessoas jurídicas de direito público e não havia como estendê-las às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, não obstante Helly Lopes Meirelles e outros debaterem nesse sentido). A Constituição de 1988 estendeu essa responsabilidade a todos os prestadores de serviços públicos. De modo que aí, ela passou a ter uma enorme abrangência e, hoje, quando temos que tratar dessa questão, não temos que invocar lei infraconstitucional alguma - é diretamente a Constituição. Essa área é bem conhecida por todos nós.

Eu gostaria de destacar outro ponto importante que foi colocado pelo Desembargador Roberto Abreu: no momento em que a Constituição fez da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito - e isso é importantíssimo no meu entender - você abre a Constituição no primeiro artigo que diz: “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito*

Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:” Quais são os fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito? “*Inciso I - a Soberania; II - a Cidadania; III - a dignidade da pessoa humana*”. Quer dizer, o ser humano foi colocado no topo da pirâmide, da ordem jurídica e, a partir daí, então, não havia como não mais se admitir a reparação do dano moral. Então, o que é que encontramos no artigo 5º, incisos V e X? A reparação do dano moral e a imagem etc., nada mais é do que a consequência desse dispositivo, porque imagem, nome, dignidade etc., tudo isso integra aquilo que poderíamos chamar de dignidade da pessoa humana.

Por isso eu costumo definir o dano moral como sendo ofensa à dignidade da pessoa humana. Quando quisermos saber o que é dano moral, temos que verificar se houve, realmente, alguma agressão a essa dignidade da pessoa humana, que é formada por um conjunto de bens que integra a nossa personalidade. Então, a partir daí, também houve uma amplitude enorme da responsabilidade civil constitucional, que é hoje o dano moral.

O dano à imagem, o dano ao nome, dano à honra, tudo é uma decorrência de princípios que estão na própria Constituição. Não há mais que aplicar normas infraconstitucionais. E uma relevância que trouxe isso desde logo, foi exatamente a não limitação da indenização pelo dano moral. Todas aquelas leis, principalmente a Lei da Imprensa e o Código de Telecomunicações que estabeleciam limites para eventual reparação de dano moral, tornaram-se não mais vigentes, porque a Constituição não estabelece limites, deixando isso a critério da razoabilidade, da prudência, do bom senso etc.

Além dessas amplitudes, gostaria de destacar dois dispositivos porque eu percebo no Tribunal que alguns colegas - sem dúvida não é o caso de nenhum de vocês aqui presentes - ainda não atentaram bem para esse aspecto: o primeiro deles diz respeito à responsabilidade civil por acidente de trabalho, àquilo que se chamava de responsabilidade com base no direito comum. Isso foi batizado de tal maneira como “responsabilidade com base no direito comum” (porque era fundado no artigo 159 do Código Civil) que ainda hoje alguns colegas costumam assim escrever: “responsabilidade com base no direito comum”, quase sempre invocando ou aplicando o artigo 159 do Código Civil.

Essa responsabilidade também, hoje, está constitucionalizada e, me parece, até inconveniente usar o artigo 159, quando se tem um artigo constitucional. Se tem uma lei maior, por que vou usar o artigo 159? O artigo 7º,

XXVIII da Constituição Federal (ressaltamos que no artigo 7º todos sabem que dispõe sobre os direitos sociais, todos os direitos do trabalhador) diz assim: “*seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador*” - e aí está a responsabilidade objetiva com risco integral, essa é contra o INSS, “*sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa*”.

O que temos aqui? A Constituição consagrou aquele entendimento que já estava na súmula do Supremo Tribunal Federal. “*Indenização pelo acidente de trabalho em face do INSS que é risco integral, não exclui eventual indenização contra o empregador*”. Então é possível aplicarem-se as duas. Só que a súmula falava anteriormente em culpa grave e, hoje, a Constituição fala em culpa. Não é preciso que haja culpa grave, que é de difícil configuração, mas é preciso culpa.

Com efeito, sobre esses dois detalhes que eu queria chamar a atenção de vocês: em primeiro lugar, é um dispositivo constitucional; em segundo, está havendo uma tendência muito liberal dos nossos colegas que, praticamente, consideram isso uma responsabilidade objetiva. “Ah! caiu, se acidentou, caiu, machucou, tem que indenizar!” Eu lhes lembro que essa responsabilidade é subjetiva. Aqui teremos que analisar a culpa, teremos que verificar se o empregador violou algum daqueles deveres de cuidado que a caracteriza, por ser um de seus elementos essenciais.

Se fizermos, aqui, uma responsabilidade objetiva, eu ressalto que estamos contrariando o próprio texto constitucional. Claro que basta a culpa leve, mas é preciso analisar a culpa. É preciso que a sentença observe se, efetivamente, houve violação do dever, ou de segurança em seus equipamentos, se pôs o trabalhador em condições de riscos excepcionais. É preciso isso. Senão, *data venia*, estaremos dando uma aplicação de um dispositivo constitucional que não tem essa abrangência de responsabilidade objetiva. E há uma tendência de aumentar o número dessas ações, por exemplo, lá de Volta Redonda está vindo carradas de ações, agora, contra a própria empresa, porque teve hipoacusia bilateral.

O indivíduo já foi indenizado por acidente de trabalho, dez, quinze ou vinte anos atrás, está agora movendo uma ação de indenização contra o empregador, sem dizer nada. “Não, eu fiquei mais surdo.” “Quando entrei lá na empresa, eu estava perfeitamente sadio e quando saí, fiquei doente.” Isto é responsabilidade objetiva que, *data venia*, não basta para caracterizar a responsabilidade do empregador.

E uma outra observação que eu gostaria de fazer: os colegas, por certo, já observaram (primeiro porque têm chegado muito ao Tribunal) as ações de indenização contra o Estado por dano moral por ato judicial. Não somente dano moral, mas também dano material por ato judicial.

As Constituições anteriores tratavam da responsabilidade civil do Estado, objetiva, no capítulo do Poder Executivo. Hoje, a disposição está no artigo 37, como todo mundo sabe e, não há dúvida, se aplicam a toda a Administração Pública, os dispositivos do artigo 37. Aplicam-se esses princípios a qualquer dos Poderes, à Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes do Estado.

Então, aquela tese de que não se aplicaria a responsabilidade objetiva do Estado aos atos jurisdicionais ou judiciais, porque o dispositivo estava no capítulo do Poder Executivo, hoje não tem mais fundamentação alguma. Também não tem mais fundamento aquela idéia de que o Judiciário é soberano e como soberano não pode ser responsabilizado. *Data venia*, a soberania é do Estado como um todo e não, do Poder Judiciário. Se o Poder Judiciário é soberano por que o Poder Executivo e o Poder Legislativo não o são? Então essas teses, hoje, já estão ultrapassadas.

Depois da Constituição de 1988, surgiram várias teses de doutorado e, todas elas, entendendo que o artigo 37, § 6º, se aplica aos atos judiciais. E, com base nessas teses, está havendo uma grande quantidade de ações, destinadas à responsabilização do Estado, por atos judiciais. E a tese, o argumento principal desses autores é que a atividade judicial é, em outras palavras, um serviço público. E, assim como o Estado responde objetivamente pela atividade administrativa, como qualquer dos seus serviços, deve também responder objetivamente, nos termos do artigo 37, § 6º, por qualquer ato judicial e, conseqüentemente, sempre que uma decisão for errada ou equivocada, ou injusta, caberia ação de indenização.

É muito constante a ação de indenização, porque a pessoa foi presa em flagrante e depois absolvida por falta de prova; foi presa por um decreto de prisão preventiva e depois o inquérito foi até arquivado e, coisas dessa natureza. Em que ficamos? Eu gostaria, apenas, de chamar a atenção dos senhores para esse detalhe: nós temos na Constituição um outro dispositivo específico, que me parece, deve ser observado e considerado. Está no artigo 5º, LXXV, que diz assim: “*o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença*”. Então, a pergunta que eu sempre faço, especialmente em congres-

sos de que participo, é a seguinte: se toda a responsabilidade civil do Estado está no artigo 37, § 6º, por que esse artigo 5º, LXXV?

Os senhores vão encontrar alguns que chegam a escrever, dizendo que esse dispositivo é inócuo, que não se precisaria dele, porque já existe o artigo 37, § 6º. Ora, se na lei ordinária, não há palavra ociosa, como haveria um dispositivo ocioso na Constituição Federal?

É claro que esses dois dispositivos terão que ser compatibilizados. Evidentemente que haverá entre eles uma relação ou de generalidade ou de especialidade, de importância de princípios, do princípio da proporcionalidade. E, no meu entender, a Constituição fez uma clara distinção entre responsabilidade por atividade judiciária e atividade administrativa judiciária. Por exemplo, se o cartório atrasa num processamento, se um juiz levou um processo para casa por muitos dias, não estará exercendo função jurisdicional alguma, aliás estará deixando de exercê-la. Isso tudo é função administrativa. E, não há dúvida de que essa função administrativa está incluída no artigo 37, § 6º.

Entretanto, outra coisa é o ato judicial, o ato jurisdicional típico, aquele que o juiz exerce o poder e em que ele atua como agente político e não como agente administrativo. É aquele em que o juiz exerce a atividade de julgar. No meu entender, no artigo 5º, LXXV, inclui-se, sim, a responsabilidade pelo ato judicial típico, quer dizer, não basta, para responsabilizar o Estado por ato judicial típico, ato jurisdicional, ato de julgar, a mera atividade administrativa. Até em relação à decisão que seja injusta é preciso, como diz a Constituição, que fique caracterizado o erro judicial. Não é preciso que esse erro judicial, a meu ver, fique caracterizado através de uma ação rescisória ou de uma ação revisional. Ocorre que, muitas vezes, o erro fica caracterizado desde logo. Se o juiz concede uma liminar estapafúrdia e o Tribunal a cassa, se o juiz permite que o réu fique preso além do tempo necessário, é certo que isso tudo evidentemente tem erro caracterizado. Mas não sendo assim, terá que ficar, sim, caracterizado o erro judicial.

Eu costumo dizer que, se no crime *in dubio pro reo*, em matéria de responsabilidade civil, *in dubio pro Estado*, porque falta de provas não é caracterização de erro. Falta de provas é uma demonstração de que poderia ser “assim” ou “assado”. E quando o Estado prende legitimamente por prisão preventiva ou flagrante etc., ele não está praticando ato ilícito algum, ele está praticando ato lícito que está, inclusive, previsto e permitido na própria Constituição.

Eram essas as observações rápidas que eu queria fazer, até para que a nossa palestra tivesse um cunho de praticidade.

Intervenção do Dr. Marcos Antonio Ibrahim - Desembargador Roberto Abreu, eu gostaria de umas palavras de Vossa Excelência, sobre o seguinte tema: A que Vossa Excelência atribui a resistência do Poder Judiciário em responsabilizar o Estado naquelas situações em que há uma evidente e deliberada deficiência na prestação do serviço público? Eu me refiro, especialmente, à questão de segurança. Existem alguns esquemas, alguns locais do Rio de Janeiro, onde a violência, os furtos e roubos são conhecidos da população, da polícia, da imprensa, enfim, mas ainda há uma grande resistência do Poder Judiciário em reconhecer a responsabilidade do Estado pela falta deliberada do serviço público.

Desembargador Roberto Abreu - O eminente magistrado Ibrahim sabe perguntar e também sabe responder. Mas eu apenas vou fazer alusão ao fato de que a responsabilidade do Estado tem como pressuposto um dever jurídico específico de agir e, o dever de prestar segurança, não compete só ao Estado, mas a todos nós. Essa segurança é um dever genérico, porque é impossível o Estado prestar segurança individualizada. Nem nós magistrados temos esse privilégio. Também o Estado não tem como responder por fato de terceiro. Fato de terceiro é fato exclusivo dele. Então o que nós podemos fazer nessa hipótese?

Algumas situações podem ser analisadas. Se houver uma concorrência do Estado para o fato, por exemplo, o policial está por perto e não age, ou o Corpo de Bombeiros está por perto e não atua, se houver uma concorrência para o fato, evidentemente, aí será aplicada a responsabilidade civil do Estado. Mas num fato exclusivo de terceiro não se pode imputar-lhe a responsabilidade. Todavia, dentro dessa ótica, tem um aspecto interessante que eu gostaria de trazer à reflexão dos eminentes magistrados: é a norma do artigo 245 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Essa norma estabelece um dever ao legislador de providenciar uma lei que tutele as vítimas de crimes contra a vida, crimes dolosos. E, no entanto, nós estamos vendo que já se passaram mais de dez anos e não há providência legislativa alguma. Eu indago dos senhores: essas vítimas de fatos de terceiros que não são socorridas, mediante essa omissão legislativa do Estado, no sentido soberano, da União, será que não se poderia respon-

sabilizar a União por essa falha legislativa, durante dez anos? Essas vítimas ficam descobertas de qualquer amparo, de qualquer socorro?

Nós assistimos, aqui, à conferência do professor Alfredo Calderale, falando sobre as diretivas, notadamente na esfera de proteção a direitos fundamentais, quando ele disse que as diretivas da União Européia, da Corte, são no sentido de trazer uma obediência aos Estados participantes, um efeito vertical e, com relação aos direitos individuais, um efeito horizontal, ou seja, um efeito reflexo ou indireto. Mas quando se trata de diretiva que estabelece um dever de agir, de forma clara, que não precise de nenhuma colmatação com relação ao meio de execução, especialmente nessa esfera de proteção a direitos fundamentais, eu indago: lá, os juízes já decidiram, impondo a responsabilidade do Estado por falha legislativa ou por falta legislativa. Eu pergunto aos senhores: será que uma vítima de um crime perpetrado por um malfeitor, os seus dependentes não poderiam impor a responsabilidade do Estado por essa falta administrativa? Eu respondo com essa pergunta, porque é um tema que merece reflexão. Nessa parte, em tese, pelo menos, seria sustentável a defesa. Mas o resultado não podemos dizer qual é. É apenas um tema para reflexão.

E, com relação à sua resposta, especificamente, eu volto a dizer que o Estado não tem o dever específico de fornecer segurança a cada indivíduo. Isso seria o ideal. Mas no plano ideal não se pode exigir porque não se trata de obrigação.

Palavras do Desembargador Sérgio Cavaliéri - Não sei se poderia dar um adendo, eu diria, Ibrahim, que não vejo uma resistência por parte do Judiciário, em responsabilizar o Estado em hipótese como você colocou. Parece-me que a questão aí é o problema da prova, porque, normalmente, principalmente as vítimas estão tão acostumadas com a responsabilidade objetiva do Estado, que não se preocupam em provar culpa. Então, como na responsabilidade objetiva do Estado, artigo 37, § 6º, da CRFB/88, tem o dano e o nexo causal, o Estado vai responder e o juiz condena. No caso de omissão do Estado, como disse o Desembargador Roberto Abreu, ele não é responsabilizado objetivamente pela omissão genérica, senão ele passaria a ser o segurador universal. Então, teríamos aí, a teoria do risco integral.

É preciso que o dano seja causado por agente do Estado, e aí está o fundamento da responsabilidade pelo risco administrativo. As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus agentes, nessa

qualidade, causarem a terceiro. Só podemos aplicar o artigo 37, § 6º, quando estiverem caracterizados esses pressupostos: uma relação de causa e efeito entre agente do Estado ou atividade administrativa e o dano. Se o dano é causado por um assaltante, por chuva etc., não por um agente do Estado, não cabe a responsabilização objetiva.

Para responsabilizar o Estado por fato de terceiro, fato da natureza, há que se provar a culpa, ainda que seja culpa anônima. Quer dizer, a culpa do serviço, a falta do serviço, a teoria francesa, do serviço. Então há falta do serviço, quando o funcionamento foi mau ou não funcionou, mas é preciso que seja provado e isto é difícil. Então quase nunca o Estado é responsabilizado. Se ficar provada essa situação que Vossa Excelência colocou, de que a polícia estava lá perto, o Estado foi acionado, foi provocado e ele não tomou providências, então, evidentemente, que pode ser responsabilizado.

Quando passei por Vara de Fazenda Pública enfrentei essas situações, principalmente casos de desmoronamento em morros, com desastrosas conseqüências, que havia muito no Rio de Janeiro. Felizmente hoje não há tantos. Algumas vezes o Estado é responsabilizado e outras vezes não, porque a chuva normalmente não é agente do Estado. Mas eu me lembro de uma vez em que o Estado foi responsabilizado porque ficou caracterizado que o pessoal estava jogando lixo num determinado local, o Estado foi informado disso, esteve lá, interditou a área, mas não retirou ninguém de lá. Veio a chuva e derrubou dezenove barracos e morreram várias pessoas. Aí, não há dúvida de que ficou caracterizada a culpa. Então nesses casos há a falta configurada do serviço e o Estado pode ser responsabilizado. Então, no meu entender, é mais um problema de prova do que resistência do Judiciário em aplicar a medida e necessária responsabilização do Estado. ◆

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

NAGIB SLAIBI FILHO

Professor da Emerj e da Universo. Desembargador do TJ/RJ

1. A HERMENÊUTICA

Adotando o ensinamento de Carlos Maximiliano de que a Hermenêutica “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”,¹ podemos conceituar a Hermenêutica Constitucional como o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das normas constitucionais.

Distingue-se a Hermenêutica da interpretação e da aplicação: Hermenêutica é a ciência que fornece a técnica para a interpretação; interpretação é o ato de apreensão da expressão jurídica, enquanto a aplicação da norma é fazê-la incidir no fato concreto nela subsumido.

2. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição tem caráter próprio, *sui generis*, em face de sua supremacia sobre as demais fontes normativas, por sua natureza, lembrada por Carl Schmitt, de que é uma transição entre o ato político e o ato jurídico, levando a sua interpretação a peculiaridades especiais, como antes observara o sempre exímio Carlos Maximiliano:

“A técnica de interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objetivo colimado, redigida de modo sintético, em termos gerais.”²

¹ Carlos Maximiliano, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 9ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979, p. 1.

² Op. cit., p. 339

Note-se que a Constituição, embora se qualificando pela supremacia sobre os demais atos, é também ato jurídico e que, por si só, pelo fato de representar a manifestação de vontade do poder constituinte, intentando transformar a sociedade e o Estado, produz alteração no mundo jurídico e fático.

Sob o título **O negócio jurídico como regulamentação de conseqüências jurídicas e como “situação de fato”**, ensinou Karl Larenz:

“Os negócios jurídicos, como já se acentuou anteriormente, não são situações de fato ‘neutrais’ a respeito de suas conseqüências jurídicas, mas situações de fato, a que é inerente o sentido de visarem produzir essas conseqüências jurídicas. Não alcançam significado jurídico só através da circunstância de poderem ser subsumidos à previsão duma norma jurídica, mas possuem uma significação jurídica, em virtude do sentido do ato que incorporam, independentemente de como devam ser apreciados com fundamento numa norma jurídica.”³

A Constituição, como todo negócio jurídico, não é “neutra” a respeito de suas conseqüências jurídicas, pois o simples fato de o legislador constituinte considerar determinada matéria importante o suficiente para adentrar no texto constitucional significa que uma determinada conseqüência é esperada, por isso.

Como ato político de decisão sobre o modo de existência e organização da sociedade, também não é a Constituição nenhuma esfinge a demonstrar imperturbável imparcialidade na regência dos fatos sociais: na realidade, a Constituição quer que a sociedade, o Estado, todos e cada indivíduo tenham uma conduta específica, de acordo com a situação abstrata que prevê; coloca objetivos expressos e implícitos que devem nortear toda a atuação da sociedade e do Estado, como se vê no art. 3º e no art. 5º, XLIV.

A Constituição não é um problema, mas, simplesmente, instrumento de resolução de problemas.

A Constituição não é imparcial nem desinteressada porque é ato de decisão, e nenhum ato de decisão é desinteressado, pois intenta uma determinada conseqüência.

³ Karl Larenz, **Metodologia da Ciência do Direito**, tradução por José de Souza e Brito e José Antonio Veloso, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p. 339.

Veja-se, por exemplo, o disposto no art. 173, privilegiando a iniciativa privada, a significar para o Estado, seus agentes e órgãos públicos, o mesmo dever jurídico que decorre do disposto no art. 5º, inciso LXV, ao determinar que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, ou o previsto no art. 129, § 2º, que diz que as funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira: o interesse que a Constituição abriga é um interesse que fica imune à degradação de nível, seja qual for o poder que assim intente.

Ninguém é “neutro” ao interpretar a norma constitucional, pois todos buscam nela vantagem na proteção do interesse, próprio ou alheio, que considere relevante - também a Constituição não é “neutra” no que diz respeito aos interesses e valores que prevê.

A perspectiva em que o agente da interpretação se situa é a mesma que inspira o seu modo de ver o objeto de análise.

Não se afaste, em tema constitucional, a ideologia política, que é a base sobre a qual se ergue aquele que pretende examinar a Constituição - esta será o que o intérprete pretenda ver, nem mais nem menos.

Ao intérprete constitucional não deve escapar o suficiente grau de isenção para não incorrer nos graves ilícitos causados pelos preconceitos que foram a sua personalidade, mas não necessariamente a Constituição.

3. CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO

Também em sede da Hermenêutica Constitucional é necessário tratar, ainda que muito rapidamente, sobre os critérios de interpretação, ou métodos de apreensão do significado da norma.

Desde logo, afirme-se que os critérios de interpretação jurídica guardam relação necessária com a perspectiva jurídica do agente, hoje se debatendo as teorias jusfilosóficas justamente sobre os métodos de interpretação, estes a indiciar os fundamentos daquelas.

3.1. *Interpretação literal ou gramatical ou filológica ou textual*

Tal modalidade de interpretação leva em conta os termos do dispositivo ou texto constitucional.

Em nosso sistema jurídico, de vinculação com o *Civil Law*, herdado da Europa Continental, em que predomina o texto legal como principal fonte de Direito, a interpretação literal assume importância que vai se esvaindo com a maior conscientização jurídica da sociedade, ao perceber, de um lado, que o legislador humano - diversamente do divino - também traduz no texto

legal os interesses parciais que pretende proteger, e que é impossível ao legislador prever toda a multidão de casos que acontecem no mundo fático.

Do disposto no Código de Processo Civil, no seu art. 126, e na Lei de Introdução ao Código Civil, no seu art. 4º, extrai-se que a principal fonte do Direito em nosso sistema jurídico é a Lei, ou o Direito legislado ou escrito, e somente no caso de sua omissão, pode o juiz decidir a causa lançando mãos da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito.

A corrente jusfilosófica do Positivismo Jurídico exacerba a importância do texto legal e, conseqüentemente, da interpretação literal, assim na linha do racionalismo filosófico que embasou o liberalismo político e econômico, chegando o velho juiz Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu, a dizer, no célebre **O Espírito das Leis**, que os juízes nada mais são do que as bocas que pronunciam as palavras da lei, assim os reduzindo ao mero papel de declaração do Direito previamente explicitado pelo legislador.

Note-se: o legislador, dispondo genérica e abstratamente sobre o futuro, tem a presunção de propor soluções que vinculam a resolução dos casos concretos, sem que, evidentemente, possam prever satisfatoriamente toda a multidão de casos que possam ocorrer.

A interpretação que interessa ao Direito é uma atividade voltada para reconhecer e reconstruir o significado de atribuir, na órbita de uma ordem jurídica, à forma representativa que seja fonte de valoração jurídica, ou que constitua objeto desta valoração. Objeto da valoração tanto pode ser uma declaração, ou um comportamento que tenha relevância para a norma ou preceito jurídico em vigor.⁴

Karl Engisch se refere à lição de Radbruch:

*“Radbruch comparou a passagem da interpretação filológica para a interpretação jurídica como um navio que, ‘à saída, é dirigido pelo piloto da barra segundo um percurso preestabelecido através das águas do porto, mas depois, no mar livre, busca o seu próprio rumo sob a orientação do capitão’”.*⁵

Aliás, foi o mesmo Radbruch quem disse:

⁴ Emílio Betti, **L'Interpretazione della Lege e degli Atti Giuridici**, Milão, Giuffré, 1949, p. 3, citado por Fran Figueiredo, p. 178.

⁵ Engisch, p. 145.

“A interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro. Sem dúvida, ela parte da interpretação filológica da lei, mas para ir mais além dela.”⁶

A norma constitucional não deve ser interpretada, tão-somente, pelo método gramatical, embora aí esteja o método que pareça o mais tentador para o intérprete apressado, ou o mais confortável para o intérprete desatento, mas tal interpretação, seja qual for o método adotado, não deve perder de vista o caráter de supremacia que diferencia a norma constitucional das outras normas.

O primeiro passo da interpretação é a apreensão do significado lingüístico contido no dispositivo legal, o que baliza os demais procedimentos da interpretação, pois o texto legal confere a dimensão em que pode o juiz atuar na descoberta do significado normativo.

Em decorrência, em conceitos descritivos da norma jurídica, em que ao intérprete o legislador não concedeu liberdade de ação, como, por exemplo, a expressão *ninguém* contida no art. 5º, III (“ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”), afrontará a supremacia constitucional o intérprete ou aplicador que dali pretenda extrair qualquer possibilidade de exceção.

Por isso é que se diz, de um lado, que o significado lingüístico é o início da interpretação, e, de outro, que se mostra insuficiente tão só a interpretação literal para se encontrar o sentido da norma. Por exemplo, encontra-se hoje totalmente esvaziada a antiga parêmia *in claris non fit interpretatio*, pois, no dispositivo antes referido, as expressões *tratamento desumano ou degradante* vão admitir uma gradação que somente incidirá na proibição constitucional se atingir densidade variável no caso concreto e ao ver do agente concretizador da norma.

3.2. *Interpretação sistemática ou lógica*

Sistema é a ordenação das partes no todo.

Enquanto a interpretação literal focaliza determinado dispositivo, a interpretação sistemática busca o sentido da norma através da apreensão do significado lingüístico de diversos dispositivos sobre a mesma matéria,

⁶ Radbruch, p. 231.

estejam ou não no mesmo diploma legislativo, assim na esperança de se descobrir o que antes se denominava de *mens legis* ou do que seria o sistema jurídico a ser revelado pelo conjunto normativo.

Aliás, Montesquieu pesquisou longamente na busca do que foi o título de sua obra monumental, **O Espírito das Leis**, investigando durante anos os sistemas jurídicos de diversos países na vã busca de seu particular Santo Graal de encontrar o fundamento e a razão de existência de todas as leis.

As constituições modernas, tratando das mais diversas matérias e que não se resumem mais ao simples objeto de declarar os direitos individuais e organizar os Poderes do Estado, são redigidas de forma principiológica, vinculando as regras ou os preceitos aos princípios fundamentais ou estruturais, gerais ou especiais.

Tal forma principiológica de redação da Constituição, fundada em valores, oferece, de um lado, maior facilidade ao intérprete na pesquisa da vontade do legislador constituinte, embora não dispense a pretensão deste de estabelecer sistemas organizatórios e de atuação sobre determinados temas.⁷

De qualquer forma, constituições abertas, decorrentes do consenso entre correntes políticas diversas, regulam as matérias de forma tópica, sem prejuízo dos muitos valores que consideram universais e que constituem a base principiológica posta em termos de princípios fundamentais ou estruturantes. Assim, em temas específicos, torna-se muito difícil estabelecer o sistema presumível da vontade do legislador constituinte, o que, por si só, infirma a denominada interpretação sistêmica.

Considere-se como derivada da interpretação sistemática ou lógica a denominada interpretação finalística ou teleológica, em que se confere à norma caráter instrumental de realização dos fins postos pela Constituição.

3.3. Interpretação histórica ou atualista

“A Constituição applica-se aos casos modernos, não previstos pelos que a elaboraram. Faz-se mister suppor que os homens incumbidos da nobre tarefa de distribuir os poderes emanados da soberania popular e de estabelecer preceitos para a perpétua

⁷ Correspondo à pretensão do legislador constituinte de 1987/1988 de racionalizar o modo de funcionamento da sociedade, de forma sistêmica, basta notar que a Constituição de 1988 utiliza a expressão *sistema* em mais de duas dezenas de disposições.

segurança dos direitos da pessoa e da propriedade, tiveram a sabedoria de adaptar a sua linguagem às emergenciais futuras, tanto como às presentes; de sorte que as palavras apropriadas ao estado então existente da comunidade e ao mesmo tempo capazes de ser ampliadas de modo que abranjam outras relações mais extensas, não devem ser afinal restringidas ao seu mais óbvio e imediato sentido, se, de acordo com o objectivo geral dos autores e os verdadeiros princípios do contexto, podem ellas ser extendidas a diferentes relações e circunstancias creadas por um estado aperfeiçoado da sociedade.” (sic).⁸

A Constituição, como antes afirmado, não se resume ao texto em que se inscreveram as disposições, mas é a fonte do modo de ser da sociedade e do Estado.

Assim, ao se referir à interpretação histórica ou atualista, o que se pretende é a percepção das disposições normativas de forma a lhe conferir eficácia no momento atual; a interpretação histórica não é, assim, procurar em tempos recuados o significado da norma, mas conceder ao significante, ainda que elaborado em épocas pretéritas, o significado suficiente para a resolução dos problemas atuais.

As gerações atuais têm o mesmo direito de construção do próprio destino que as gerações anteriores e as gerações futuras, nem seria possível fossilizar a sociedade atual mediante padrões culturais de épocas já vencidas.

A percepção da Constituição não abstrai do quadro cultural nem pode se dar pela perspectiva estreita de dispositivos isolados, insuficientes, por si só, para indicar o comando legislativo que, ressalte-se, não decorre tão-somente do significado lingüístico ou da expressão literal da lei, mas de todo o conjunto normativo, no qual sobreleva a vontade do constituinte originário.

Fala-se hoje, até mesmo, em inconstitucionalidade superveniente:

“A inconstitucionalidade superveniente refere-se, em princípio, à contradição dos actos normativos com as normas e princípios materiais da Constituição e não à sua contradição com as regras formais

⁸ Carlos Maximiliano, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, Porto Alegre, Livraria do Globo, 1925, pp. 316/317, na redação original do texto.

ou processuais ao tempo de sua elaboração. O princípio *tempus regit actum* leva a distinguir dois efeitos no tempo: a aprovação da norma rege-se pela lei constitucional vigente nesse momento; a aplicação da mesma norma tem de respeitar os princípios e normas constitucionais vigentes no momento em que se efectiva essa mesma aplicação.”⁹

3.4. Interpretação axiológica

A interpretação axiológica funda-se na apreensão dos valores tutelados pela norma jurídica, nos princípios postos pelas normas constitucionais, de modo a fazer prevalecer, em cada caso, o valor de patamar superior.

É o método que hoje está em voga na doutrina e na prática dos tribunais, embora sob a intensa crítica de que a sua utilização constitui uma verdadeira panacéia, pois as constituições democráticas, pelo caráter compromissório entre diversas correntes ideológicas, apresentam aparentes conflitos de valores, permitindo ao intérprete selecionar, de acordo com a sua postura cultural, aquele que deve predominar.

Qual o valor que se sobrepuja aos demais, ao qual se deva recorrer em caso de aparente conflito de normas?

Correspondendo ao ideal filosófico aristotélico, em que se percebe o homem como sujeito e centro dos interesses, a doutrina indica como valor predominante o da dignidade da pessoa humana, inscrito no inciso III do art. 1º da Constituição, sobre o qual se erigem os valores constantes dos incisos I (a soberania popular) e II (a cidadania como direito inerente a todo brasileiro de acesso e utilização dos bens de vida postos à disposição dos restantes membros de sua comunidade política).

3.4.1. Princípio da proporcionalidade

A Constituição alberga interesses individuais, coletivos e sociais; eventual conflito entre eles merece solução de acordo com a respectiva preponderância.

Desviar-se dos fins visados pela Constituição, ainda que aplicando literalmente seus dispositivos, vulnera o *princípio da proporcionalidade*.

Denomina-se princípio da proporcionalidade a decorrência do princípio da supremacia da Constituição que tem por objeto a aferição da relação entre o fim e meio (a Constituição é meio de resolução de problemas),

⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, **Direito Constitucional**, 6ª ed., Coimbra, Liv. Almedina, 1993, p. 1.109; sobre o tema, no Brasil, ver, entre outros, Clemerson Merlin Cléve e Paulo Bonavides.

muito além do sentido teleológico ou finalístico, reputando arbitrário o ato que não observar os valores postos como prevaletentes pela ordem constitucional.

Apresenta as seguintes facetas:

a) a *exigência de conformidade ou adequação dos meios*, o que pressupõe a investigação e prova de que o ato é conforme os fins que justificam sua adoção (relação de adequação medida-fim), ou seja, se a medida é suscetível de atingir o objetivo escolhido;

b) o *princípio da necessidade ou da menor ingerência possível*, consistente na idéia de que os meios eleitos para alcançar determinado fim devem ser os menos onerosos, daí decorrendo a perquirição da 1) necessidade material, 2) exigibilidade espacial, 3) exigibilidade temporal e a 4) exigibilidade pessoal ou individuação das limitações. O princípio pode ser denominado, também, de “escolha do meio mais suave”;

c) o *princípio da proporcionalidade em sentido restrito*, em que meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não proporcionado em relação ao fim.

Na Constituição de 1988, não há adoção expressa do princípio da proporcionalidade, que é implícito em diversos dispositivos:

a) o princípio da adequação dos meios, no art. 138, ao se referir às garantias constitucionais que ficarão suspensas durante o estado de sítio;

b) o princípio da necessidade, no art. 37, IX, sobre a contratação por tempo determinado de pessoal para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público;

c) o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, no art. 173, dispondo que, ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Note-se que são todos exemplos de dispositivos constitucionais que demonstram que o exercício de qualquer direito não é absoluto, mesmo porque “a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudique outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”.¹⁰

¹⁰ Art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

O *Estado Democrático de Direito*, de cunho liberal, fundando-se na diretriz ideológica da igualdade dos homens, induziu ao conceito formal de Constituição, extraindo, daí, o conceito de legalidade como o substrato jurídico do poder.¹¹ A lei é exigida para o exercício do poder porque o administrador somente atuará quando e se houver determinação legal, pois sua atuação implica, necessariamente, restrição à liberdade individual.

A fórmula constitucional do art. 5º, II, de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, tem, como decorrência, o princípio da legalidade administrativa (art. 37, *caput*), o princípio da legalidade penal (art. 5º, XXXIX), o princípio da legalidade tributária (art. 150, I), o princípio da vinculação do juiz à lei (Código de Processo Civil, art. 126, parte final e art. 127: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”¹²) e outros visando encadear a atuação dos Poderes Executivo e Judiciário, e respectivos poderes administrativos, à vontade, em primeiro lugar, do poder constituinte, e, a seguir, do Poder Legislativo. Daí a importância da constituição formal, como norma prevalecente sobre todas as outras, e da pirâmide jurídica a que se refere Hans Kelsen.

O *Estado Social de Direito*, de cunho transformador, funda-se na diretriz ideológica da desigualdade latente entre os homens, induz ao conceito material da Constituição e desconfia da norma genérica e abstrata, porque compreende que não lhe é possível a previsão de todas as situações. Pretende que não haja contradição ontológica entre legislação e decisão, lei e decreto ou sentença, que devem estar em relação dialética, porque se complementam. Se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado Social de Direito faz o culto da Constituição, porque “a lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana”.¹³

Célebre decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha, no caso *Elfes*, pertinente a uma fundamentação material da constitucionalidade das leis, assim se expressou:

¹¹ “O Poder Legislativo está vinculado à ordem constitucional; os Poderes Executivo e Judiciário obedecem à lei e ao Direito” (Lei Fundamental de Bonn, art. 20, 3).

¹² Jorge Americano conceituou a equidade como o poder do juiz aplicar, no caso concreto, a lei que faria, se legislador fosse.

¹³ Paulo Bonavides, **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo, Malheiros, 5. ed., 1994, p. 344.

*“As leis, para serem constitucionais, não basta que hajam sido formalmente exaradas. Devem estar também materialmente em consonância com os superiores valores básicos da ordem fundamental liberal e democrática, bem como com a ordem valorativa da Constituição, e ainda hão de guardar, por igual, correspondência com os princípios elementares não escritos da lei maior, bem como com as decisões tutelares da Lei Fundamental, nomeadamente as que entendem com o axioma da estatalidade jurídica e o princípio do Estado Social.”*¹⁴

Na dúvida, não limite o intérprete ao texto constitucional:

*“Na interpretação das regras jurídicas gerais da Constituição, deve-se procurar, de antemão, saber qual o interesse que o texto tem por fim proteger. É o ponto mais rijo, mais sólido: é o conceito central, em que se há de apoiar a investigação exegética. Com isso não se proscribe a exploração lógica. Só se tem de adotar critério de interpretação restritiva quando haja, na própria regra jurídica ou noutra, outro interesse que passe à frente. Por isso, é erro dizer-se que as regras jurídicas constitucionais se interpretam sempre com restrição. De regra, o procedimento do intérprete obedece a outras sugestões, e é acertado que se formule do seguinte modo: se há mais de uma interpretação da mesma regra jurídica inserta na Constituição, tem de preferir-se aquela que lhe insufla a mais ampla extensão jurídica; e o mesmo vale dizer-se quando há mais de uma interpretação de que sejam suscetíveis duas ou mais regras jurídicas consideradas em conjunto, ou de que seja suscetível proposição extraída, segundo os princípios, de duas ou mais regras. A restrição, portanto, é excepcional.”*¹⁵

3.4.2. Razoabilidade vs. Proporcionalidade

Também o Direito tem os seus modismos, os temas que ficam na “crista da onda” enquanto esta não se arreventa, como as outras, nas praias da vida.

¹⁴ *Apud* Paulo Bonavides, op. cit., p. 342.

¹⁵ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, **Comentários à Constituição de 1967 com a EC nº 1/69**, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1974, tomo I, p. 302 (6 tomos).

Entre os modismos nacionais desta transição entre séculos e milênios, estão o princípio da razoabilidade e o critério da proporcionalidade (ou da ponderação dos interesses ou da redução do excesso, como queiram)...

É modismo salutar pois conduz a consciência do operador do Direito a repensar a sua função, que não mais é a de mera aplicação do que está escrito na lei (*dura lex sed lex...*), mas a relevante função de construir a regra de conduta que regulará a intensa e densa vida desta sociedade de transição entre as Eras Industrial e Digital.

Ambos os princípios estão estritamente vinculados a critérios de Hermenêutica - esta a ciência que trata da interpretação da norma -, especificamente aos critérios fundados no valor tutelado pela norma jurídica, critérios que ensejam a denominada interpretação axiológica.

Há opositores que até preferem acoimar a interpretação axiológica com o epíteto fácil de “Direito Alternativo”. Estes pretendem haurir no frio texto legal a vida, pois ignoram que o Direito é muito mais que a Lei. Outro magistrado, Saulo de Tarso, depois da revelação na Estrada de Damasco, afirmara que “a letra mata, o espírito vivifica”.

O Direito está muito além da Lei, esta é o conjunto dos dispositivos postos nos comandos legislativos através de artigos, parágrafos, incisos e alíneas.

A *interpretação literal ou gramatical*, presa ao significado lingüístico dos dispositivos legais, somente era legítima no velho liberalismo dos séculos XVIII e XIX, em que se afirmava a supremacia do Parlamento sobre o poder absoluto dos monarcas através de leis genéricas e abstratas, sob a premissa de imanente igualdade entre os indivíduos.

Schumpeter lembrou, até mesmo, que então se vislumbrava a multidão como difuso conjunto de indivíduos sem rostos, sem os caracteres distintivos de cada um.

Portalís, no início do século XIX, levou ao extremo a idéia de que o Direito simplesmente decorria do texto legal, ao proclamar que não ensina o Direito Civil, mas o Código Civil francês de 1804.

Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu, magistrado do *ancien régime* francês, no monumental **O Espírito das Leis**, afirmava que os juízes, ao julgar as causas que lhe são submetidas, simplesmente pronunciavam as palavras da Lei (“*les juges ne sont que les bouches qui prononcent les paroles de loi*”).

Mas o texto legal - criatura humana - não se imuniza aos defeitos do criador e não consegue prever todas as situações que ocorrem na vida.

Impossível ao legislador regular a multidão dos casos que a dinâmica da vida impõe aos juízes resolver.

Daí se evoluiu, mantida a desconfiança no papel do juiz, buscando suprir as lacunas legais embora reverenciando o sacro respeito ao texto, para o que se denominou de *interpretação sistemática*, a pesquisar no conjunto legislativo qual seria a vontade hipotética do conjunto legislativo, a *mens legis*, como se a vontade parlamentar, decorrente do consenso eventual entre centenas de representantes na Casa Legislativa, pudesse indicar a idéia geratriz que conduziu à edição da lei.

Então, até mesmo enfatizava a doutrina que se procurava não a *mens legislatoris* - o que pretendia o pretense e unívoco legislador -, mas o sistema normativo pretendido pelo conjunto do texto, a seduzente *mens legis*.

Mas continua a incompletude legislativa: a sacralidade do texto legal não combina com a vida, pois “nunca se viu o Direito transformar a sociedade, mas sempre se viu a sociedade transformar o Direito” (Jean Cruet).

Passou-se, então, ao processo de atualização da lei, pela denominada *interpretação histórica*, esta no sentido não de verificar a História na sua dimensão infinita, que compreende o passado, o presente e o futuro, mas considerando sobre o pretérito que conduziu o legislador a editar o dispositivo legal, como se os mortos pudessem vincular as novas gerações, e o passado se reproduzisse no futuro, sem considerar o presente.

Nessa investigação histórica, tentativamente buscando legitimar o texto produzido no passado, viram-se destacados os elementos normativos a conter os denominados *conceitos indeterminados*, permitindo ao intérprete maior liberdade de ação, como, por exemplo, o adjetivo na expressão penal *mulher honesta*. Qual o valor da honestidade? O antigo ou o atual? Em que lugar (*topos*)?

Mas continuou a perplexidade.

Não basta atualizar, aí, o conceito de honesto, que oferece na comunidade diversos matizes, a depender da classe social, do território e até mesmo de circunstâncias eventuais.

“Cultura é tudo”, resumiu há anos célebre sociólogo, de renome internacional, que vai comemorar a posse, por oito anos, da mais alta curul da República.

Quebrou-se, então, o confortável e falso conceito da igualdade formal, devendo-se buscar a isonomia material, ainda que tratando desigualmente os desiguais, pois igualdade é tratar os iguais com igualdade e os

desiguais com desigualdade na medida dessa desigualdade, meio de se alcançar a verdadeira igualdade. Tal proposição - é irresistível afirmar - foi enunciada por Rui Barbosa, que, aliás, talvez por essa e outras, foi derrotado em duas eleições para a Presidência da República no início do século XX.

A isonomia formal está na letra fria da lei.

A isonomia material está na vida, no caso concreto. Sua fonte é a razão, a emoção, a intuição – enfim, o espírito - do aplicador do Direito.

O Direito não só garante direitos (subjetivos), mas, também, intenta transformar a sociedade; nessa transformação não passa ao largo das situações estabelecidas, antes as considera para conferir direitos a quem não os adquiriu.

Confere-se superioridade jurídica a quem está em inferioridade econômica ou social, como se vê nas leis protetivas do consumidor, da criança, do idoso e do trabalhador.

Iníquo o direito adquirido à fome, à miséria, às carências da pessoa humana...

Recasens Siches foi haurir no Iluminismo do século XVIII, no racionalismo de Kant, a expressão hoje tão difundida: “A lógica do Direito é a lógica do razoável”.

A razoabilidade, como critério hermenêutico, os americanos a extraíram do *due of process of Law*, o conjunto de garantias processuais asseguradoras do caráter dialético do processo que objetiva inibir a liberdade ou a propriedade (veja-se a herança ianque que está no art. 5º, LV, da Carta de 1988).

Os juízes da Suprema Corte, a partir da década de 30, muitas vezes como reação às inovações do *New Deal* rooseveltiano, usaram e abusaram do critério da razoabilidade, chegando mesmo o grande *Justice* Charles Hughes a afirmar que “vivemos sob uma Constituição e esta é aquilo que nós (a Corte) diz que é”...

A teoria da razoabilidade pressupõe premissas (pré-emitidas) ou pressupostos (pré-supostos) identificando-se com os preconceitos (ou valores preconcebidos) que norteiam a aplicação do Direito.

Em contraposição ao enunciado de Recasens Siches, e aí afirmando o empirismo, Oliver Wendell Holmes cruamente afirmava que “a vida do Direito não foi a lógica, foi a experiência”,¹⁶ propugnando a perquirição, em

¹⁶ Oliver Wendell Holmes, *O Direito Comum, as Origens do Direito Anglo-americano*, Rio de Janeiro, O Cruzeiro, 1967, p. 29.

cada tema, dos valores culturais, sociais, políticos ou econômicos que devem conduzir à aplicação da norma.

Daí, finalmente, se imbrica a teoria da razoabilidade com o denominado critério de *proporcionalidade* - que muitos preferem denominar *de redução do excesso*, como no direito penal - a buscar nos valores em contraste aquele de maior densidade que predominará na resolução do caso em julgamento.

Ao extrair do dispositivo normas que aparentemente estejam em conflito quanto aos valores por elas protegidos, cabe ao intérprete sopesar tais valores, colocá-los em ponderação e, a final, optar pela norma que tutela o valor que deve preponderar no caso em julgamento.

Então o aplicador do Direito não mais *declara a lei*, mas constrói a norma de conduta: *o Direito, e desde logo o Direito Constitucional, não se inventa, constrói-se* (Ronald Dworkin).

O Direito é a vida (*ubi societas ibi jus*), é tópico (depende do tempo e do lugar), não é utópico (em lugar nenhum e assim onipresente) como o ideal da Justiça.

O operador jurídico navega sempre em mares revoltos - as tempestades são produzidas pelos interesses conflitantes - em busca do porto onde se concretiza a resultante norma de conduta. Neste processo, dizia Giorgio del Vecchio, a interpretação literal ou gramatical pode ser comparada ao rebocador que conduz o navio dentro da barra, mas, além desta, é livre - sempre motivadamente por que aplicar a norma é ato de poder - para navegar.

A Constituição fixa os valores fundamentais - e na Carta de 1988 o prevalente é o da dignidade da condição humana (posta como fundamento do Estado Democrático de Direito, logo no art. 1º da Constituição) - e ao legislador somente restou o papel de explicitar setorialmente os princípios gerais.

Nesse aspecto, veja-se que do velho Código Civil, pretensamente aplicável a todos os indivíduos (art. 2º), hoje não mais temos a completude vislumbrada por Portalis, mas um conjunto de diversos textos legais a instituir relações específicas decorrentes do peculiar *status* da pessoa, do *rôle* de cada ator no drama ou epopéia (e até mesmo comédia...) da vida: Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto da Mulher Casada, Estatuto do Índio, Estatuto da Companheira, Estatuto do Inquilinato Urbano etc.

Não mais o indivíduo sem rosto na multidão, mas o indivíduo considerado em atenção ao seu papel social.

Não mais as premissas afirmadas *a priori*, que nada mais são que meios de prevalência ou de imposição de valores de eventuais maiorias legislativas, quando não nefandos meios da mais sórdida dominação, mas a afirmação de que o Direito somente se legitima como instrumento de resolução dos conflitos de interesses que se manifestam no presente.

Não mais o juiz-robô, mas o juiz que constrói o Direito, edita norma que no caso concreto tem a força de lei.

Não mais a afirmação do positivismo filosófico de que *os vivos, cada vez mais, são governados pelos mortos*, e que o nosso Barão de Itararé atualizou com corrosivo humor: *os vivos, cada vez mais, são governados pelos mais vivos...*

E na busca do valor que deva fazer predominar no julgamento da causa que lhe é submetida, finalmente o juiz atravessa a ponte de ouro entre o Direito (a Ciência da norma de conduta) e a Ética (a Ciência da conduta), esta o fundamento, a razão, a legitimação daquele.

4. REGRAS PARA INTERPRETAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Na doutrina constitucional brasileira, Carlos Maximiliano e Lúcio Bittencourt elaboraram algumas regras para a interpretação do texto constitucional, matéria excelentemente tratada também por José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁷ invocando, inclusive, segundo Linares Quintana e suas sugestões sobre regras de interpretação constitucional.

É feito, a seguir, um sucinto resumo das regras apontadas pelos mestres antes mencionados.

4.1. As regras constitucionais são imperativas e de ordem pública

Tal regra decorre do princípio da supremacia da Constituição, como suprema manifestação da vontade popular. Em face do caráter imperativo é que o juiz deve conhecer da questão de inconstitucionalidade, ainda que não tenha sido provocado pela parte.

A inconstitucionalidade é a espécie mais grave de invalidade. Como nulidade, a inconstitucionalidade é a incompatibilidade do ato com a Lei Maior. Se pode o juiz, de ofício, conhecer da nulidade absoluta, nos termos do art. 146 do Código Civil, por maior razão deverá pronunciar a incompatibilidade do ato com a Constituição.

¹⁷ José Alfredo de Oliveira Baracho, **Processo Constitucional**, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1984, pp. 345 e segs.

Tanto deve se procurar a interpretação que dê aplicabilidade à Constituição, que o novo texto constitucional traz dois remédios jurídicos processuais cujo objeto é forçar a atuação do Estado no atendimento do comando constitucional: o mandado de injunção, para os casos concretos de falta de norma regulamentadora (art. 5º, LXXI), e a ação de inconstitucionalidade por omissão, em abstrato (art. 103, § 2º). Aliás, o legislador constituinte teve até mesmo uma obsessão com a imediata aplicação de suas normas, pois evitou disposições que pudessem exigir complementação infraconstitucional e abusou de expressões proclamadoras de direitos e garantias.¹⁸

4.2. *Só se reconhece a inconstitucionalidade acima de qualquer dúvida razoável (“beyond all reasonable doubt”)*

Os atos estatais têm, conceitualmente, uma natural presunção *juris tantum* de veracidade, como está expresso no art. 19, II, da **Lex Mater**, pelo que não podem os órgãos públicos, inclusive os judiciários, negar validade aos documentos públicos, salvo comprovação de falsidade ou afronta à ordem jurídica. Tal regra foi herdada da Emenda IV, Seção I, à Constituição americana (“dar-se-á plena fé e crédito em cada Estado aos atos públicos, registros e processos judiciais dos demais Estados”).

Na dúvida sobre a constitucionalidade do ato impugnado, deve o intérprete considerá-lo hígido, compatível com a Lei das Leis.

De tal regra decorre que deve o juiz, ao dirimir a lide, contornar, no que puder, a questão de constitucionalidade.

A apreciação da questão de inconstitucionalidade implica, necessariamente, emitir juízo de valoração e possível censura sobre atos de outro Poder, o que deve ser evitado, na medida do possível e desde que não se vulnerem os direitos constitucionais, em nome da harmonia entre os Poderes (art. 2º).

Da presunção de validade dos atos infraconstitucionais decorre princípio da reserva de plenário pelo disposto no art. 97 da Constituição de 5 de outubro de 1988, repetindo disposição do art. 116 da revogada Lei Maior: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros

¹⁸ “O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental da República, ao mesmo tempo em que, estimulando gravemente a erosão da consciência constitucional, evidencia o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelos poderes do Estado” (trecho da ementa no Mandado de Injunção 470-6-RJ, STF, Pleno, Relator o Ministro Celso Mello, julgado em 15/2/95).

do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Certos autores, erroneamente, ignorando o modelo de Direito Público que abraçamos, o qual prevê a amplitude do direito de ação previsto no art. 5º, XXXV, em decorrência da norma antes transcrita, opinam no sentido de estar o juízo monocrático, em primeira instância, impossibilitado de reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, na apreciação dos casos concretos que são submetidos ao seu julgamento. Buscam tais autores, hoje em número ínfimo, o disposto no Título IX (Dos Processos nos Tribunais) do Livro I do Código de Processo Civil, arts. 480 a 482, o argumento para dizer que o juízo monocrático, como o juiz francês, deverá se submeter à norma legal que vulnere a Constituição que investiu esse mesmo juiz em suas funções.

É evidente que o juiz, reconhecendo a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, simplesmente deixa de aplicar a norma naquele caso sob seu julgamento, em decisão prejudicial ou preliminar, mas que, à evidência, não se estenderá ao restante da sociedade.

Por outro lado, os tribunais devem deixar de reconhecer a inconstitucionalidade de atos que têm sido aceitos como válidos por longo tempo - tal regra decorre do princípio da segurança nas relações jurídicas:

*“Forte é a presunção de constitucionalidade de um ato ou de uma interpretação, quando datam de grande número de anos, sobretudo se foram contemporâneos da época em que a lei fundamental foi votada. **Minime sunt mutanda, quoe interpretationem certam semper habuerunt.** Todavia, o princípio não é absoluto. O estatuto ordinário, embora contemporâneo do Código supremo, não lhe pode revogar o texto, destruir o sentido óbvio, estreitar os limites verdadeiros, nem alargar as fronteiras naturais.”¹⁹*

4.3. As normas jurídicas infraconstitucionais têm caráter instrumental para a realização dos fins da Constituição

Deve o intérprete atentar para os fins visados pelo legislador constituinte, o interesse constitucionalmente selecionado para efeito de especial proteção jurídica.

¹⁹ Carlos Maximiliano, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979, p. 307.

Na interpretação constitucional prevalece o conteúdo finalista. A norma superior é a Constituição, cuja natureza jurídica é ser a decisão política suprema. Todo o aparelhamento estatal, toda a ordem jurídica, decorre da Constituição, instrumentaliza os seus fins. Assim, o intérprete deve atender, antes, à *mens* constitucional e, depois, à *mens legis*.

A norma constitucional não deve ser interpretada, tão-somente, pelo método gramatical, mas atendendo aos fins e aos interesses que a Constituição colocou como objetivos.

Como ato jurídico, a interpretação constitucional atende ao princípio geral de que *nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem* (Código Civil, art. 85).

4.4. *Quando a Constituição dá a um agente determinado encargo, implicitamente lhe confere os meios de realização desse encargo*

É o princípio dos poderes implícitos (*implied powers*) do Direito americano, o qual nada mais é que, regra geral de interpretação, decorrente do axioma *quem tem os fins tem os meios*.

Da mesma forma, ao conceder atribuição ou competência a determinado agente, função, órgão ou poder, implicitamente a Constituição afasta outros agentes, órgãos, poderes e funções da mesma atribuição: admitir-se que a competência constitucionalmente prevista pode ser afastada pela legislação infraconstitucional seria infirmar o próprio caráter político e supremo da Lei das Leis. Regras como as do art. 5º, inciso LXV, ou do art. 129, § 2º, primeira parte, são absolutamente desnecessárias, mas constam do texto constitucional só para fins de reforço de validade, excluindo todos os outros órgãos de sua ingerência.

Do mesmo modo, dispositivos como aqueles dos arts. 51, IV, e 52, XIII, declarando que às casas legislativas cabem as faculdades administrativas do poder de polícia e normativa interna, pois tais faculdades são ínsitas a todos os órgãos políticos, como se vê no art. 96, I, e que, por sua vez, não mencionou o poder de polícia.

4.5. *A inconstitucionalidade não decorre tão-somente da fundamentação, mas das disposições expressas da norma*

Também é regra genérica de interpretação, significando que não se devem acoimar de inconstitucionais tão-somente os fins declarados pelo legislador nos *consideranda* ou na fundamentação, mas os termos da parte dispositiva.

Algumas vezes, nas razões do ato (*consideranda*) ou mesmo em declarações *a latere*, o órgão emissor da norma impugnada a fundamenta

em princípios que vulneram a Lei Maior. Contudo, se nas disposições expressas (artigos, parágrafos, incisos) não houver nenhuma inconstitucionalidade, deve o intérprete se abster de proclamar a invalidade do ato, eis que os *consideranda* expressam a *mens legislatoris* mas não a *mens legis*.

4.6. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, valendo sua interpretação, ainda que não seja vinculativa em todos os casos, como orientação para todos os outros órgãos públicos (art. 102, caput)*

Se, pela nova Constituição, perdeu o Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da legislação federal ordinária, o que agora cabe ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, inciso III), tem o Pretório Excelso destacado o seu papel principal de maior intérprete da Lei Maior, o que faz de forma garantida por plena autonomia, seja em face do remédio jurídico a ser instituído, nos termos do art. 102, parágrafo único, seja pela ação de inconstitucionalidade, prevista no art. 103, ou, afinal, incidentalmente, através de sua competência originária (art. 102, I), recursal (art. 102, II) e, o que é mais importante, através do recurso extraordinário (art. 102, III), assegurando-lhe ser o estuário natural de todas as causas em que for questão controvertida a aplicação de norma constitucional.

A forma federativa de Estado exige a existência de um órgão que interprete e custodie a validade da Constituição. Nesse relevante papel, tal órgão não está, verdadeiramente, subordinado à Constituição, podendo construir, da forma mais completa, todo o sistema político.

A mais alta Corte *constrói* a Constituição, pelo que podia dizer o antigo Presidente da Suprema Corte americana, Charles Evans Hughes: “*We are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is*”.

4.7. *Não se declara a inconstitucionalidade com fundamento nos “ditames da Justiça” ou nos “princípios gerais do Direito”*

Tal regra, incontrovertida na técnica constitucional, é uma declaração de adesão ao programa normativista, repudiando o subjetivismo que poderia indicar a apreciação de questão constitucional por critério do Direito Natural.

Só há inconstitucionalidade naquilo que expressamente for incompatível com o texto constitucional.

Não pode o intérprete, abusando de seu poder restrito, declarar inválido o que a Constituição permite, sob o disfarce de princípios amorfos ou

ilimitados ou excessivamente de valoração subjetiva como “ditames da Justiça, interesse geral, proteção da sociedade” e outros.

Vale observar que a regra de ouro do Direito Natural está na parêntese *não lesionar*, e nenhum dispositivo constitucional é expresso nesse sentido, embora o art. 5º, XXXV, se refira à “lesão” como causa do ingresso em juízo.

Aliás, o princípio da lateralidade do Direito tem por conteúdo, justamente, o caráter da relação jurídica, como vínculo a constituir os direitos e deveres entre os indivíduos.

4.8. Quando a Constituição mantém a mesma linguagem, entende-se que repristina a anterior

Tal regra de permanência ou repristinação da Constituição anterior pode ser expressa, como se vê no art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ou mesmo no art. 153, § 18, da Constituição revogada, ou implícita, dependendo dos termos inseridos na Lei Maior.

4.9. Na interpretação literal, as palavras constitucionais devem ser entendidas em seu sentido geral e comum

Antes de ser um ato jurídico, a Constituição é ato político, pelo que seu sentido não é técnico-jurídico, mas político.

Assim, suas expressões devem ser entendidas como decorrentes da vontade política e não da vontade jurídica.

Linares Quintana observou que “as palavras que a Constituição emprega devem ser entendidas no seu sentido geral e comum, a menos que resulte claramente de seu texto que o constituinte quis referir-se a seu sentido técnico-legal; e em nenhum caso há de supor-se que um termo constitucional é supérfluo ou está demais, sendo que sua utilização obedeceu a um desígnio preconcebido dos autores da lei suprema”.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 95, de 28 de fevereiro de 1998, referida no art. 59, parágrafo único, da Constituição, dispõe em seu art. 11 sobre a redação das disposições normativas, recomenda, no inciso I, que se deve, para a obtenção de clareza “usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando”.

4.10. Os privilégios e exceções previstos na Constituição devem ter interpretação restritiva

Tal regra não é meramente de hermenêutica constitucional, mas de todo o Direito, mesmo porque o caráter democrático da Constituição é avesso

aos privilégios, os quais, se existentes no texto constitucional, devem ser aceitos moderadamente.

5. O MÉTODO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

É método que herdamos da Europa Continental.

No século XIX, durante o Império, a História Constitucional do Brasil calcava-se no sistema francês daquela época, e das denominadas *monarquias temperadas*, pelas idéias de Benjamin Constant, mestre de Estrasburgo, elaborou-se a Carta outorgada em 1824, por Pedro I.

No II Reinado, entre 1840 e 1889, sofremos grandemente a influência britânica, inclusive com a adoção do regime parlamentarista.

A República Velha esteve sob a égide dos ideais que os Estados Unidos implantaram na Constituição de 1787, influência que retornou em 1946, com o breve hiato da Constituição de 1934, sob o modelo germânico de Weimar, sem se referir ao Estado Novo que vigorou entre 1937 e 1946, sob a influência autoritária da Constituição que fora outorgada em 1935 pelo Marechal Pilsuisky aos poloneses.

A nossa Constituição de 1988, com a adoção do controle concentrado de constitucionalidade, cada vez mais caminha em direção à Europa Continental, pela influência das Cortes Constitucionais, principalmente do Tribunal Constitucional Federal alemão.

A lei orgânica da Corte Constitucional alemã estabelece que suas decisões são publicadas no Diário Oficial e têm força de lei, a indicar que o processo constitucional concentrado tem caráter legislativo, de efeitos *erga omnes*, fungindo os atos legislativos do Parlamento.

Justamente por sua sede legislativa, a Corte Constitucional, desde o seu início, admitiu a interpretação conforme a Constituição²⁰ que “... tem por pressuposto objetivo de que o texto do dispositivo legal comporte razoavelmente a hipótese de leituras de normas discrepantes: que dele razoavelmente se possam extrair normas diferentes, só uma delas, no entanto, acorde com a Constituição”.²¹

Sobre o tema, ouça-se o notável mestre Paulo Bonavides:²²

²⁰ Gilmar Ferreira Mendes, “A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade da lei”, em *Revista de Informação Legislativa do Senado*, ano 30, n° 118, pp. 61/84, abril/junho de 1993.

²¹ Trecho de voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADIn 1480-3/DF.

²² Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 474.

“Em rigor, não se trata de um princípio da interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição.

*Método especial de interpretação, floresceu basicamente durante os últimos tempos à sombra dos arestos da Corte Constitucional de Karlsruhe, na Alemanha, que o perfilhou decididamente, sem embargo das contradições de sua jurisprudência a esse respeito. A *Verfassungskonforme Auslegung*, consoante decorre da explicitação feita por aquele Tribunal, significa na essência que nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação ‘em harmonia com a Constituição’, e, ao ser assim interpretada, conservar seu sentido ou significado.*

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada conforme a Constituição, será portanto considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contida, desde naturalmente que haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição”.

Estabelece o art. 28 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal:²³

“Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem

²³ Sobre a mencionada lei, há ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, em que não se concedeu liminar, para o que, no entanto, não se vislumbra plausibilidade, pois mesmo antes da edição da lei a adoção da interpretação conforme a Constituição já era praxe.

redução de texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, estadual e municipal”.

Em consequência, a interpretação conforme a Constituição pode se operar com declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução do texto.

De um dispositivo podem-se extrair diversas normas.

Por exemplo, do disposto no art. 5º, LVI (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”), extraem-se as seguintes normas:

- não se admitem, no processo judicial ou administrativo, provas que tenham sido obtidas por meios ilícitos;

- são admitidos no processo todos os meios de prova desde que tenham sido obtidos por meios lícitos;

- a se admitir no processo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, estão revogadas, a contar de 5 de outubro de 1988, todas as disposições infraconstitucionais que imponham efeitos legais de prova, como, por exemplo, o que está no art. 348 do Código Civil (“ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”),²⁴, ou a revelia do art. 319 do

²⁴ TJ-RJ, 13ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2000.002.14228, julgado em 22/03/2001, Relator Nagib Slaibi, unânime, com a seguinte ementa: “Direito Civil. Ação de investigação de paternidade. Exame de DNA comprovando a paternidade. Pedido incidental de alimentos. Mostra-se compatível com a ordem jurídica a concessão de alimentos provisórios em ação de investigação de paternidade em que o exame de DNA indica altíssima probabilidade do sucesso da demanda. *Decorre a plausibilidade do alegado direito do exame do DNA a constatar a paternidade, mesmo porque não há de se condenar o alimentado a aguardar o incerto dia do trânsito em julgado. Provimento do recurso.* Consta do voto do relator: “Aqueles que adotam a vertente em contrário sentem-se ainda impressionados pela interpretação literal do disposto no art. 348 do Código Civil: ‘Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro’. É certo que ainda não consta no registro de nascimento do investigante, como seu genitor, o ora investigado. No entanto, realizou-se exame de DNA a indicar uma probabilidade de 99,99998% a favor do agravado ser o pai biológico do agravante. O princípio da verdade real como reitor do processo, como se extrai do disposto no art. 5º, LVI, da Carta de 1988 – ‘são admissíveis no processo todos os meios lícitos de prova’ – tem o condão de impregnar, mediante a denominada *interpretação conforme a Constituição*, todas as normas infraconstitucionais, não se podendo, assim, bloquear a prestação de alimentos, no caso, pelo fundamento, que se verifica insuficiente, de que ainda não se inscreveu no registro civil a paternidade ora investigada. Decorre a plausibilidade do alegado direito do exame do DNA a constatar a paternidade, mesmo porque não há de se condenar o alimentado a aguardar o incerto dia do trânsito em julgado”.

Código de Processo Civil, ou a limitação de prova testemunhal do art. 401, também do Código de Processo Civil.

Se ao menos uma das normas que se pode extrair do dispositivo legal se mostra compatível com a Constituição, o intérprete deve se abster de proclamar a inconstitucionalidade (afirme-se, novamente: a declaração de inconstitucionalidade é uma exceção, é a última providência, que o juiz somente pode incorrer se nenhuma outra alternativa restar!), declarando, no entanto, em que sentido extrai a norma, assim resolvendo o caso em julgamento.

Como o Supremo Tribunal Federal, ao conferir a interpretação conforme a Constituição no controle concentrado, exerce atividade normativa, vinculando os demais órgãos judiciários e os órgãos da Administração Pública, deve publicar a decisão no órgão oficial, para ciência de todos, bem como explicitar o sentido desejável para a norma.

Nessa explicitação, a interpretação conforme a Constituição se faz através ou da declaração de constitucionalidade (há compatibilidade da norma infraconstitucional com a norma que se extrai da Constituição) ou da declaração de inconstitucionalidade (não há compatibilidade da norma infraconstitucional com a norma que se extrai da Constituição).

Nesse último caso, a declaração de inconstitucionalidade se pode dar de forma integral (toda a norma infraconstitucional é incompatível) ou de forma parcial (somente parte da norma é incompatível).

Se a inconstitucionalidade ocorre, esta pode se referir ao texto integral, ou a somente parte do texto, caso em que, para aproveitar o texto de forma a dá-lo como constitucional, deve o mesmo ser reduzido, expungindo as partes que se mostram incompatíveis com a Constituição.²⁵

²⁵ “Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 201 e seu inciso II da Lei Complementar nº 75, de 20.05.93. – Para chegar-se ao exame da inconstitucionalidade, sem redução de texto, mediante interpretação conforme, como argüida na presente ação direta (a argüição se cinge à aplicação da norma impugnada aos membros do Ministério Público Federal optantes do regime jurídico antigo), será necessário fazer-se, primeiramente, o confronto entre a norma em causa da Lei Complementar nº 75/93 e o art. 7º, II, da Lei nº 1.341/51, para depois verificar-se se o resultado desse confronto entra em choque com o disposto no art. 29, § 3º, do ADCT quanto à opção, nele admitida, no que concerne às garantias e vantagens do regime anterior. Em casos que tais, a jurisprudência desta Corte se tem orientado no sentido de que não cabe a ação direta de inconstitucionalidade quando ‘o confronto do ato questionado com os dispositivos da Carta teria que passar, primeiramente, pelo exame *in abstracto* de outras normas infraconstitucionais, de tal forma que não haveria confronto direto da lei em causa com a Constituição’. Precedentes do STF. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece” (ADIMC – 1900 – DF, Moreira Alves, Unânime, julgado em 05-05-1999, DJU de 25-02-00, p. 157).

Pode-se também fazer a interpretação conforme a Constituição sem redução do texto, dali extraindo norma que se repete compatível com a Constituição²⁶.

Note-se o papel evidentemente normativo do Supremo Tribunal Federal nesses casos, impondo uma interpretação que se mostra clara e evidentemente vinculante, em termos constitucionais, para os demais órgãos judiciais e também os administrativos.

Mostra-se tão intenso o papel normativo do Supremo Tribunal Federal, assim na linha de atuação da Corte alemã – esta órgão do Parlamento – que dispõe o art. 12, III, “c”, da Lei complementar nº 95, com a redação da Lei Complementar nº 107, de 26 de abril de 2001:

“Art. 12. A alteração de lei será feita:

...

III – nos demais casos, por meios de substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo, observadas as seguintes regras:

...

*c) é vedado o aproveitamento do número do dispositivo revogado, vetado, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou de execução suspensa pelo Senado Federal em face de decisão do Supremo Tribunal Federal, devendo a lei alterada manter essa indicação, seguida da expressão ‘revogado’, ‘vetado’, ‘**declarado inconstitucional, em controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal**’ ou ‘execução suspensa pelo Senado Federal, na forma do art. 52, X, da Constituição Federal.’”*

²⁶ “Universidade pública: regime de pessoal, peculiaridades a considerar no estatuto jurídico das Universidades. Art. 54 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação: arguição de inconstitucionalidade fundada no art. 39 da CF: suspensão cautelar sem redução do texto com interpretação conforme a Constituição...” Consta do dispositivo do acórdão: “... por unanimidade de votos, em deferir, parcialmente, o pedido de medida cautelar para, sem redução do texto, conferir, à parte final do *caput* do art. 54 da Lei nº 9.394/96, interpretação que somente autorize considerar as peculiaridades do regime jurídico de pessoal das universidades dentro do contexto do regime jurídico único do magistério a que se refere o art. 206, inciso V, da Constituição Federal” (ADIn 1620-2, Sepúlveda, unânime, julgado em 19-06-1997).

Enfim, a interpretação conforme a Constituição é método normativo de realização da Constituição, a despeito de se fazer, no Brasil, por órgão judicial.

Relevante acrescentar que também os juízes e os administradores públicos, nos casos que lhes forem submetidos, poderão utilizar o método da interpretação conforme a Constituição para a apreciação dos temas, sendo certo que suas decisões, em tais casos, não terão os poderosos efeitos *erga omnes* que a legislação federal concedeu às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede do controle concentrado. ◆

O JUIZ ATIVO PARA A JUSTIÇA EFETIVA

LUIZ FELIPE DA SILVA HADDAD

Desembargador do TJ/RJ.

Embora já decorridas seis décadas da entrada em vigor do Código de Processo Civil Pátrio de 1939, cuja Exposição de Motivos explicitou *quantum satis* o princípio processual publicístico, no escopo maior da busca da verdade real para **dar-se razão a quem a tenha**, ainda hoje, no adentrar do Século XXI e do Terceiro Milênio, correntes respeitáveis de juristas questionam-no amiúde, quando não o repudiam por inteiro. Bafejados pelos ventos “globalizadores” e inebriados pelo “canto de sereia” da ideologia neoliberal que domina quase todo o orbe terrestre ao depois da derrocada do imperfeito “socialismo real”, dizem hoje muitos profissionais do Direito, inclusive magistrados de diversos graus, que o juiz não deve se imiscuir na produção de provas; que tal proceder compromete sua imparcialidade; que as partes têm de arcar com os acertos e erros de seus advogados; que o Ministério Público e a Defesa, nos procedimentos criminais, são os únicos habilitados a requerer diligências esclarecedoras; que em caso algum o julgador deve inquirir testemunha não arrolada ou arrolada fora de prazo... etc. Em nome do princípio acusatório, no crime, e do princípio dispositivo, ou inercial, no cível, pugna-se para que juízes e juízas, nas interessantes imagens gizadas por **Nagib Slaibi Filho**, tenham atitude de **estátua de pedra**, ao invés da de **convidado trapalhão**. Fazendo-se questão de assinalar o repúdio do culto Colega à primeira das duas figuras.

Com efeito, tendo a jurisdição estatal o fim maior da composição dos conflitos de interesse, que conturbam a paz social, esta aliás expressão utópica mascaradora da estabilidade do poder dominante, mas que um dia será atingida quando se tornar realidade o ideal de justiça e fraternidade das relações humanas em todos os níveis, não se aceita, em análise profunda, que o juiz de qualquer demanda se porte como árbitro de competição esportiva, a assistir impávido e frio uma contenda na qual o mais forte derrota o mais fraco; aqui entendendo-se **forte** o poderoso em termos econômicos,

sociais ou políticos, e por **fraco** o ser humano desprovido de significação nas mesmas esferas. Sendo que tal debilidade, em se tratando dos componentes da enorme massa de lumpemproletários das favelas citadinas e das periferias metropolitanas, multiplica-se sobremaneira por fatores notórios.

A mencionada Exposição de Motivos do CPC de 1939, em que pesem os fatores autoritários e fascistóides que norteavam o “Estado Novo” de pouca ou nenhuma saudade, não deve jamais ser confundida com a ideologia ditatorial que então imperava. O que aliás também é de se frisar quanto à legislação trabalhista básica e quanto à Justiça Eleitoral. Cabe a propósito o resgate da **Era Vargas**, a qual, se colocados nos dois pratos da balança os méritos e os deméritos, terá decerto os primeiros em prevalência. Não fosse sua existência histórica, o Brasil de hoje, tão injusto e violento, sê-lo-ia em muito maior escala ...

Voltando-se à mesma Exposição, com o cuidado de se separar o joio do trigo, ou seja, a ideologia autoritária do princípio publicista, este perfeitamente compatível com o Estado Democrático e Social de Direito que tão penosamente se intenta alcançar no Brasil, observa-se a atualidade de muitos de seus trechos; v.g., as críticas de **Taft, Willoughby, Elihu Root** e **Roscoe Pound** ao sistema processual e judiciário dos Estados Unidos da América, hoje aliás tão festejado, em que os juízes se limitam à pura administração burocrática dos atos dos advogados nas lides de qualquer natureza e cuja independência é duramente toldada pela inexistência de concursos ou cursos de formação, havendo ao revés nomeações ao sabor político e pessoal de presidentes e governadores, quando não exurgidas de eleições que são ótimas para o Executivo e o Legislativo mas errôneas para o Judiciário, por fatores notórios, a dispensar aqui comentários.

Dá-se a propósito especial relevo ao gizado por outro crítico, o professor **Suderland**, ao comparar o sistema estadunidense com o inglês: “... *nos Estados Unidos o juízo pelo combate floresce no país de alto a baixo, com os tribunais por liças, os juízes por árbitros, e os advogados, aguerridos com todas as armas de sagacidade da armadura legal, por campeões das partes. É um sistema que está rapidamente destruindo a confiança do povo na administração da justiça pública*”.

Destarte, é de se proclamar, com todas as letras, a inconveniência da “americanização” do processo e da justiça em nosso País. Aduzindo-se também as grandes diferenças na formação social e cultural do povo e das (chamadas) elites, do Norte para o Sul do Rio Bravo. Em sociedades mais

débeis e de grande resíduo colonial, a agravar sobremaneira as desigualdades econômicas, impõe-se com muito mais vigor a presença do Estado-Administração, do Estado-Lei e do Estado-Juiz; porém, por evidente, sem os exageros e as mazelas totalitárias do Estado-Leviathan. Tal é a realidade da América Latina, em cujas **veias abertas** continua ressoando o brado de alerta de **Lacordaire**: “*entre o forte e o fraco, entre o opressor e o oprimido, é a liberdade que oprime e é a lei que liberta*”.

Passando-se aos encerramentos propriamente processuais e procedimentais, chama-se a atenção de juízes e advogados para o contido no artigo 130 do CPC vigente, que praticamente sintetiza o publicismo trazido ao Direito Nacional pelo Diploma de 1939: “*cabará ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias*”.

Em um tempo de clamor, na moderna doutrina e na mais arejada jurisprudência, pela **efetividade do processo**, tão necessária à satisfação da **fome e sede de justiça** contida no **Sermão da Montanha**, nunca se deve olvidar que para tal faz-se de rigor a manutenção, teórica e prática, do princípio publicístico em tela.

Outrossim, a almejada celeridade dos Feitos não pode ter o condão de causar injustiças por conta de julgamentos apressados, na esteira de falhas de advogados, constituídos ou dativos. O sadio instituto do julgamento antecipado da lide jamais deve acarretar provimentos sentenciários descompromissados com a **verdade real**, pela desconsideração de provas ou diligências de relevo, pelo só fato de não terem sido postuladas ou de ter ocorrido preclusão temporal.

Se a Justiça Humana, que não tem meios para perscrutar mentes e corações, não pode ter a ousadia de chegar à verdade plena das situações fáticas abrangidas pelas lides, pode, como também deve, esgotar os elementos que se lhe apresentem para se aproximar da mesma verdade. Nesse **desideratum**, agir-se-á sobretudo no escopo da promoção da imagem do julgador perante o segmento majoritário de nossa população, que por lamentável é o mais sofrido e o mais excluído dos bens materiais objeto de um consumo cada vez mais sofisticado, a gerar ressentimentos que escoam no já caudaloso rio da marginalidade delitiva.

Não vale, em pertinência, e com todas as vênias, o argumento de que, havendo no Rio de Janeiro e em quase todo o Brasil, órgãos de Defensoria

Pública estruturados e com garantias, e existindo a Ordem dos Advogados para fiscalizar os nobres causídicos até quanto à eficiência e combatividade, descabe ao Judiciário fazer suas vezes. Ou, na esfera criminal, em existindo sólido e dinâmico Ministério Público, nunca deva o juiz auxiliá-lo a produzir provas contra o Réu.

Sabe-se, em respeitosa contrariedade, das mazelas e do despreparo que acicatam a advocacia, como também todas as profissões e serviços, na razão direta do elevado *déficit* social e educacional da Nação Brasileira. Ressalvando-se o grande número de patronos dedicados, conscientes e estudiosos, vislumbra-se número também grande dos que não se atualizam nas letras jurídicas, agridem a todo momento as normas adjetivas e fazem da banca balcão de comércio, na expressão crítica de **Rui Barbosa**. Tudo em que pesem os esforços da nobre entidade fiscalizadora e reguladora. Sabe-se das extremas dificuldades de Defensoras e Defensores Públicos, confinados a gabinetes em geral desconfortáveis, com pouco contato com os clientes em precária comunicação por “cartinhas” em meio a “montanhas” de autos envolvendo carentes em multidão crescente, que já abarca a denominada “camada média baixa”. Sabe-se, quanto aos Promotores de Justiça, que, por mais zelosos que sejam, nada impede o Magistrado de buscar esclarecimentos para colaborar na busca da verdade dos fatos. E aqui também se assinala a erronia de se enxergar nos Feitos-Crime o binômio acusação X defesa. Em nosso sistema, baseado no modelo italiano e europeu em geral, o Promotor, que o é de **Justiça** e não de Acusação, embora obviamente tenda para esta no começo e no meio, tem o dever de perseguir aquela no fim, quanto ao mérito. E, quanto às garantias do contraditório, da ampla defesa e outras, deve sempre se posicionar como fiscal da legalidade.

O mesmo raciocínio vale para a Justiça do Trabalho, hoje despida da colaboração (bem mais teórica do que concreta) dos representantes classistas. Talvez ainda com maior vigor, pela natureza protetiva do economicamente mais débil, não devem as juízas e os juizes laborais se acomodar na produção probatória. A verdade provada é inseparável da tutela otimizada das relações fundadas nos contratos laboratícios.

É claro que todo exagero é condenável. Não se admite que magistrados levem o tramitar procedimental para as “calendas gregas” a pretexto de diligências infundáveis ou de provas de visível inocuidade. Ou que se portem com eivas ditatoriais para dizer o mínimo. Em todo este assunto aqui venti-

lado, de rigor a observância do **equilíbrio** e da **serenidade**; aliás fatores indispensáveis ao exercício do múnus judicatório como um todo.

Se as máximas evangélicas nos advertem do perigo de, na esfera da consciência pessoal, julgar com a mesma severidade com que o seremos ao depois, tal advertência, no que tange à jurisdição indispensável à própria existência da sociedade organizada, limita-se a que não ajamos como **fariseus e escribas** têm-no feito ao longo dos tempos. Pois, se assim procedermos, estaremos trabalhando **contra o Reino**: o qual, na dimensão da Vida na Terra, traduz-se pela paulatina construção da **sociedade justa e fraterna** em todos os níveis. ◆

O VALOR DA CAUSA E AS CUSTAS INICIAIS NO MANDADO DE SEGURANÇA

LEONARDO GRECO

Professor de Direito Processual Civil da EMERJ e UFRJ.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Uma reflexão cuidadosa sobre o valor da causa como requisito da petição inicial de qualquer ação há de buscar suporte, necessariamente, nas construções da ciência processual a respeito dos pressupostos processuais, dos atos processuais e das nulidades processuais.

Se os pressupostos processuais são os requisitos da constituição e do desenvolvimento válidos e regulares do processo, parece claro que o valor da causa, ou seja, a expressão pecuniária do conteúdo econômico do pedido, como requisito da petição inicial (CPC, art. 282-V), integra o pressuposto processual objetivo da subordinação do procedimento às normas legais, devendo o juiz velar pela sua observância para assegurar a validade ou a regularidade de todo o processo.

Todavia, não podemos nos iludir com as palavras da lei, quando no § 3º do art. 267 do CPC manda que o juiz conheça de ofício, “em qualquer tempo e grau de jurisdição”, da ausência de qualquer pressuposto processual, porque somente uma análise mais rigorosa da natureza de cada requisito que a lei impõe para a prática de qualquer ato processual e a configuração da respectiva inobservância como uma ou outra modalidade de nulidade, invalidade ou defeito desse ato é que nos permitirá definir com mais rigor as conseqüências da falta ou do erro na indicação do valor da causa pelo autor, bem como se se trata de questão apreciável de ofício pelo juiz ou se depende de argüição da parte, e ainda se o vício é sanável ou insanável, de que modo pode afetar a validade ou regularidade da petição inicial e dos atos subsequentes do processo e se deve, ou não, obstar ou dificultar a continuidade do processo.

Mas para empreender essa análise, teríamos de nos arrimar em sólidas premissas teóricas a respeito dos requisitos dos atos processuais - *verbi*

gratia requisitos formais ou substanciais, principais ou acessórios, essenciais ou simplesmente úteis, subjetivos ou objetivos - para daí extrair, em relação ao valor da causa como requisito da petição inicial, conclusões válidas.

Ocorre que a teoria dos atos processuais e das impropriamente chamadas nulidades processuais ainda é muito insegura. Afora a majestosa, abrangente e estritamente pessoal reflexão de CARNELUTTI no *Sistema*¹, parece que esses temas são pouco simpáticos à doutrina processual, que, em geral, prefere recorrer à disciplina dos atos jurídicos extraída do Direito Civil, que, todavia, se apresenta inteiramente inadequada para fundamentar qualquer teoria sobre os atos do processo e os respectivos defeitos.

O processo não é um fim e si mesmo, mas um meio, um instrumento de tutela efetiva de direitos substanciais, como lapidarmente proclama o artigo 14 do Código Processual do Uruguai. A interdependência, a unidade teleológica e eventualidade dos atos que o compõem tornam extremamente difícil distinguir requisitos substanciais e formais, necessários e úteis, objetivos e subjetivos etc., mesmo porque a eficácia dessas manifestações de vontade, embora condicionada por tais características, muitas vezes extravasa do próprio processo para penetrar no plano do direito material. Ademais, embora o processo seja considerado um ramo do Direito Público, porque disciplina relações entre o Estado e os cidadãos e regula o exercício de uma função estatal, nele ocorrem manifestações de vontade de órgãos ou agentes públicos, no exercício permanente ou eventual de uma função ou um múnus público, como o juiz, o escrivão, o oficial de justiça, os peritos, as testemunhas, assim como de sujeitos parciais privados ou públicos, como uma ou ambas as partes que, ainda que heterogêneas, devem manter-se em posição de equilíbrio no acesso à tutela jurisdicional, não podendo a lei desviar o processo da sua função eminentemente garantística acima aludida, assegurada pela própria Constituição (artigo 5º, inciso XXXV) e pelas Declarações de Direitos Fundamentais, em razão de exigências meramente formais ou acessórias impostas à prática de determinados atos processuais.

Por isso, já sustentei que a falta de pressupostos processuais nem sempre é uma nulidade absoluta, decretável de ofício, podendo acarretar em muitos casos nulidade insanável, mas também em muitos outros nulida-

¹ Francisco Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, UTEHA, Buenos Aires, v. III, 1944.

de relativa sanável, inexistência ou mera irregularidade², com conseqüências diferentes³, conforme o caso.

A reflexão de CARNELUTTI, no já citado volume do *Sistema*⁴, nos ajuda a distinguir nos atos processuais requisitos *essenciais* e requisitos meramente *úteis*. Os primeiros são os necessários, segundo a técnica, para conseguir a finalidade prática do ato; os úteis não são indispensáveis, mas sua presença deve ser estimulada mediante uma sanção que recaia sobre o agente que os olvide, sanção essa que não é a nulidade do ato, mas a responsabilidade em lugar da nulidade, e não juntamente com ela⁵.

Essa mesma ordem de idéias pode auxiliar-nos a analisar o recolhimento das custas *lato sensu* ou despesas processuais e a considerar quais devam ser as conseqüências para o processo da sua ausência ou insuficiência.

Por fim, tentarei aplicar as conclusões que decorrerem dessa análise ao procedimento especial do mandado de segurança.

II. O VALOR DA CAUSA COMO REQUISITO DA PETIÇÃO INICIAL

JOSÉ FREDERICO MARQUES, nas suas autênticas *Instituições*⁶, define o valor da causa como o equivalente monetário do bem jurídico que constitui objeto do pedido e o inclui entre os requisitos *complementares* da petição inicial.

MOACYR AMARAL SANTOS o considera requisito *processual* da inicial, ou seja, requisito que não é de mérito, ou de direito material⁷.

Seria o valor da causa sempre requisito essencial ou necessário da petição inicial? Para responder a essa indagação é necessário perquirir qual é a função da atribuição do valor da causa no processo.

O mesmo AMARAL SANTOS⁸ leciona que a exigência do valor da causa se justifica para a determinação da competência do juízo em razão do valor, do tipo de procedimento e a fixação da base de cálculo das despesas processuais (custas, taxa judiciária, honorários da sucumbência).

² Leonardo Greco, *O Processo de Execução*, v. 2, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p.78.

³ Idem, p. 256 e ss.

⁴ P. 213.

⁵ Idem, p. 214/215.

⁶ José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, 2ª ed. revista, Forense, Rio de Janeiro, 1962, p.34 e 76.

⁷ *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, 18ª ed., Saraiva, São Paulo, 1997, p.132.

⁸ Ob. cit., p.136.

Parece-me que a essas três funções poder-se-ia acrescentar eventualmente mais uma, a determinação em certos casos da alçada recursal, ou seja, da futura admissibilidade deste ou daquele recurso, conforme o valor dado à causa.

Nem sempre a lei processual, a lei fiscal ou o tipo de procedimento adotado conferem ao valor de determinada causa uma ou outra dessas funções. Assim, existem procedimentos que não variam, nem quanto ao rito, nem quanto à competência, nem quanto à admissibilidade de recursos, nem mesmo quanto à base de cálculo das despesas processuais, em razão do valor da causa, mas, ainda assim, o artigo 258 do Código de Processo Civil considera obrigatória a inclusão desse requisito na petição inicial.

Parece-me que a essencialidade ou necessidade da atribuição do valor da causa como requisito da petição inicial deve ser considerada de modo distinto, conforme dela decorram ou não conseqüências para os direitos das partes ou para a disciplina jurídica do processo.

Se a atribuição do valor da causa vai influir no procedimento legal, na competência em razão do valor ou na futura admissibilidade de recursos, ou seja, vai afetar o conteúdo dos direitos, deveres e ônus das partes no processo, deverá ser considerada requisito *essencial* da petição inicial, e não apenas requisito meramente *útil*, porque a ela se subordinará a produção dos efeitos práticos da petição inicial no processo, de acordo com a lição de CARNELUTTI acima citada.

Mas nos procedimentos em que o valor da causa não produz qualquer dessas conseqüências jurídico-processuais, sua natureza é, aí sim, a de um requisito simplesmente *útil* da petição inicial, cuja falta não acarreta a nulidade do ato, mas apenas a sua irregularidade.

Cabe examinar à parte o valor da causa como base de cálculo das custas e da taxa judiciária incidentes no curso do processo e dos honorários da sucumbência.

As custas e a taxa judiciária são tributos incidentes sobre a utilização do serviço judiciário, que podem ter por base de cálculo o valor da causa⁹. Quando isso ocorre, a fixação do valor da causa produz efeitos jurídico-fiscais, não efeitos jurídico-processuais. Nem sempre o valor da causa para efeitos processuais, calculado de acordo com os critérios da lei processual,

⁹ Já em 1981, Hamilton Dias de Souza e Marco Aurelio Greco demonstravam que as custas têm a natureza de taxas pela prestação de serviços públicos específicos e divisíveis (**A Natureza Jurídica das Custas Judiciais**, ed. Resenha Tributária, São Paulo, 1982, p. 37/128).

corresponde ao valor da causa para efeitos fiscais. No Estado Rio de Janeiro, por exemplo, o Código Tributário estadual contém critérios próprios, dissociados da lei processual, para determinação do valor da causa como base de cálculo da taxa judiciária¹⁰. Ora, este valor da causa apenas para efeitos fiscais não é requisito da petição inicial; sua falta ou incorreção nas guias de recolhimento da taxa judiciária não vão provocar a nulidade da petição inicial, nem poderão ensejar o seu indeferimento, porque se trata de um ilícito fiscal, que pelas vias próprias deve ser reprimido. Aliás, o Autor pode ter omitido na petição inicial a atribuição do valor da causa ou tê-lo atribuído sem a observância das regras processuais e ter anexado comprovantes de recolhimento da taxa judiciária e das custas absolutamente regulares. São atos distintos, com diferentes naturezas e efeitos.

Assim, como ato processual, a petição inicial não será nula por falta ou irregular atribuição do valor da causa, simplesmente porque existem efeitos fiscais incidentes sobre esse valor.

Quanto ao valor da causa como base de cálculo dos honorários da sucumbência, convém ressaltar que se trata de critério de praxe, sem suporte legal necessário, porque o que estabelece o § 3º do artigo 20 do CPC, é a incidência dos honorários da sucumbência sobre o valor *da condenação* e não sobre o valor *da causa*. O valor da condenação não corresponde necessariamente ao valor da causa, que não o amplia nem o restringe. Se não houver *condenação*, os honorários da sucumbência serão fixados de acordo com as regras do § 4º do mesmo artigo 20, por equidade. Se, para esse fim, o juiz resolver adotar como parâmetro o valor da causa constante da petição inicial, poderá fazê-lo, desde que observe os critérios legais, estes sim determinantes, mas que a ele não se referem.

Assim, não é correto afirmar-se que o valor da causa constitui base de cálculo dos honorários da sucumbência. Em nenhum caso a lei institui essa vinculação.

Todas essas considerações servem para concluir que, salvo nas hipóteses em que o valor da causa processual constante da petição inicial deva influir na competência, no procedimento ou na alçada recursal, a sua falta ou incorreta fixação constituem a inobservância de um requisito meramente útil, não de um requisito necessário daquela petição.

¹⁰ V. Decreto-lei estadual nº 5/75, arts.118 e ss.

III. AUSÊNCIA OU INCORRETA FIXAÇÃO DO VALOR DA CAUSA: NULIDADE OU IRREGULARIDADE

Remeto o leitor ao meu texto sobre as invalidades processuais constante do 2º volume do meu livro sobre o Processo de Execução¹¹, no qual identifico seis espécies de defeitos dos atos processuais: inexistência, nulidade absoluta, nulidade relativa, anulabilidade, irregularidade e erro material.

A *inexistência* é o não ato, por ausência de vontade ou ausência de exteriorização; a *nulidade absoluta* é a invalidade insanável que atinge o ato desde a sua prática em requisito essencial imposto de modo imperativo para assegurar a proteção de interesse público precisamente determinado, o respeito a direitos fundamentais e a observância dos princípios do devido processo legal, enquanto indisponíveis pelas partes; a *nulidade relativa* é a invalidade sanável que atinge requisito essencial do ato desde o momento da sua prática, mas que se convalida se não for argüida de imediato pelo interessado e não causar prejuízo, tendo em vista o caráter disponível do interesse por ela atingido; encerrado o processo, o vício que geraria a nulidade absoluta ou relativa de qualquer ato do processo, passa a constituir motivo de *anulabilidade* da sentença final, possibilitando a sua desconstituição para o futuro, através de ação rescisória ou de ação anulatória; a *irregularidade* é a ausência de requisito útil (não essencial) do ato, que o juiz poderá mandar suprir de ofício a qualquer tempo, se corrigível, útil e conveniente, mas que, vindo a perdurar até o esgotamento do processo, estará definitivamente convalidada, não prejudicando a produção dos efeitos normais do ato; e o *erro material* é defeito meramente extrínseco do ato, decorrente de sua confecção material, que pode ser corrigido a qualquer tempo pelo seu autor, sem alteração do seu conteúdo.

A falta de indicação do valor da causa constitui *nulidade*, nas hipóteses em que essa fixação é necessária para determinar o juiz competente, o tipo de procedimento ou a admissibilidade de algum recurso, ainda que futuro. A falta de qualquer dessas conseqüências, constituirá mera irregularidade. A nulidade vicia o ato desde o momento da sua prática, porque o defeito impede que o ato atinja a sua finalidade. A competência em razão do valor e a adoção do procedimento adequado são questões de ordem pública, se o vício puder ter como conseqüência o processamento da causa perante júízo de alçada inferior ou o seu processamento por rito menos garantístico do

¹¹ P. 256 e ss.

que o devido. Não pode haver convalidação desse defeito, porque ele viola regras de ordem pública, indisponíveis pelas partes. No entanto, se a falta de valor da causa tiver como consequência o curso do feito perante juiz de alçada superior, ou por procedimento de formas e prazos mais amplos e garantísticos, a nulidade será relativa, não devendo ser reconhecida de ofício, mas dependendo para a sua declaração da arguição do réu na contestação e da prova do prejuízo. Também relativa será a nulidade da falta de indicação daquele valor, se a consequência for eventual inadmissibilidade de recurso contra decisão futura. Não viola qualquer princípio ou norma de ordem pública a perda do direito de recorrer em razão da adoção de um determinado procedimento. Trata-se de interesse francamente disponível.

Já se o valor da causa não apresenta qualquer dessas finalidades, mas simplesmente serve de base para o recolhimento das custas ou cumpre formalidade prescrita em lei, a sua natureza se restringe à de um requisito simplesmente útil, e a sua falta, em si mesma, constitui mera irregularidade, que não retira do ato a sua validade, nem impede que este produza os seus normais efeitos.

O juiz mandará corrigir de ofício essa irregularidade a qualquer tempo, sob pena de extinção do feito, apenas em benefício da boa marcha da causa, mas se o vício perdurar até o fim do processo, estará convalidado e não prejudicará a eficácia de qualquer ato nele praticado.

Quanto à incorreta indicação do valor da causa, o parágrafo único do artigo 261 do CPC parece sugerir que se trate de nulidade meramente relativa, portanto sanável, porque prescreve que, não sendo impugnado, se presume aceite pelo réu. Entretanto, aqui também cabem as mesmas distinções feitas acima a respeito da falta de indicação: nulidade absoluta, se afetar a competência absoluta do juízo de maior alçada, submetendo-a ao de menor alçada, ou se provocar o processamento do feito através de procedimento de formas e prazos mais reduzidos e, portanto, menos garantísticos; nulidade relativa nas hipóteses inversas, bem como na de influir na admissibilidade de recursos; mera irregularidade, nos demais casos.

Nos casos de nulidade absoluta, a sua correção deve ser procedida *ex-officio*, a qualquer tempo, sob pena de invalidade *ab initio* de todo o processo, pela adoção de procedimento inadequado ou pelo seu curso perante juiz absolutamente incompetente; nos de nulidade relativa, caberá ao réu impugnar o valor da causa na forma do artigo 261, no prazo da contestação; no caso de mera irregularidade, se não oferecida impugnação pelo

réu, inócuo, do ponto de vista processual, terá sido o defeito, que não acarretará a invalidade de qualquer ato subsequente do processo.

O fato de o valor da causa estar explicitamente prescrito em lei não torna absolutamente nula a sua inobservância, como erroneamente se lê em freqüente jurisprudência¹².

IV. AUSÊNCIA OU INCORRETO RECOLHIMENTO DAS CUSTAS

As custas no sentido estrito são taxas incidentes sobre o serviço judiciário, utilizado por ambas as partes. Todavia, no sistema processual, embora ambas as partes façam uso da administração da Justiça, sobre apenas uma delas, a que resultar vencida, recairá a responsabilidade definitiva pelo seu pagamento, mas a sua arrecadação antecipada incumbe àquela que toma a iniciativa de requerer a instauração do processo ou a prática do ato sobre o qual incide a tributação.

No Estado patrimonial, em que as serventias existiam mais para assegurar a sobrevivência dos juízes e titulares dos Cartórios do que a prestação de serviços à coletividade, todos os atos processuais eram tributados, inclusive os atos das partes. Lembro-me de ter manuseado em outros tempos processos antigos do foro do Rio de Janeiro, em que as próprias petições tinham de ser redigidas em papel selado, em cujo preço de compra já estava embutido o valor das custas.

Esse sistema anacrônico foi incorporado pelo Código de 73, que prescreve no artigo 19 o recolhimento das custas antecipadamente a cada ato (artigo 19, *caput* e § 1º). Embora nunca tenha sido revogada, a prescrição do Código foi freqüentemente ignorada em regimentos de custas e leis instituidoras de taxas judiciárias, que substituíram o recolhimento a cada ato pelo recolhimento único inicial, ou por metade no início e a outra metade em grau de recurso ou na execução, ou até em outros momentos do processo, como ocorreu por exemplo na Justiça Federal¹³ e em várias Justiças estaduais, como a de São Paulo¹⁴, pioneira na inovação, e mais tarde também a do Rio de Janeiro¹⁵. Aliás, a matéria é tipicamente tributária e não processual, podendo ser livremente legislada pelos Estados

¹² V. acórdãos citados por Theotônio Negrão, nas notas ao artigo 261 do CPC do seu **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**, 5ª ed., em CD-ROM, 2000, Saraiva, São Paulo.

¹³ V. art. 14 da Lei 9.289/96.

¹⁴ V. art. 254 do Decreto-lei complementar estadual nº 3/69 e art. 4º Lei estadual 4.952/85.

¹⁵ Arts. 136/137 do Decreto-lei estadual 5/75 e Lei estadual 3.350/99.

quanto às custas a eles devidas, desde que observados os parâmetros do Código Tributário Nacional.

Todavia, do ponto de vista processual, o prévio recolhimento das custas devidas de acordo com a legislação tributária, segue sendo um pressuposto processual, ou seja, um pressuposto de desenvolvimento válido ou regular do processo. Entretanto, essa arrecadação não constitui modernamente finalidade do processo, nem de qualquer dos seus atos, que têm o objetivo básico de assegurar a tutela efetiva, concreta, dos direitos dos cidadãos, objetivo esse que não pode ser frustrado pelo interesse do Estado de arrecadar os tributos que incidem sobre a atividade processual.

LUIGI PAOLO COMOGLIO, o grande processualista italiano que se tem dedicado ao estudo aprofundado das garantias fundamentais do processo, em recente obra coletiva, ressalta que o escopo fundamental do agir em juízo exige o absoluto repúdio a limites extraprocessuais, sobretudo tributários, que condicionem negativamente a ação e as possibilidades de tutela dos direitos à persecução de fins totalmente estranhos ao processo¹⁶.

Na verdade, é preciso distinguir dois tipos de custas: as *custas stricto sensu*, receita tributária do Estado, incidentes sobre a causa como um todo ou sobre determinados atos, que constituem a contribuição das partes para o custeio das despesas fixas do Poder Judiciário; e os *emolumentos*, incidentes sobre determinados atos para ressarcimento dos gastos efetivamente ocorridos em decorrência da sua prática, que somente são exigidos quando tais atos tiverem de ser praticados e que se destinam à cobertura da despesa variável daí decorrente. Se a parte interessada na prática do ato não recolhe os *emolumentos*, o ato não pode ser praticado e essa parte arcará com todas as conseqüências a ela desfavoráveis: contumácia, com presunção de veracidade do fato que através do ato omitido se pretendia desmentir, no caso de ato probatório; paralisação do processo, no caso de ato de comunicação, com a sua conseqüente extinção, após determinado prazo. Nesses casos, o recolhimento prévio das custas é um ônus, cujo descumprimento prejudicará a parte a quem interessa a prática de determinado ato.

Mas quanto à primeira espécie de custas, a ausência do seu recolhimento ou a insuficiência, não pode determinar a paralisação do processo ou

¹⁶ Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, 2ª ed., il Mulino, Bologna, 1998, p. 63.

a sua extinção, porque a sua arrecadação não pode sobrepor-se ao acesso à Justiça constitucionalmente assegurado. Se o juiz verificar a falta, deverá adotar as providências extrajudiciais cabíveis para promover a cobrança do tributo, sem prejuízo da marcha do processo. Aliás, não se pode falar nesse caso, sequer de um ônus da parte, porque não é à parte omissa que exclusivamente interessa o exercício da função jurisdicional, mas a ambas¹⁷.

Nesse sentido, foi enfático o Direito português na recente reforma de 1995/1996, na redação dada ao artigo 280º-1 do Código de Processo Civil, relativo ao incumprimento de obrigações tributárias, *in verbis*:

“1 - Não obsta ao recebimento ou prosseguimento das acções, incidentes ou procedimentos cautelares que pendam perante os tribunais judiciais a falta de demonstração pelo interessado do cumprimento de quaisquer obrigações de natureza tributária que lhe incumbam, salvo nos casos de transmissão de direitos operada no próprio processo e dependente do pagamento do imposto de transmissão.”

A exposição de motivos aprovada pelo Conselho de Ministros, assim justificou essa inovação:

“...o eventual incumprimento de obrigações fiscais deve ser tratado em sede própria e sem influência causal na marcha do processo civil, até pela razão de o contrário se traduzir em manifesta e desrazoável desproporção entre os objectivos visados a nível de fiscalidade e o funcionamento dos princípios

¹⁷ No mesmo sentido é a conclusão de Franco Cordopatri, expressa no verbete “*Spese giudiziali*” da **Enciclopedia del Diritto** (v. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 335), *in verbis*: “*Come accennato, la rilevata possibilità di riscossione coattiva, conseguente al mancato ossequio al provvedimento che reitera l’obbligo di anticipo delle spese, porta ad escludere que l’omessa spontanea anticipazione causi ipso jure l’estinzione del processo o la pronuncia di rigetto della domanda. La possibilità che l’anticipo o l’integrazione della somma vengano recuperati in executivis autorizza, piuttosto, a ritenere che l’atto procedimentale e/o processuale compiuto è da considerare del tutto valido e efficace e, dunque, del tutto idoneo a provocare l’emanazione del provvedimento di rito che sancisce l’estinzione del procedimento e/o del processo o il rigetto della domanda.*”

legitimantes do acesso à justiça e à obtenção de decisão pronta e eficaz.”¹⁸

Lamentavelmente, o Direito brasileiro ainda conserva a herança do Estado patrimonial, ao subordinar o conhecimento do recurso ao preparo, ou seja, ao prévio recolhimento das custas incidentes, nos termos do artigo 511. Seria utópico supor que os nossos tribunais, diante dessa prescrição expressa, viessem a curto prazo a reconhecer a incompatibilidade dessa exigência em face da garantia da tutela jurisdicional efetiva, mesmo porque a doutrina brasileira, até o momento, salvo engano meu, ainda não desvendou a questão.

Mas em relação ao indeferimento da petição inicial, não é preciso grande esforço para concluir que a falta ou insuficiente recolhimento das custas não é óbice ao prosseguimento do feito. Nem no artigo 284, nem no artigo 295, determina o legislador o indeferimento da inicial nesse caso.

No artigo 284, o Código determina o indeferimento da peça introdutória em caso de não preenchimento dos requisitos dos artigos 282 e 283, ou de qualquer outro defeito ou irregularidade capaz de dificultar o julgamento do mérito. O recolhimento das custas não é imposto pelos artigos 282 e 283, nem a sua falta caracteriza defeito capaz de dificultar o julgamento do mérito. No artigo 295 prevê o legislador vários casos de indeferimento da petição inicial e nenhum deles se refere à falta de recolhimento das custas.

Inteiramente anacrônico e derogado pelas subseqüentes alterações na titularidade das custas e no seu regime de recolhimento é o esdrúxulo cancelamento da distribuição, previsto no art. 257 do CPC, caso o feito, em 30 dias, não seja preparado “no cartório em que deu entrada”.

Atento a essas mudanças, o novo Regimento de Custas da Justiça Federal (Lei 9.289/96) revogou o que dispunha o art. 13 do antigo Regimento (Lei 6.032/74), que determinava que o juiz não desse andamento ao feito ou a recurso, se não houvesse nos autos prova do pagamento das custas e contribuições exigíveis.

De tudo isso decorre a minha convicta conclusão de que a falta ou insuficiente recolhimento das custas iniciais é sempre uma mera irregularidade, que o juiz deverá mandar suprir a qualquer tempo, porque corrigível, mas que, do mesmo modo que a incorreta atribuição do valor da causa, não

¹⁸ Código de Processo Civil, ed. Almedina, Coimbra, março de 2000, p. 49.

poderá determinar o indeferimento da petição inicial ou a extinção do processo sem julgamento do mérito, mas apenas as providências extrajudiciais cabíveis para promover o lançamento e a cobrança do tributo devido. Se o processo prosseguir até final sem o recolhimento regular, esse defeito não afetará a validade de todo o processo, perdurando o direito do Fisco de promover a cobrança do tributo devido.

É o que, aliás, determina o artigo 16 da Lei 9.289/96, relativa à Justiça Federal:

“Art. 16. Extinto o processo, se a parte responsável pelas custas, devidamente intimada, não as pagar dentro de quinze dias, o Diretor da Secretaria encaminhará os elementos necessários à Procuradoria da Fazenda Nacional, para sua inscrição como dívida ativa da União.”

V. O MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança é ação de conhecimento caracterizada pela sumariedade do rito e pela superficialidade da cognição, instituído pela Constituição como garantia urgente e *in natura* da tutela de direitos do cidadão em face do Poder Público.

Irmão mais novo do *habeas corpus*, surgiu como instrumento excepcional de proteção de direitos individuais contra o arbítrio estatal, em época em que o Estado de Direito ainda assentava no primado absoluto do interesse público sobre o interesse individual. Foi preciso que esse Estado de Direito desbordasse nos mais terríveis regimes autoritários para que emergisse a ideologia dos Direitos Humanos, impondo ao Poder Público limites intransponíveis de respeito às liberdades públicas, das quais o amplo acesso à tutela jurisdicional constitui garantia fundamental.

Neste novo Estado de Direito, estruturado no Brasil a partir da Constituição de 1988, desnecessária teria se tornado a previsão constitucional do mandado de segurança, se à sua concessão e à sua execução fossem opostos obstáculos com base em qualquer tipo de interesse alheio ao direito merecedor de tutela do requerente, que pudesse frustrar a sua proteção urgente, sumária e efetiva, ou que, pelo menos, esses interesses fossem sopesados para não deixar perecer o mais valioso e mais carente de proteção.

Nas relações fisco-contribuinte individual o interesse mais carente de proteção é sempre o do particular, a quem as obrigações fiscais podem tornar excessivamente onerosa a tutela do seu direito material, e não o Estado, que dificilmente pela omissão dessa pequena receita ficará frustrado no exercício das suas atividades regulares. É a aplicação do princípio da proporcionalidade através da regra prática da maior necessidade, respaldada pela doutrina¹⁹.

É de lamentar que alguns desses obstáculos, oriundos de legislações da época em que o interesse público sempre prevalecia sobre o interesse particular, sobrevivam ainda hoje, como as suspensões de liminar e de segurança sem cotejo dos interesses público e particular em conflito, as proibições de liminares e a subordinação da execução ao trânsito em julgado.

É também de lastimar que, enquanto as leis de custas e de taxa judiciária dão tratamento favorecido às outras ações constitucionais, como o *habeas corpus*, a ação popular, a ação civil pública, o *habeas data*, tratem o mandado de segurança como uma causa comum como outra qualquer, exigindo o recolhimento de custas através de uma alíquota percentual sobre o valor da causa calculado com base no seu conteúdo econômico²⁰.

Essas imposições podem tornar-se incompatíveis com o papel do mandado de segurança, como garantia constitucional urgente, sumária e *in natura* dos direitos dos cidadãos, e até mesmo com o caráter prioritário que o artigo 17 da Lei 1.533/51 confere à sua tramitação e à faculdade de impetração por telegrama ou radiograma, admitida no artigo 4º da mesma Lei.

CELSE AGRÍCOLA BARBI sustenta que a inicial do mandado de segurança está sujeita às mesmas exigências das demais ações, devendo o valor da causa ser arbitrado de acordo com as regras do artigo 259, prevalentemente com base no conteúdo econômico do pedido, se houver.

ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, no seu **Manual do Valor da Causa**²¹, aponta julgado que teria considerado difícil enquadrar o mandado de segurança no âmbito do art. 259 do CPC, especialmente em matéria tributária, “que envolve operações presentes e futuras, sem uma

¹⁹ Alejandro Huergo Lora, **Las pretensiones de condena en el Contencioso-Administrativo**, ed. Aranzadi, Navarra, 2000, p. 357.

²⁰ Lei federal 9.289/96, tabela I, observação 3; Decreto-lei nº 5/75 do Estado do Rio de Janeiro, art. 126;

²¹ Ed. Saraiva, São Paulo, 1995, p. 80.

projeção definida no tempo”, devendo aceitar-se como inestimável, para recolhimento da taxa judiciária mínima, por não ser possível calcular de plano o montante do benefício econômico almejado.

Deixo para os tributaristas o questionamento da constitucionalidade da fixação da base de cálculo da taxa judiciária ou das custas com base no benefício econômico, mas me parece que a dificuldade de estimar *ab initio* o valor desse benefício não é diferente no mandado de segurança ou em qualquer outra ação.

Por esse argumento todas as ações ordinárias sobre compensação de tributos ou declaratórias da inexistência de obrigação tributária que incidisse sobre períodos de apuração sucessivos teriam também valor inestimável.

Ao atribuir o valor da causa, o Autor não está delimitando o pedido. Está apenas fazendo uma estimativa, uma previsão, a mais aproximada possível, do seu conteúdo econômico, para fins exclusivamente processuais, conforme acima apontado. Inestimável é causa sem conteúdo econômico.

É claro que, às vezes, o objeto do pedido é apenas indiretamente um benefício econômico, que poderá ser alcançado ou não. Assim, por exemplo, na impetração contra um ato arbitrário da fiscalização tributária, a anulação do ato não significará que o tributo não seja devido. Daí porque a jurisprudência, aqui sabiamente, tem aceito com freqüência, o chamado valor estimativo, fixado unilateral e discricionariamente pelo Autor e assim consolidado, se não impugnado pelo Réu. Caso impugnado, será ele arbitrado pelo juiz por equidade. Nada impede que esse valor seja o mínimo, para efeitos fiscais, desde que não prejudique as finalidades processuais do valor da causa: fixação da competência, determinação do rito e definição da alçada recursal. No mandado de segurança, com maior razão se justifica a fixação desse valor estimativo, porque normalmente não decorrerá do valor da causa qualquer dessas conseqüências.

Assim, no mandado de segurança, como regra, o valor da causa é apenas requisito útil, não essencial da petição inicial, cuja falta ou incorreta fixação, constituirá simples *irregularidade*, não nulidade.

Se faltar a indicação, o juiz poderá mandá-la suprir, sob pena de extinção do feito, com fundamento no artigo 284 do CPC, mas se não o fizer até o fim do processo, a irregularidade estará sanada, não prejudicando a validade ou eficácia de qualquer ato do processo.

O Autor deverá fixar o valor da causa de acordo com o benefício econômico que de modo previsível pretender alcançar. Se não for previsível, esse valor poderá ser simplesmente simbólico.

Se a indicação do valor da causa não corresponder ao estimável benefício econômico almejado pelo Impetrante, tratando-se de mera irregularidade que não prejudica o julgamento do mérito (CPC, art. 284), não poderá o juiz retardar a tutela da urgência que caracteriza o mandado de segurança, o que implicaria em desfigurá-lo como garantia constitucional, apenas para que esse valor seja adequado ao que o magistrado considere devido. Deverá o juiz aguardar a impugnação do Impetrado, ou da pessoa jurídica de Direito Público da qual é agente, não omitindo ou retardando as providências jurisdicionais exigidas pela necessidade de tutela urgente do direito material do Impetrante, como a apreciação da medida liminar.

Se não houver impugnação, prosseguirá o feito sem vícios que afetem a validade dos atos subsequentes. Na Justiça Federal, deverá ele, após extinto o feito, tomar a providência do artigo 16 da Lei de Custas.

Na Justiça estadual, poderá provocar a ação extrajudicial do Fisco, de acordo com a lei tributária competente. No Estado do Rio de Janeiro, o artigo 145 do Código Tributário do Estado (Decreto-lei 5/75) permite que o Estado ingresse em qualquer processo e impugne o valor declarado pela parte para pagamento da taxa, requerendo, inclusive, na forma da legislação processual, o pagamento que for devido. No mandado de segurança contra ato de autoridade estadual essa intervenção é possível, pois o Estado é parte e a legislação processual faculta ao réu essa impugnação. Nos demais feitos, em que o Estado não seja parte, parece-me inconstitucional essa intervenção, porque o direito processual é matéria da competência legislativa da União, não tendo o Estado a faculdade de intervir em causas alheias sem que demonstre interesse jurídico no objeto do litígio, nem podendo legislar a respeito.²²

Quanto à falta ou ao incorreto recolhimento de custas no mandado de segurança, continua sendo mera irregularidade, porque o recolhimento da taxa judiciária e das custas judiciais não é a finalidade do mandado de segu-

²² Houve um tempo no Rio de Janeiro em que o Fisco estadual mantinha um agente da fiscalização no serviço de distribuição, verificando se as petições iniciais ajuizadas haviam feito o correto recolhimento da taxa judiciária e das custas e lavrando autos de infração que eram expedidos para o endereço do Autor. Muitos advogados sofreram o dissabor de receber queixas de clientes de que haviam sido notificados da infração, que atribuíam ao causídico que, em seu nome havia feito o recolhimento dos tributos ou orientado a confecção das respectivas guias.

rança. Trata-se de irregularidade corrigível, que o juiz pode determinar que o Autor supra a qualquer tempo. Mas se este não o fizer, não poderá extinguir o processo, mas determinar o seu prosseguimento, devendo provocar, na forma da legislação própria já citada e no momento por esta considerado adequado, a ação fiscal para assegurar o recolhimento do tributo devido.

Somente assim estará resguardada concretamente a plena eficácia da tutela jurisdicional do direito material do Impetrante através da garantia constitucional do mandado de segurança.

Se estas conclusões me parecem cabíveis desde logo, devo reconhecer que a presente abordagem não esgota o tema da compatibilidade do regime de custas judiciais com a garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva, especialmente no meio excepcional de tutela que é o mandado de segurança, não só quanto à variação do seu valor em função do conteúdo econômico do pedido, mas também quanto à subordinação do exercício de certos direitos processuais, como o direito de recorrer, ao prévio recolhimento daquelas exações.

Espero ter contribuído para suscitar o debate a respeito do tema, que não deve ser visto pelos processualistas com desprezo. É bom lembrar que toda a teoria moderna sobre o princípio da sucumbência nasceu da tese de cátedra de Chiovenda sobre as despesas processuais, publicada em 1901, que iluminou o tema com o brilho do seu gênio. Se o tema atraiu o interesse do grande mestre, seguramente merece, após um século, uma injeção de sangue novo, que o reexamine à luz dos princípios estruturantes do Estado de Direito Contemporâneo e dos princípios e garantias que nele regem as relações entre o Estado e os cidadãos. ◆

IMPUGNAÇÃO DO DESPACHO LIMINAR DA EXECUÇÃO: AGRAVO, EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OU EMBARGOS?

GERALDO DA SILVA BATISTA JÚNIOR

Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Estácio de Sá em Campos dos Goytacazes.

1. INTRODUÇÃO

No julgamento do Recurso Especial nº 172093/DF¹, o Ministro Waldemar Zveiter afirmou que, contra o despacho que determina a citação do devedor, cabe exceção de pré-executividade ou embargos à execução – este último no momento próprio –, e não agravo de instrumento. Em seu voto explicou que a interposição do agravo implica supressão do primeiro grau de jurisdição, porque o conhecimento da matéria alegada pelo agravante é levado diretamente ao Tribunal, sem a prévia manifestação do juízo de primeiro grau.

Por outro lado, quando Alcides Mendonça de Lima², a pedido da Coopersucar, elaborou parecer contrário à defesa intra-execução (exceção de pré-executividade)³, o fez enfocando um processo em que o despacho liminar da execução foi positivo e o executado agravou, objetivando o trancamento da ação executiva, **sendo certo que o recurso de agravo foi conhecido**.

Postas estas questões, fica evidente que a forma de impugnação do despacho liminar positivo da execução demanda reflexão. Afinal, de que meios dispõe o executado para impugná-lo?

¹ Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: [24/09/2000].

² LIMA, Alcides Mendonça de. **Processo de conhecimento e processo de execução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. P. 275-290.

³ Neste parecer o jurista se opõe ao posicionamento de Pontes de Miranda, que, num caso envolvendo a Companhia Siderúrgica Manesmann, manifestou-se favoravelmente à defesa intra-execução, hoje conhecida como exceção de pré-executividade. Ver MIRANDA, Pontes de. **Dez anos de pareceres**. Parecer nº 95. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975. P. 125-139.

2. AS MODALIDADES DE DESPACHO LIMINAR

Quando ocorre o indeferimento da inicial executiva não existem maiores dificuldades, porque o juiz põe termo ao processo, fazendo isto por intermédio de sentença, conforme o art. 162, § 1º, do CPC, atacável por apelação. Também não haverá dificuldade quando houver determinação de emenda, porque esta se dá por decisão interlocutória, uma vez que o processo não é extinto, podendo o exequente acatá-la – e fazer a emenda – ou impugná-la por agravo.

Relevante para o nosso estudo é o “despacho liminar” positivo da execução. Ele deve ser impugnado por agravo, por exceção de pré-executividade ou, a critério do interessado, por qualquer um dos dois? A opção pelo agravo implica ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição?

Pensamos que o caminho para se chegar às respostas destas indagações passa, necessariamente, pelo exame da natureza do despacho liminar positivo. Entretanto, a doutrina diverge quanto a ela.

3. CONSIDERANDO A NATUREZA DO DESPACHO LIMINAR POSITIVO

Autores como Barbosa Moreira⁴ afirmam que este “despacho” tem natureza jurídica de decisão. Parece-nos que Lopes da Costa⁵ também admitiu seu conteúdo decisório, quando ensinou que o juiz, ao despachar a inicial, deve fiscalizar se ela preenche as formalidades legais. Em apertada síntese poderíamos dizer que somente a constatação da presença de todos os requisitos legais da inicial permite o despacho liminar positivo.

Em outra direção, Humberto Theodoro Júnior⁶ manifesta-se pela ausência de conteúdo decisório nos despachos liminares positivos de um modo geral.

Não faremos a análise desta controvérsia, porque fugiríamos do propósito deste trabalho, mas é importante o registro de sua existência.

⁴ In MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 23, o autor demonstra a natureza de “decisão” do impropriamente chamado “despacho liminar”. Na página 194, explica que, ao examinar a petição inicial da execução, o juiz exerce atividade análoga à exercida no processo de conhecimento.

⁵ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Manual elementar de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. P. 135.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil brasileiro**. 25. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 228.

4. OS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO

Se admitirmos que o despacho liminar positivo é apenas ordinatório, fica evidente o não-cabimento do agravo de instrumento para fins de sua impugnação. Qualquer provocação para que o Poder Judiciário se manifeste sobre a regularidade da demanda executiva deve ser feita no primeiro grau de jurisdição, através da exceção de pré-executividade ou dos embargos. Entretanto, se ele for visto como decisão interlocutória é forçoso admitir o recurso.

Em Portugal, a questão foi discutida e o Direito daquele País⁷ fez opção pela irrecurribilidade do despacho liminar positivo da execução. A atual redação do art. 812º do Código de Processo Civil Português é a seguinte:

“O executado pode opor-se à execução por embargos, deduzidos nos termos dos artigos subseqüentes.”

O texto anterior tinha um conteúdo diferente, conforme podemos verificar a seguir. *In verbis*:

“O executado pode opor-se à execução por embargos e pode agravar do despacho que ordene a citação, contanto que não reproduza num dos meios os fundamentos que invoque no outro.”

No relatório que acompanhou o projeto de alteração legal – que corresponde à nossa exposição de motivos – foi apontada, expressamente, a necessidade da eliminação do recurso.

No Brasil, a questão ainda é objeto de dúvidas.

A tese de que o “despacho liminar” é uma decisão parte do princípio de que ele significa deliberação judicial positiva (mesmo que implícita) acerca da presença dos requisitos da petição inicial ajuizada. Deste modo, a determinação de citação do executado significa manifestação do julgador de primeiro grau sobre a regularidade da inicial. Nesta esteira de pensamento, a interposição do agravo contra esta manifestação, ao contrário do que afirmou a decisão do STJ a que nos referimos no início, não maltrata o princípio do duplo grau de jurisdição.

⁷ NETO, Abílio. **Código de processo civil anotado**. 14. ed. Lisboa: EDIFORUM Edições Jurídicas Lda., 1997. P. 32 e 916.

Como consequência deste raciocínio, surgem outras indagações: Se foi interposto o agravo, pode a parte opor também a exceção de pré-executividade? Se restar precluso o direito de agravar, pode o executado opor a exceção de pré-executividade?

A resposta da primeira indagação é negativa. Se o executado ajuizou o agravo e levou o conhecimento de uma matéria ao Tribunal, não pode alegá-la novamente, perante o juiz de primeiro grau.

É verdade que doutrina e jurisprudência já demonstraram que não ocorre preclusão em relação às matérias previstas no art. 267, § 3º, do CPC. Inclusive a conclusão nº 9, do VI ENTA, estabelece que “*Em se tratando de condições da ação, não ocorre preclusão, mesmo existindo explícita decisão a respeito (CPC, art. 267, §3º)*”. Ocorre que a interpretação deste enunciado, que representa o pensamento predominante, deve ser cuidadosa, porque pode levar ao entendimento de que, mesmo tendo havido deliberação do Tribunal sobre questão relacionada às condições da ação, pode o juiz de primeiro grau voltar a apreciá-la.

Pensamos que este entendimento não é o mais correto. Embora não tenha havido preclusão, um juízo hierarquicamente inferior não pode voltar a deliberar sobre questão decidida na instância superior. A não ocorrência de preclusão possibilita que o mesmo órgão – ou outro superior – volte a apreciar a matéria, e não que isto seja possível aos hierarquicamente inferiores. Esta é a razão pela qual afirmamos que, se houver interposição de agravo contra o despacho liminar positivo da execução e o Tribunal conhecer da matéria alegada, não pode o juiz de primeiro grau voltar a apreciá-la através de exceção de pré-executividade ou embargos. É um problema de hierarquia.

Este é o ensinamento esposado por Celso Agrícola Barbi⁸, em seu artigo “Da preclusão no processo civil”, quando afirma que a vinculação do juiz inferior às decisões da instância superior se impõe em virtude da própria hierarquia judiciária. Humberto Theodoro Júnior⁹, embora se fundamente na tese de que o recurso transfere ao Tribunal superior a competência para o exame da matéria, segue a mesma linha de raciocínio. É válida a transcrição de suas palavras, em virtude da clareza do ensinamento. Vejamos:

⁸ BARBI, Celso Agrícola. “Da preclusão no processo civil”. **Revista Forense**. Volume 158. Rio de Janeiro: Forense, 1955. P. 59-66.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A preclusão no processo civil”. **Revista Jurídica**. Volume 273. Porto Alegre: Revista Jurídica Editora Ltda., 2000. P. 5-23.

“Suscitado o reexame da decisão interlocutória por Tribunal superior, sua decisão vinculará o juiz de 1º grau. Mesmo que se trate daquelas questões que ordinariamente não precluem, como as condições da ação, não mais será lícito ao magistrado de origem rever o que afinal assentou o Tribunal.”

Parece-nos que é também este o pensamento de Nelson Nery Júnior¹⁰ quando afirma que, no caso de não haver preclusão, por ser a matéria decidida de ordem pública ou relativa a direito indisponível, *“a decisão poderá ser revista pelo mesmo juiz ou tribunal superior”*. Também Liebman¹¹, em nota a Chiovenda, parece trilhar o mesmo caminho, quando observa que *“Quando um processo volve às instâncias inferiores após decisão do Supremo Tribunal Federal, esta produz preclusão sobre o ponto decidido”*.

A segunda indagação¹² tem resposta positiva apenas em se tratando de matérias que podem ser conhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, porque em relação a elas não ocorre preclusão. Assim, mesmo não tendo impugnado o despacho liminar positivo por agravo, pode o executado, mais tarde, atacá-lo por exceção de pré-executividade, desde que se fundamente em matéria sobre a qual não ocorre preclusão. Em caso de opção pelo não ajuizamento desta modalidade de defesa¹³, a parte interessada ainda poderá valer-se dos embargos, nos casos permitidos em lei.

Quando o executado pretender se defender alegando matéria que depende de sua iniciativa, não há de se falar em agravo. Ora, se a matéria não podia ser conhecida de ofício, independentemente de ter o “despacho liminar” natureza de mero despacho ou de decisão, fica evidente o fato de que, por ocasião de sua prolação, o juiz não exerceu atividade cognitiva

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. “Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos”. 1 – Recursos no Processo Civil. 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1997. P. 71.

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. Volume III. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva & Cia., 1945. P. 225.

¹² Se restar precluso o direito de agravar, pode o executado opor a exceção de pré-executividade?

¹³ A idéia de que a exceção de pré-executividade tem natureza jurídica de defesa é compatível com o pensamento de vários autores. A título de exemplo citamos Alberto Camiña Moreira, Haroldo Pabst e Pontes de Miranda. Ver MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade**. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 36; PABST, Haroldo. **Natureza jurídica dos embargos do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 164; MIRANDA, Pontes de. **Dez anos de pareceres**. Parecer n° 95. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975. P. 134.

sobre ela, não sendo lícito, então, inferir da determinação de citação, que a questão foi decidida.

A nosso ver, nestes casos, o ajuizamento do agravo não deve ser admitido, porque implica a supressão de um grau de jurisdição. Se a matéria depende de alegação do executado, esta deve ser feita primeiramente em face do juiz de primeiro grau. Somente após a deliberação deste é que fica viabilizado o seu conhecimento pelo Tribunal, através do recurso competente. Nestes casos, a jurisdição de primeiro grau poderá ser provocada por exceção de pré-executividade¹⁴ ou, se a parte optar pelo não ajuizamento desta, pelos embargos.

5. CONCLUSÕES

De uma forma bastante sintética, podemos extrair deste trabalho as seguintes conclusões:

1 - O cabimento ou não do agravo contra o “despacho liminar” positivo da execução depende da natureza jurídica que se atribua a este ato judicial: mero despacho ou decisão interlocutória.

2 - Se o “despacho liminar” positivo for visto como decisão, a interposição de agravo contra ele não ofende o princípio do duplo grau de jurisdição.

3 - Se o executado ajuizar agravo contra o despacho liminar e o Tribunal apreciar a questão objeto do recurso, a mesma matéria não poderá ser alegada novamente, perante o juiz de primeiro grau, mesmo quando se tratar daquelas conhecíveis a qualquer tempo e grau de jurisdição.

4 - Admitindo-se que o “despacho liminar positivo” é decisão, mesmo que o executado não o tenha impugnado por agravo, poderá fazê-lo mais tarde, através da exceção de pré-executividade, contanto que se fundamente em matéria sobre a qual não ocorre preclusão. Em caso de opção pelo não ajuizamento desta modalidade de defesa, a parte interessada ainda poderá valer-se dos embargos, nos casos permitidos em lei.

5 - Se o executado pretender atacar o despacho liminar positivo com alegação que depende de sua iniciativa, deverá fazê-lo perante o juízo de primeiro grau, em exceção de pré-executividade ou em embargos, sob pena de, optando pelo agravo, ofender o princípio do duplo grau de jurisdição. ◆

¹⁴ Predomina o entendimento de que em sede de exceção de pré-executividade só é possível a alegação de matéria conhecível de ofício. Entretanto, há autores que a admitem também em hipóteses que dependem de iniciativa da parte.

APOGEU E AGONIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

OSWALDO HENRIQUE FREIXINHO

Juiz de Direito do TJ/RJ

Por fatores já conhecidos, o Poder Judiciário estava a tal ponto emperrado que a consciência do povo, principalmente da comunidade jurídica, clamava por medidas legislativas atenuadoras.

Com efeito, restou evidente o consenso de que pelo menos as causas simples, de menor porte e valor, deveriam ser norteadas por procedimento diferenciado e simplificado.

Merecidamente festejada, veio então a lume a Lei nº 9.099/95, que criou os juizados especiais cíveis.

Não infectada pelo vírus do formalismo e por anacrônicas e desnecessárias fases processuais, aquela lei goza de prestígio, pois de início logrou atingir os seus objetivos de aliviar as varas cíveis comuns e oportunizar uma rápida tutela jurisdicional para as chamadas pequenas causas.

Mais ainda: tornou concreto o recado constitucional de livre acesso à Justiça, permitindo ao homem comum propor e acompanhar ações, em alguns casos até sem Advogado.

Tem, ainda, várias outras virtudes, de conhecimento geral.

Observe-se, contudo, que, juntamente com o Código de Defesa do Consumidor, a lei dos juizados exacerbou o espírito questionador das pessoas, o que é muito bom, sob a ótica do pleno exercício da cidadania.

Hoje, já suficientemente testada e saturada, a lei dos juizados especiais pede URGENTES modificações que restaurem sua eficácia prática.

É que os Juizados Especiais não cumprem mais os seus principais objetivos, de prestação jurisdicional célere e eficaz, porquanto estão inviabilizados por crescente sobrecarga de serviços.

Quase todos trabalham como uma vara cível comum, com mais de cinco mil processos e com audiências de instrução e julgamento agendadas

para além de seis meses. Alguns até dispõem de juízes auxiliares, para a minimização do problema.

Só no mês de julho de 2001, foram tombadas, no XI JEC- Penha, 477 novas ações.

Neste diapasão, caem no vazio os belos e judiciosos enfoques doutrinários a respeito deles, por isso que, primordialmente, urge seja estancado o atual e progressivo nefasto quadro operacional.

Sem prejuízo de outros que venham a ser apontados em abordagens semelhantes, destacam-se, aqui, pontos de estrangulamento e as respectivas soluções, considerando que a triplicação da estrutura dos JEC'S, para acompanhar a demanda, é, no contexto atual, solução onírica.

O principal fator negativo é a produção de prova oral, ensejando congestionada pauta e inúmeras e demoradas audiências que solapam a agilização dos processos.

Sugere-se, ou melhor, para a salvação dos juzados, impõe-se a abolição da prova oral, resultando, conseqüentemente, desnecessária a designação de AIJ.

Isto significa que a pessoa interessada em aviar uma ação já saberá, de antemão, que as únicas provas que poderá produzir, exclusivamente na ocasião do ajuizamento, serão as documentais.

Não se diga que assim estaria sendo malferido o recado constitucional do contraditório e ampla defesa, pois, como é notório, o rito do juzado especial cível é apenas mais uma opção colocada à disposição do jurisdicionado. Quem desejar, poderá ajuizar a ação no juzado comum, para obter uma cognição mais abrangente.

É fácil perceber o multiplicador efeito descongestionante da alteração legislativa, visto que os magistrados, livres de sucessivas e longas audiências, muitas inclusive remarcadas por vários motivos, disporão de mais tempo para despachar e proferir sentença, esta em data mais próxima da do aforamento da ação.

Sugere-se que a emenda da inicial só possa ser feita até a audiência de conciliação, para evitar que, já na AIJ, retorne o processo à fase anterior.

Para estimular a conciliação e inibir ações aventureiras, deveria o sucumbente, na sentença de mérito não homologatória de acordo, ser condenado nas custas processuais e, se for o caso, em honorários advocatícios da parte vencedora.

Sabe-se, por outra face, que audiências de conciliação são remarca- das sucessivamente, por força da dificuldade de se encontrar a parte ré, para a citação, fato que também ocasiona a permanência de processos indo e voltando à conclusão, com intermináveis expedições de correspondências e/ou de mandados etc.

Como a parte autora já deve ter o cuidado de apurar, com exatidão, o correto endereço da parte ré, antes de ajuizar a ação, sugere-se que após duas tentativas frustradas de realização de audiência de conciliação, por endereço incorreto ou por mudança de endereço da parte ré, seja o processo extinto, sem julgamento do mérito.

A desistência da ação, mesmo sem o consentimento da parte ré, deve ser outro motivo de extinção do processo, como é óbvio em sede de JEC.

Outro grande gargalo é o inerente à fase de execução, tomando boa parte do tempo dos juízes e retardando ou impedindo a concretização da tutela jurisdicional, considerando os percalços e incidentes que a matizam.

Tendo em vista que variadas medidas propostas já são adotadas na prática, sugere-se, então:

a) que a multa diária, quando cabível, comece a incidir após o prazo contado a partir do dia seguinte ao do trânsito em julgado da sentença, ou da intimação para a execução, quando fixada posteriormente, podendo ser superior ao limite de alçada do JEC, visto que ela é cominada não só em favor do exequente, mas principalmente para assegurar a concretização da tutela jurisdicional e o prestígio da Justiça;

b) a possibilidade de bloqueio dos ativos financeiros até o montante da dívida, e ou de ofício do juízo, determinando a negativação do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito, forçando a quitação do débito e o encerramento do processo;

c) a extinção do processo, pela não localização do devedor, ou pela inexistência de bens penhoráveis, também na hipótese de execução de sentença, porém mandando o juiz apontar o nome do devedor, pessoa física, nos órgãos de proteção ao crédito, de modo a encerrar o processo, mas deixando latente a coercibilidade direcionada à quitação da dívida.

Sugere-se, para inibir recursos e embargos procrastinatórios, que, em segundo grau e na sentença de embargos (inclusive de terceiro), o percentual da condenação em honorários advocatícios, do recorrente e do embargante, seja o fixo de 20% (vinte por cento).

Neste corrimão, sem ignorar que as alterações propostas serão, evidentemente, aperfeiçoadas e ampliadas, sugere-se a urgentíssima edição de lei modificadora da de nº 9.099/95, cujos dispositivos passariam a vigorar com as seguintes redações:

“Art. 3º ...

...

IV – as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo, que não dependam de audiência de justificação.”

“Art. 14 ...

...

§ 4º Até a audiência de conciliação poderá a inicial ser emendada, ensejando a remarcação dela, caso a outra parte não concorde em prosseguir.”

“Art. 20. Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do juiz.”

“SEÇÃO IX

DA INSTRUÇÃO E JULGAMENTO”: SUPRIMIR

“Art. 27. Não instituído o juízo arbitral, irão os autos conclusos para sentença.

Parágrafo único.”: SUPRIMIR.

“Art.28”: SUPRIMIR.

“Art.29: SUPRIMIR.

Parágrafo único.”: SUPRIMIR.

“ART. 30 (RENUMERAR)...

Na audiência de conciliação, a contestação, que será oral (reduzida a termo pelo conciliador) ou escrita, conterá toda matéria de defesa, exceto arguição de suspeição ou impedimento do juiz, que se processará na forma da legislação em vigor.”

“Art. 31 (RENUMERAR)...

Parágrafo único. O autor poderá responder ao pedido do réu na própria audiência, em caso de pedido contraposto, ou oferecer resposta no prazo de 10 (dez) dias.”

“Art.32(RENUMERAR). Será admitida apenas a produção de prova documental, que acompanhará a inicial.”

“Art. 33”: SUPRIMIR.

“Art. 34: SUPRIMIR.

§ 1º: SUPRIMIR.

§ 2º”: SUPRIMIR.

“Art. 35”: SUPRIMIR.

“Parágrafo único”: SUPRIMIR.

“Art. 36”: SUPRIMIR.

“Art. 37”: SUPRIMIR.

“Art. 51(RENUMERAR)...

I – quando o autor deixar de comparecer à audiência de conciliação.

...

VII – quando o autor, mesmo sem a anuência da parte contrária, desistir da ação.”

“Art. 52 (RENUMERAR)...

...

III – na intimação da sentença o vencido será instado a cumpri-la tão logo ocorra o seu trânsito em julgado, e advertido dos efeitos do seu descumprimento (IV, V e § 2º);

IV – não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, e tendo havido solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo a execução, dispensada nova citação, podendo o juiz, conforme o caso, determinar o bloqueio dos ativos financeiros até o montante da dívida, em caso de pessoa jurídica, ou a negativação do nome do devedor, pessoa física, em órgão(s) de proteção ao crédito;

§ 1º - A multa prevista nos incisos V e VI começará a incidir no primeiro dia seguinte ao término do prazo estipulado, contado este, caso não haja expressa determinação em contrário, do dia seguinte ao do trânsito em julgado da sentença.

§ 2º. *Não encontrado o devedor em duas tentativas, cada qual em endereço distinto, fornecido exclusivamente pelo credor, ou inexistindo bens penhoráveis, o processo será imediatamente extinto, sem prejuízo do aponte do nome das pessoas físicas, devedor ou sócios, que constarem do processo, no(s) órgão(s) de proteção ao crédito.*”

“Art. 53 (RENUMERAR)...

...

§ 4º. *Não encontrado o devedor em duas tentativas, cada qual em endereço distinto, fornecido exclusivamente pelo credor, ou inexistindo bens penhoráveis, o processo será imediatamente extinto, devolvendo-se os documentos ao autor, sem prejuízo do aponte do nome das pessoas físicas, devedor ou sócios, que constarem do processo, no(s) órgão(s) de proteção ao crédito.*”

“Art. 55 (RENUMERAR). *Na sentença de mérito não homologatória de acordo, e em embargos rejeitados ou improcedentes, haverá condenação do sucumbente em custas processuais e, se for o caso, em honorários advocatícios, na forma do CPC. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de 20% (vinte por cento) do valor da condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.*

Parágrafo único...

...

II – improcedentes ou rejeitados os embargos do devedor ou de terceiro, sendo os honorários advocatícios acaso devidos no percentual de 20% (vinte por cento).”

Finalmente, incumbe gizar que este trabalho, naturalmente a ser enriquecido acerca dos aspectos jurídico e de técnica legislativa, já terá alcançado êxito, se conseguir conscientizar os estudiosos, os legisladores e, principalmente, os legitimados à deflagração do projeto de lei, para a urgente e prioritária tarefa de oxigenação dos JEC's, livrando-os de sua atual atrofia. ◆

A EFETIVIDADE DO PROCESSO NAS AÇÕES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

CARLOS EDUARDO DA ROSA DA FONSECA PASSOS

Juiz de Direito do TJ/RJ.

Embora possa parecer paradoxal, o estímulo para tratar do tema teve como origem o reconhecimento de que numerosos comandos judiciais malogram, não se implementam.

Precatórios, regularmente expedidos, não são liquidados no prazo constitucional; pensões de viúvas e menores e parcos proventos de servidores não são revistos ou restabelecidos, a despeito da coisa julgada ou de decisões interlocutórias preclusas; gratificações de servidores, indevidamente suprimidas e cuja redução afeta o orçamento familiar daqueles, deixam de ser restauradas, conquanto decisões judiciais inimpugnadas as restabeleçam; medicamentos a doentes não são entregues, embora decisões judiciais os assegurem: isso compromete a paz social que se restaura pela composição do conflito de interesses.

É inadiável a reação dos juízes contra essa “desobediência”, que nada tem de cívica, sob pena de afundamento do Poder Judiciário e, quiçá, comprometimento do Estado Democrático de Direito.

O tema é mais tormentoso que a inescandível lentidão do Poder Judiciário, pois a transcende. De fato, em certas situações, após a demorada solução da demanda, a parte vitoriosa defronta-se com dois absurdos: o primeiro, já ocorrido, de ter aguardado, pacientemente, a demorada tutela jurisdicional e, após, dar-se conta de que a prestação jurisdicional tardia, que se prolongou no tempo, mais do que devia, não se concretizou.

A situação merece exame acurado por parte dos juízes e resposta severa. A resposta, a que me refiro, não se restringe a ações enérgicas do Poder Judiciário contra autoridades do Poder Executivo, senão também a interpretação mais exigente da lei e dos institutos, postos à sua disposição, para efetivar aquilo que decidiu, determinou e não se concretizou.

Algumas atitudes de resistência do Poder Executivo a decisões do Poder Judiciário, a par do desprezo ao art. 2º da Lei Fundamental, que assegura a independência e o respeito recíproco entre os poderes, afronta a dignidade da pessoa humana (do jurisdicionado), a qual, de acordo com o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Conforme assinala Miguel Reale, “a pessoa é o valor fonte de todos os valores” (**Paradigmas da Cultura Contemporânea**, 1996, Saraiva, p. 31).

Dissertando sobre a dignidade da pessoa, Celso Ribeiro Bastos ensina que “embora a dignidade tenha um conteúdo moral, parece que a preocupação do legislador constituinte foi mais de ordem material, ou seja, a de proporcionar às pessoas *condições para uma vida digna*, principalmente no que tange ao *fator econômico*. Por outro lado, o termo “dignidade da pessoa” visa a condenar práticas como a tortura, sob todas as suas modalidades, o racismo e *outras humilhações tão comuns no dia a dia de nosso país*” (**Curso de Direito Constitucional**, 18ª ed., 1997, Saraiva, p. 158/159).

O fator econômico antes mencionado e a proposta do trabalho não pretendem criar expedientes jurídicos, que assegurem pensões e proventos de valores absurdos e estratosféricos, com base em argumentos, hipoteticamente constitucionais, de que, como inexistente teto fixado, tudo é permitido. Antes de mais nada, a finalidade e o compromisso da discussão são, eminentemente, éticos.

Mas é inadmissível não haver firme reação de propósitos contra esse desrespeito, cujo maior prejudicado é o jurisdicionado e que o agride na sua dignidade, reduzindo-se, por vezes, a remuneração de servidor probo e a pensão de dependente a valores irrisórios, que os impedem de viver de forma condigna e, em outros casos, pessoa enferma é tratada de forma indigna, ao ser-lhe negado medicamento, muitas vezes imprescindível para sua vida.

O Código de Processo Civil, no art. 461, parágrafo 5º, estabelece importante regra, da qual o juiz pode servir-se para dar efetivo cumprimento a seu comando, emanado de tutela antecipada em ação de conhecimento ou de liminar deferida em mandado de segurança, como também de sentença de mérito de conteúdo mandamental ou fundada no art. 461, do mesmo diploma.

Recordando o que foi posto, é fundamental interpretação mais rígida das conseqüências, a serem extraídas da norma, face ao interesse jurídica-

mente protegido (a dignidade da pessoa humana) e a própria preservação do Poder Judiciário contra os desmandos do Poder Executivo.

O art. 461 do Código de Processo Civil trata da tutela antecipada relativa às obrigações de fazer e de não fazer. O seu parágrafo quinto estatui que, para a efetivação da tutela, poderá o juiz “determinar as medidas necessárias tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.”

Estas providências, que Cândido Dinamarco designa de medidas de apoio, são “de resguardo à eficácia das decisões judiciais” (**A Reforma do Código de Processo Civil**, 2ª ed., Malheiros Editores, p. 159). Do termo, *talis como*, colhe-se a conclusão de que o elenco de alternativas é exemplificativo (neste sentido Sergio Bermudes, *in A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., 1996, Saraiva, p. 66).

A solução legislativa é elástica e permite a decantada criação judicial do direito. Esta concede ao juiz a oportunidade de proceder a um aperfeiçoamento do sentido da lei, sem que com isso a esteja descumprindo, mas, apenas, a interpretando e integrando as lacunas que são inevitáveis em qualquer dispositivo legal.

Afinal, toda interpretação, até certo ponto, cria direito.

Discorrendo sobre o desenvolvimento judicial do Direito, segundo princípios ético-jurídicos, Karl Larenz esclarece que estes princípios “são pautas orientadoras da normação jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem justificar decisões jurídicas” (**Metodologia da Ciência do Direito**, 3ª ed., 1997, Tradução de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 599). Acrescenta o saudoso jurista alemão que ele ocorre “sempre que um tal princípio, ou também um novo âmbito de aplicação de tal princípio, é conhecido pela primeira vez e expresso de modo convincente. O motivo para isso constitui, as mais das vezes, um caso, ou uma série de casos de igual teor, que não pode ser solucionado de um modo que satisfaça a sensibilidade jurídica com os meios de interpretação da lei e de um desenvolvimento do Direito imanente à lei” (ob. citada, mesma página).

Segundo Josef Esser, o princípio surge “no pensamento jurídico pelo umbral da consciência, devido a um caso paradigmático” (cf. **Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts**, 4. ed., 1990, p. 53).

O precedente é o reiterado descumprimento de decisões pelo Poder Executivo, o que tem gerado sérios danos a jurisdicionados e grave descrédito do Poder Judiciário.

Karl Larenz leciona que “a vinculação tradicional do juiz à lei, parte integrante fundamental do princípio da separação de poderes e, portanto, do Estado de Direito, foi no entanto modificada na sua formulação na Lei Fundamental, no sentido de que a administração da justiça está vinculada à lei e *ao Direito*. Com isso, recusa-se, segundo a opinião geral, um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a convicção de que lei e Direito se identificam facticamente, mas não sempre e necessariamente. *O Direito não se identifica com a totalidade das leis escritas*. Face às estatuições positivas do poder estadual, pode em certas circunstâncias existir mais de um Direito, que tem as suas fontes na ordem jurídica conforme a Constituição, como um todo de sentido e que pode operar como correctivo da lei escrita; *achá-lo e realizá-lo em resoluções é tarefa da jurisprudência*” (ob. citada, p. 522/523).

Lord Radcliffe já advertia que “jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não o ser?”.

A própria lei incita e encoraja o juiz a criar o direito, ao prescrever no art. 468 do diploma processual que a sentença tem força *de lei* nos limites da lide.

Volvendo à questão principal, o art. 461, parágrafo 5º do Código previu, de forma exemplificativa, medidas que servem de esteio para que o juiz consiga implementar a regra judicial. Além de não serem *numerus clausus* as alternativas, a disposição é elástica, de molde a propiciar a criatividade de cada magistrado e a discricionariedade na escolha da medida.

Interessam ao tema, tendo em vista o escopo do trabalho (retorno ao *statu quo ante* da situação patrimonial de servidores e pensionistas e entrega de medicamentos a pessoas enfermas e hipossuficientes), duas medidas previstas pela norma: requisição de força policial e busca e apreensão.

Sem pretender ser enfadonho, insista-se mais uma vez: o elenco de medidas não é exaustivo.

Cuide-se primeiro da requisição de força policial. É, praticamente, inevitável, em ações policiais, ocorrerem detenções. Há sempre os descontentes que resistem ou desobedecem a ordem e, não é raro, o desacato a agentes públicos, culminando em prisões.

Quando a desobediência ou a resistência a uma ordem judicial é de funcionário público, o crime é de prevaricação (art. 319 do Código Penal), de vez que a autoridade administrativa deixa, indevidamente, de praticar ato de ofício. Não se trata de desobediência. O desobediente é o particular ou o funcionário público sem atribuição para a prática do ato.

O entendimento é antigo e reiterado. Há mais de 40 anos, Nelson Hungria já havia enfrentado a questão: “qual o crime do funcionário administrativo (alheio à hierarquia na órbita judiciária) que se nega a cumprir um mandado judicial, ainda mesmo depois de rejeitados os argumentos de sua obtemperação? Seria o crime de desobediência (art. 330) ou o de prevaricação? O crime de desobediência é incluído pelo Código entre os praticados por particular (ou por funcionários *extra officium* ou entre cujos deveres funcionais não se inclua o cumprimento da ordem) e, assim, não pode ser identificado na ordem formulada. O que se tem a reconhecer será, então, o crime de prevaricação, desde que apurado haver o funcionário agido por interesse ou sentimento pessoal (como tal devendo entender-se o próprio receio de descumprir ordens ilegais ocultamente expedidas por seus superiores hierárquicos, ou a preocupação de não incorrer na reprovação da opinião pública, acaso contrária à ordem judicial)”(**Comentários ao Código Penal**, v. IX, arts. 250 a 361, 2ª ed., 1959, Forense, Rio, p. 379).

Esta forma de pensar é, também, expressada por Magalhães Noronha: “desobediente, em face da classificação do Código, só o pode ser o particular, ou o funcionário, quando não age com essa qualidade, ou, noutros termos, quando não faz parte de suas atribuições o cumprimento da ordem”(**Direito Penal**, 4º v., 3ª ed., 1968, Saraiva, SP, p. 319).

Por outro lado, é irrelevante a nobreza ou a torpeza do sentimento pessoal aludido na descrição da figura típica. Realmente, Fernando Mendes de Almeida leciona que “não aproveita ao prevaricador dizer que seu procedimento atendeu a sentimento pessoal dos mais nobres e respeitáveis, tais como o religioso, o de amizade, *o da apreciabilidade política*”(**Dos Crimes contra a Administração Pública**, 1955, p. 97).

A prevaricação, sob a forma omissiva, é crime permanente. A fase de consumação prolonga-se no tempo, enquanto o ato de ofício não é praticado, isto é, até o cumprimento da decisão judicial.

De acordo com o art. 303 do Código de Processo Penal, “nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não

cessar a permanência”. Isto quer dizer que neste período de tempo de consumação do crime o prevaricador pode ser preso em flagrante. Crime em flagrante é o que está sendo perpetrado.

Discorrendo sobre os fundamentos políticos da prisão em flagrante, Hélio Tornaghi mostra que “a verdade é que a prisão em flagrante tem a seu favor o consenso universal e responde não ao desejo de represália, *mas ao impulso do homem de bem, em prol da segurança e da ordem*” (**Instituições de Processo Penal**, 3º v., 2ª ed., 1978, Saraiva, p. 261).

Segundo Espínola Filho “nos casos de delito permanente, se observa uma continuidade querida da ação antijurídica, mantendo vivo um estado em contraste perene com a ordem moral e política” (**Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, v. 3º, 1942, Freitas Bastos, SP, p. 279).

Por todas essas razões é que o crime permanente permite a prisão em flagrante, mesmo muito tempo após o início do momento consumativo, desde que a consumação não tenha, ainda, se esgotado. Sendo, na modalidade omissiva, o crime de prevaricação, permanente, sujeita-se o infrator à prisão em flagrante, enquanto não cessar a permanência.

Ainda que seja de um ano a pena máxima do delito de prevaricação, não se beneficia o agente do disposto nos arts.61 e 69 da Lei nº 9.099/95, isto é, do procedimento dos Juizados Especiais que prevê, em substituição à prisão em flagrante, a lavratura de termo circunstanciado (art.69 da lei), uma vez que o art. 61, *in fine*, da mesma lei exclui do tratamento legal os procedimentos especiais, dentre os quais os crimes cometidos por funcionários públicos.

Damásio de Jesus assevera que “não se submetem à competência dos Juizados Especiais Criminais as infrações que têm procedimento especial, i.e., as que apresentam no rito princípios e regras especiais, incompatíveis com o rito estabelecido na Lei n.º 9.099/95. É o caso, p. ex., de ação penal por crime contra funcionário público, que possui a fase de defesa preliminar anterior ao recebimento da denúncia”(Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada, 3ª ed., 1996, Saraiva, p. 61).

Adite-se, ainda, que os agentes que descumprem decisões judiciais, normalmente, ocupam cargo em comissão, o que faz incidir a causa especial de aumento de pena prevista no art. 327, parágrafo 2º do Código Penal e que eleva a pena máxima para mais de um ano, ficando afastada, também, por esta razão, a incidência do procedimento dos Juizados Especiais Criminais, já que a infração deixa de ser considera-

da como de menor potencial ofensivo, cujo parâmetro máximo é um ano, sujeitando-se à Justiça Comum.

Damáσιο de Jesus adverte que as causas de aumento de pena “devem ser levadas em conta para eventualmente afastar a competência do Juizado Especial Criminal, estejam previstas na Parte Geral ou Especial do CP ou na legislação especial” (ob. citada, p. 40 e 410). Também neste sentido, Julio Fabbrini Mirabete (cf. **Juizados Especiais Criminais**, 2ª ed., 1997, Atlas, SP, p. 32) e o Ministro Luiz Vicente Cernichiaro, em conferência pronunciada em São Paulo, no dia 29/11/95, no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Deste entendimento não discrepa a jurisprudência do Pretório Excelso (cf. HC 74234/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 13/12/96 e HC 78876/MG, Rel. Ministro Mauricio Correa, DJ de 28/5/99) e do Superior Tribunal de Justiça (cf. RESP 205738/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 14/08/00 e RHC 7717/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 19/10/98).

No tratamento, incluem-se as autarquias. Não colhe o argumento de que as autarquias não são mencionadas no art. 327, parágrafo 2º do Código Penal e a elas, por conseguinte, não se aplica esta norma. A autarquia, embora não integre a administração direta, por prestar serviço descentralizado por outorga, é, na lição de Hely Lopes Meirelles, “pessoa jurídica de *Direito Público*, com função pública própria e típica, outorgada pelo estado” (**Direito Administrativo Brasileiro**, 22ª ed., 1997, Malheiros Editores, p. 311). Ora, a disposição alude às sociedades de economia mista que, como se sabe, são pessoas jurídicas de direito privado e prestam, igualmente, serviço descentralizado. Sendo pessoa jurídica de direito público a autarquia, da mesma forma que a União, os Estados e os Municípios, obviamente, está inserida no contexto do parágrafo 2º do art. 327 do Cód. Penal. A *ratio* da norma induz a esta conclusão.

Damáσιο de Jesus, amparado em Frederico Marques, leciona que “toda a interpretação é declarativa. Se gramaticalmente o texto ora se estende ou se restringe em virtude de interpretação sistemática guiada pela teleologia da norma, do ponto de vista jurídico há sempre a delimitação exata dos imperativos cristalizados nas proposições formuladas pelo legislador. Daí ter dito Vicente Ráo o seguinte: ‘o intérprete não altera o preceito para ampliá-lo, ou restringi-lo, além ou aquém de seu conteúdo real; apenas amplia ou restringe seu significado aparente, que se revela insuficiente ou excessivo em relação ao pensamento fiel da disposição’. Se é permitida a interpretação extensiva, constitui um erro a adoção da

regra geral segundo a qual as normas penais incriminadoras devem ser interpretadas restritivamente, enquanto as permissivas se interpretam extensivamente” (**Direito Penal**, 1º v., Parte Geral, 10ª ed., 1985, Saraiva, p. 35 e 36).

Excluir, pois, a autarquia, que é pessoa jurídica de direito público, do tratamento dado pela regra, que cuida do conceito de funcionário público, quando nele incidem servidores de pessoas jurídicas de direito privado (empresa pública e sociedade de economia mista), constitui rematado absurdo, valendo salientar que a hermenêutica proíbe conclusões interpretativas que conduzam ao absurdo.

Por esses fundamentos, o crime de prevaricação escapa da incidência do procedimento especial dos Juizados Especiais e sujeita-se às normas de direito comum. Isto significa que não é o termo circunstanciado (art. 69 da Lei nº 9.099/95) que aguarda o prevaricador, mas a prisão em flagrante. E enquanto a decisão não for cumprida, permanece a situação de flagrância, pois o crime, ainda, estará no momento consumativo e, via de consequência, não poderá o agente prestar fiança.

Realizada a prisão em flagrante do prevaricador, a autoridade policial não poderá arbitrar a fiança, enquanto a decisão judicial não for cumprida, devendo o agente permanecer confinado, já que o crime prossegue em fase de consumação. Para não se sujeitar a esta degradante e vexatória situação, a autoridade administrativa, intimada pessoalmente, deverá agir, de forma diligente, para dar efetivo cumprimento ao comando judicial, sob pena de ser encarcerada e de permanecer na prisão até cessar a sua teimosia.

Nesta altura, o leitor já supõe qual será a proposição: não é passível de hesitação, é assente, que a prisão em flagrante constitua um sucedâneo da requisição de força policial, quando esta não for suficiente para fazer cumprir determinado comando judicial. Por outras palavras, encontra-se compreendida entre as medidas de apoio, estabelecidas pelo art. 461, parágrafo 5º do estatuto processual civil, a prisão em flagrante por crime de prevaricação de servidor público que descumpra decisão judicial nas hipóteses inseridas na disposição.

Poderá opor-se que se trata de prisão por dívida civil, fora dos casos previstos pela Constituição Federal. Há de se proceder à distinção entre o direito negado à parte, no plano material e no plano processual, isto é, em que a outra parte resiste e deixa de atender ao interesse, que deve prevalecer, da primeira e aquele mesmo direito reconhecido por decisão judicial, a

que a parte infratora resiste. A diferença entre os fatos é substancial: na primeira hipótese é o poder da parte, inerente a seu direito subjetivo, que está sendo violado; na segunda afronta-se decisão judicial. No primeiro caso, cuida-se de lesão a interesse privado do titular do direito material; no segundo o interesse é público, pois diz respeito ao livre exercício do Poder Judiciário, o cumprimento de suas decisões e a dignidade da justiça. A solução, para a parte que teve seu direito violado, é o exercício do direito de ação. O meio, para o Poder Judiciário remover o obstáculo, é determinar a prisão em flagrante do infrator. Não se trata de garantir o direito da parte, mas de assegurar o prestígio do Poder Judiciário, obviamente, a serviço da sociedade e, mediatamente, do jurisdicionado.

Parece radical a conclusão, mas ela se justifica ante a falta de cerimônia de certas autoridades do Poder Executivo, em descumprir decisões judiciais, através de falsos quixotismos, sendo imperiosa a manutenção da ordem e do Estado Democrático de Direito. A medida, além de necessária, é proporcional, já que o Poder Judiciário não pode proceder a atos de constrição sobre bens do poder público. A apreensão de numerário, v.g., de crédito decorrente de dívida ativa, para restabelecer o *statu quo ante*, se põe contra a regra constitucional de que o pagamento se faça por precatório. Não tendo a chave do cofre, nem podendo realizar atos constritivos, não sobra outra opção ao Judiciário, senão partir para esta medida, visto como o juiz não pode cruzar os braços e assistir, passivamente, à sua decisão ser descumprida, mormente quando a doutrina vem recomendando, chegando até a exortar, o ativismo judicial.

Ressalte-se não haver substancial diferença entre a prisão em flagrante e a requisição de força policial. Extremam-se, apenas, pela intensidade da providência adotada.

Distinguindo a analogia da interpretação, Cernelutti ensina que “esta - a interpretação - serve para conhecer o que o legislador pensou, aquela para conhecer o que ele teria pensado” (**Teoria Geral do Direito**, 2000, Lejus, p. 189). Trata-se de interpretação extensiva, em que os termos são o *minus dictum* e o *magis cogitatum*.

O caráter exemplificativo do texto reforça a conclusão exegética de que a prisão em flagrante é medida substitutiva da requisição de força policial, quando esta não for bastante para atendimento ao comando judicial. Passa ela a ter conotação dúplice, ou seja, é medida coercitiva e, simultane-

amente, deflagra a persecução penal face à perpetração do delito. De fato, é muito improvável a não efetivação do que foi ordenado, sendo a autoridade administrativa presa e ficando obrigada a permanecer na prisão, sem poder prestar fiança, caso não cumpra a decisão. Como já foi exposto, o delito de prevaricação é permanente. Enquanto o ato de ofício não é praticado, o crime permanece em fase de consumação e o infrator não pode se livrar solto com o pagamento da fiança. Terá de ficar confinado até cumprir o comando. E convenha-se: não há solidariedade política ao superior e aulicismo extremado que resistam a uma prisão, especialmente, quando ela tende a se prolongar.

Desta forma, é muito difícil o não cumprimento do mandado, razão porque a medida é profilática, conquanto forte, além de necessária para que ela se efetive. E mais do que isso: ajusta-se como luva ao art. 461, parágrafo 5º do diploma processual.

Outra questão, a ser tratada, é a relativa às decisões que determinam a entrega de medicamentos a hipossuficientes que padeçam de graves enfermidades, as quais, não raro, igualmente, são descumpridas e cujas consequências são mais funestas, uma vez que, às vezes, a vida do demandante depende daquele remédio.

Reflexo do postulado da dignidade da pessoa humana encontra-se no art. 5º, *caput*, da Lei Fundamental, que assegura como primeiro direito o da vida. De seu turno, o art. 196 do mesmo diploma prevê a saúde como direito de todos e dever do Estado, através do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Por outro lado, o art. 299 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro garante à população a assistência farmacêutica.

Pode objetar-se que, tanto na hipótese antes versada (restabelecer *statu quo ante* do servidor), quanto na entrega de medicamentos, a obrigação seja de dar. E, sendo assim, sua disciplina não seja a do art. 461 do Código, mas a do art. 273, que não prevê as medidas excepcionais de apoio. E tratando-se de regra de exceção, descabe a interpretação ampliativa, como também a integração analógica.

No tocante às ações que versam sobre entrega de medicamentos, há de ser ponderado que a assistência farmacêutica constitui uma das faces do dever do Estado de prestar saúde. Assegurar serviços de saúde, indubitavelmente, constitui dever jurídico de fazer e nele se insere a obrigação de dar medicamentos.

Ninguém questiona que a obrigação de pintar um quadro seja de fazer. No entanto, pode ocorrer que o artista se recuse a entregar a obra (obrigação de dar). Isto, todavia, não desnatura a obrigação de fazer, nem a torna de dar. Nas relações jurídicas, é muito difícil inexistir obrigação, exclusivamente, de dar, fazer ou não fazer. Quem vende um imóvel, é obrigado a entregá-lo (obrigação de dar), mas tem, outrossim, de assinar a escritura (obrigação de fazer).

O ilustre jurista português, Mário Julio de Almeida Costa, Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, ao tratar deste assunto, assevera que podem resultar, a cargo do devedor, “certos deveres acessórios da prestação principal ou até laterais, destinados uns e outros à plena satisfação do direito do credor. Já nos referimos a esses deveres, de que constituem exemplos o de guardar a coisa vendida, o de embalá-la e transportá-la, os de aviso e informação, o de cooperação e os de proteção e cuidado. Recorde-se de que a doutrina corrente sustenta que os referidos deveres não apresentam, em regra, autonomia, por não prosseguirem uma finalidade própria, dirigindo-se apenas a assegurar o exato cumprimento da prestação básica ou típica e, para além desta, a perfeita realização dos interesses envolvidos na relação obrigacional complexa” (**Direito das Obrigações**, 3ª ed., 1979, Livraria Almedina, Coimbra, 1979, p. 454). Embora não se trate, propriamente, de obrigação, em seu preciso sentido, mas de dever jurídico, a construção é adequada, face à similitude de situações.

Admita-se, *ad argumentandum*, no caso de entrega de medicamento, que a obrigação seja de dar e a dificuldade de aplicação da norma (art. 461, parágrafo 5º), por ser de exceção, até porque pagar a vantagem de servidor, suprimida ilegalmente, caracteriza-se como tal, muito embora a ordem de implantá-la (obrigação principal) seja de fazer.

Carnelutti, do alto de sua sensibilidade ética, já proclamava que “o jurista que é só jurista é uma pobre e triste coisa”. A frase transcrita, do saudoso mestre peninsular, guarda pertinência com a conclusão exegética que pretende confinar a aplicação do art. 461, parágrafo 5º às obrigações de fazer e não fazer. A interpretação de que, sendo norma de exceção, não pode ser aplicada às obrigações de dar, é render homenagem desmedida, dar prestígio em demasia à fria lógica dedutiva, em prejuízo da interpretação axiológica e da regra constitucional que coloca a pessoa humana no patamar de valor fonte e que a constitui como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Em matéria constitucional, o Poder Judiciário é o intérprete mais abalizado. Não foi por outra razão que o *Chief Justice* Hughes declarou que “a Constituição é o que os juízes dizem que ela é” (*apud* Martinho Garcez Neto, **Fragmentos de Uma Vida**, Renovar, p. 139).

O formalismo jurídico, a legalidade exacerbada da fase liberal e os rígidos critérios de hermenêutica perderam o seu prestígio como verdade absoluta, dando lugar a outra forma de exegese, predominantemente, impregnada de cunho axiológico.

Conforme Miguel Reale, “interpretar o Direito é trabalho axiológico, e não puramente lógico, como se desenrolassem as conseqüências das leis mercê da simples dedução. A sentença de um juiz é também um trabalho estimativo, de compreensão axiológica, e não mero silogismo” (**Filosofia do Direito**, Saraiva, p. 252).

A natureza axiológica do ato interpretativo não pode ser olvidada pelo hermeneuta. Daquela, este não pode deixar de cogitar. Adriano Moreira lembra que “a lei é uma criatura livre do criador e está mais a mercê dos intérpretes que dos autores” (**Ciência Política**, p. 210).

O asserto, pois, de que normas excepcionais não admitem interpretação extensiva e integração analógica, deve ser recebido em termos.

Relembre-se da lição de Carnelutti, no concernente à distinção entre analogia e interpretação extensiva: naquela pensa-se não aquilo que o legislador pensou, mas o que teria pensado; nesta pensa-se o que o legislador lucubrou.

Se a obrigação é de dar, a disciplina é a do art. 273 do estatuto processual, norma que é omissa no que respeita às medidas de resguardo ao cumprimento da decisão. E não há como estender o sentido da disposição, já que ela nada previu em caso de descumprimento. Trata-se, com efeito, de integração analógica, isto é, descobrir, não o que o legislador cogitou, mas o que teria estabelecido para a situação.

Resta saber como o intérprete irá descobrir o pensamento não exposto pelo legislador. Segundo Carnelutti, “é necessário percorrer o caminho que ele seguiu” (ob. citada, p.151). Assim, deve-se ir ao princípio, retornando-se àquele momento ou lugar em que a norma, a ser integrada, teve origem, descobrindo-se sua *ratio*. E o veículo para atravessar o caminho é a indução.

O princípio é mais rico que o preceito, pois este daquele se originou. Logo, outro preceito, fundado no mesmo princípio, pode ser criado. Isto é o

raciocínio analógico. Ou segundo a fórmula de Carnelutti: “se o preceito expresso é aplicação do princípio, pode servir para formar um preceito semelhante àquele; se, opostamente, o preceito expresso é exceção ao princípio, pode servir para formar um preceito contrário”(ob citada, p. 191).

O que moveu o legislador a estabelecer as medidas de apoio para as obrigações de fazer e não fazer descumpridas? O princípio de que as decisões judiciais devem ser cumpridas. Este é o princípio: realizar, concretamente, aquilo que foi determinado no comando judicial, cuja implementação, por vezes, oferece bastante dificuldade.

Criticando a tendência doutrinária, que proíbe a integração analógica de normas excepcionais, Carnelutti ressaltou que “o equívoco reside em confundir a lei (expressa), a que faz exceção uma outra lei, com o princípio (tácito) de que a exceção nasceu. Nada impede que a exceção seja, no pensamento do legislador, aplicação de um princípio que compreende ainda outros casos em uma exceção mais ampla à regra expressa. Desconhecesse, em suma, que, entre uma regra e uma exceção pode achar-se um princípio que constitua uma exceção quanto à regra e uma regra quanto à exceção” (ob. citada, p.194).

Em outras palavras, a regra relativa às medidas de apoio é excepcional, mas o princípio, no qual aquela se funda, não é exceção, pois é regra decisões judiciais serem cumpridas, não obstante ser exceção a regra dele originada (as medidas de apoio). Isto significa que aquela regra pode ser aplicada por analogia ao art. 273 do diploma processual.

Carnelutti conclui com a seguinte asserção: “este erro manifesto tem, como sempre, os seus inconvenientes, que consistem em impedir-se a expansão analógica de princípios cuja capacidade de extensão pode bem ser considerável e benéfica, e, por isso, em exasperar aquela tendência conservadora, a que corresponde a solução auto-integrativa do problema das lacunas” (ob. citada, p.154).

No tocante à tutela antecipada do art. 273, igualmente, ao entendimento esposado, manifesta-se Luiz Fux: “obedecendo a regra da reversibilidade amplos devem ser os poderes do juiz no afã de efetivar a antecipação, aplicando-se analogicamente, para esse fim, o parágrafo 5º do art. 461 do código de Processo Civil, alterado pela mesma lei, que previu a utilização de todos os meios processuais pelo Juiz para a implementação da tutela específica, tal como a busca e apreensão, remoção de pessoas, requisição de força policial, etc” (**Curso de Direito Processual Civil**, Forense, 2001, p. 69).

Em síntese, não se está aplicando a regra excepcional a outro caso não previsto, mas o princípio que é regra (as decisões judiciais têm de ser cumpridas) e que pode regular outros casos não previstos e não pensados pelo legislador, mas que ele teria pensado, através da integração analógica.

Agora, proceda-se à formula carneluttiana no tocante ao raciocínio analógico: o que pensaria o legislador para tutelas antecipadas do art. 273 descumpridas? Obviamente, observando o princípio de que o Poder Judiciário deve ter seu livre exercício assegurado e que neste contexto insere-se a máxima de que comandos judiciais se cumprem, teria o legislador previsto para as obrigações de dar as mesmas medidas de apoio das obrigações de fazer e não fazer. Deve, portanto, ser admitida a aplicação por analogia do art. 461, parágrafo 5º ao art. 273, ambos do estatuto processual.

A similitude de situações é reconhecida por Calmon de Passos: “assim, em verdade, a expressão da lei conduz a que se tenha uma execução para entrega de coisa (o equivalente existente no patrimônio do devedor), uma verdadeira novação da obrigação, com a aceitação pelo credor, do equivalente que o devedor se propõe produzir, ou uma transformação da execução em execução de fazer em relação ao terceiro, a par de uma execução por quantia certa contra o devedor inadimplente, nos moldes do que tradicionalmente ocorria e hoje ainda se prescreve” (**Inovações no Código de Processo Civil**, 2ª ed., 1995, p. 58).

Por outras palavras: para a tutela específica de uma obrigação de fazer, recorre-se ao expediente, normalmente, utilizado para o cumprimento de uma obrigação de dar. O que constitui a exceção à regra é a utilização das medidas de apoio. O princípio, insista-se, é regra: decisões judiciais têm de ser cumpridas. Logo, outras regras, referentes a medidas de apoio, podem ser integradas pela analogia.

Se o princípio é regra, deve ser admitido o recurso à analogia da norma que cuida da efetivação das obrigações de fazer e não fazer, mormente porque as medidas de apoio utilizadas são, algumas delas, concernentes às obrigações de dar, como é o caso da busca e apreensão.

É, portanto, razoável, nos termos do art.126 do Cód. de Proc. Civil, utilizar-se uma regra pertinente à obrigação de fazer, para efetivar a satisfação de um crédito, fundado em uma obrigação de dar, especialmente, quando os meios postos à disposição do juiz se adequam a ela.

Retomando a trilha principal do tema, objeto deste estudo, a norma põe à disposição do juiz um elenco não exaustivo para obtenção do resulta-

do prático equivalente e cuja criatividade judicial poderá ampliar. Sua edição já vinha sendo reclamada pela doutrina nacional.

José Carlos Barbosa Moreira, v.g., segundo o postulado da “maior coincidência possível” entre o resultado do processo e o reconhecimento voluntário do direito, já sustentava, antes da vigência da norma, que este princípio “deve atuar no sentido de imprimir à execução da sentença a aptidão para produzir resultado tendente a igualar àquele que se obteria mediante a realização espontânea do direito” (**Temas de Direito Processual Civil**, Quarta Série, 1989, Saraiva, p. 221).

Ao referir-se à condenação de entregar uma coisa, propõe o processualista que “para evitar a ocultação, pode o credor utilizar-se, aqui também, de medidas cautelares de apreensão” (ob. citada, p. 229).

E embora reconheça que as medidas coercitivas sobre a *pessoa* do devedor sejam excepcionais, afirma que “não se trata, contudo, de fenômeno inexistente: aqui e ali, disposições legais autorizam o órgão judicial a mandar prender o devedor por certo prazo, com a finalidade de constrangê-lo ao cumprimento da obrigação” (ob. citada, p. 232).

Fortemente pressionado pela doutrina, o legislador editou o art. 461, parágrafo 5º do estatuto processual.

Dentre as medidas, já se disse, encontra-se a busca e apreensão. Seria, de fato, a medida adequada e pertinente: buscar, apreender o remédio e entregá-lo ao credor. Todavia, existe séria dificuldade em encontrá-lo. Por outro lado, o espírito emulativo e cortesão do prevaricador com seu superior hierárquico pode extrapolar a normalidade de uma conduta áulica, para transformar-se em quixotada, isto é, mesmo confinado à prisão, o servidor pode, teimosamente, deixar de praticar o ato de ofício que lhe foi ordenado. Ademais, o doente, em certos casos, não poderá aguardar o limite de resistência do servidor.

Ante o desconhecimento do local, onde o medicamento poderá ser apreendido, às vezes ele inexistente no estoque das Secretarias de Saúde, aliado a uma suposta resistência do servidor preso em cumprir o mandado, o resultado prático equivalente consiste em apreender créditos dos entes públicos, oriundos de dívida ativa, para com tais valores o próprio Poder Judiciário, como administrador, adquirir o medicamento já deferido ao enfermo e a ele entregá-lo.

Logicamente, esta é a última das alternativas, mas deverá ser efetivada, sem hesitação, se necessário.

Impõe-se, ainda, que a medida de apreensão seja entendida em seus devidos termos. Trata-se de buscar a maior coincidência possível entre o resultado do processo e a atuação espontânea do direito.

Relembre-se de que a norma processual não limita as medidas de apoio àquelas expressamente previstas. Elas são exemplificativas.

Por se desconhecer o local da apreensão, tratar-se-ia de medida ineficaz. Seria como “levar copo à água das fontes”, como diria Fernando Pessoa.

Não resta, pois, outra conduta senão apreender estes créditos, para, com tais valores, ser adquirido o medicamento necessário.

Pode objetar-se com o argumento de haver afronta à cediça regra de que não é possível atos de constrição contra a Fazenda Pública. Não existe, propriamente, ato de constrição, mas um resultado prático equivalente, uma medida de apoio para não malograr a decisão proferida, dando-lhe esteio para a devida efetivação, tal como autoriza o art. 461, parágrafo 5º do diploma processual.

Comparem-se as duas situações: o servidor que teve, ilegalmente, suprimida determinada vantagem e o hipossuficiente que necessita do medicamento. Suponha-se que, em ambos os casos, a tutela antecipada tenha sido deferida. É óbvio que os créditos da Fazenda Pública não podem ser submetidos à constrição para pagamento do crédito daquele servidor, sob pena de subversão do sistema estabelecido pelo art. 730 do diploma processual. No que diz respeito, entretanto, à situação do enfermo, a medida é *substitutiva* à busca e apreensão do remédio e à prisão, que se mostraram, respectivamente, inútil e insuficiente, constituindo aquela o resultado prático equivalente. Ademais, os valores não serão transferidos para a parte, mas sim o medicamento que lhe será entregue.

Para fatos normais, as soluções têm de ser normais. Contudo, os fatos anormais merecem soluções excepcionais. Por outro lado, soa como piada de mau gosto a sugestão de converter a obrigação em perdas e danos, pois estes só poderiam ser cobrados pelos herdeiros do doente, por motivos evidentes.

Em exposição brilhante, Luiz Fux já havia denunciado o fracasso do sistema tradicional da execução de sentenças condenatórias, apontando seus defeitos e reconhecendo que “a tutela condenatória é a mais imperfeita de todas as espécies de resposta judicial” (ob. citada, p. 1086).

Não é sem qualquer critério que o Estado Juiz atuará como Estado Administrador. Os princípios da eficiência e da moralidade, previstos no

art. 37 da Lei Fundamental, aplicam-se a todas as funções do Estado e, também, ao Poder Judiciário. Neste mister, deverá observar as mesmas normas traçadas para a administração, notadamente, a que deve observar o princípio da economicidade, já que as medidas de apoio são administrativas.

Normalmente, será desnecessário, o procedimento licitatório, tendo em vista o valor da compra (art. 24, I, da Lei nº 8.666/93). Todavia, o magistrado que quiser se preservar, deverá publicar edital de convite para aquisição rápida e urgente pelo melhor preço.

Mesmo dispensada licitação, nem por isso, deverá o juiz negligenciar quanto ao preço mais barato. As regras de experiência (art. 335 do diploma processual) mostram que as distribuidoras vendem seus medicamentos a preços, em média, 30% inferiores aos encontrados em farmácias. Naqueles estabelecimentos é que os remédios deverão ser adquiridos para, após, proceder-se à respectiva entrega.

Em resumo, pode concluir-se que: deixar o agente público, regular e pessoalmente intimado, de cumprir tutela antecipada concedida em ação de conhecimento ou mandado de segurança e sentenças de mérito de conteúdo mandamental e as fundadas no art. 461, do Código de Processo Civil, das quais não caiba recurso com efeito suspensivo e não mais sujeitas ao duplo grau obrigatório de jurisdição, constitui crime de prevaricação na modalidade omissiva; na forma omissiva, a prevaricação é crime permanente, sendo admitida a prisão em flagrante da autoridade infratora, até o exaurimento do momento consumativo do crime, que ocorre com o cumprimento da decisão judicial; o prevaricador só poderá prestar fiança, depois de cumprir o comando judicial; a decretação, por determinação judicial, da prisão em flagrante do prevaricador, que descumpre decisão judicial, constitui sucedâneo da requisição de força policial, prevista no art. 461, parágrafo 5º do Cód. de Proc. Civil, já que o elenco, estabelecido na norma, é exemplificativo; as medidas de apoio, dispostas no art. 461, parágrafo 5º do Código, aplicam-se à tutela antecipada regulada pelo art. 273 do mesmo estatuto; se a prisão em flagrante não for bastante para a decisão ser cumprida, nas ações que versem sobre entrega de medicamentos a enfermos hipossuficientes, poderá o juiz apreender créditos oriundos de dívida ativa para, com tais valores, adquirir o medicamento necessário e entregá-lo ao doente; esta medida não é constritiva, mas, também, de resguardo ao cumprimento da decisão judicial. ◆

A NECESSÁRIA RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS INCONSTITUCIONAIS!

JOSÉ JAYME DE MACÊDO OLIVEIRA

Professor da EMERJ. Juiz de Direito do TJ/RJ

Não se discute mais a inconstitucionalidade da exigência de IPTU progressivo, bem assim de qualquer valor a título de **Taxa de Iluminação Pública** e de **Taxa de Coleta de Lixo**, no Rio de Janeiro: o primeiro até 1999 e as duas últimas, até 1998.

I. Isto porque, quanto ao IPTU, a lei instituidora estabelecia alíquotas progressivas, *i.e.*, considerando a localização do imóvel (regiões) e a área edificada, os respectivos percentuais para seu cálculo sofriam majoração. Assim, as alíquotas eram variáveis (e maiores) e aplicavam-se sobre bases de cálculo também variáveis (e de valores superiores), tudo em flagrante embate com normas constitucionais à época vigentes.

Em verdade, o art. 156, § 1º, da Constituição Federal admitia a aplicação ao IPTU do critério da progressividade, desde que satisfeita a condição lá imposta: “*de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade*”, sendo que seu art. 182, além de fixar entendimento acerca dessa última expressão, exigia, nos termos de lei federal, que o proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, o empregasse de forma adequada, sob pena, sucessivamente, de parcelamento ou edificação compulsórios (I), só então surgindo a possibilidade de criação de IPTU progressivo no tempo (II). Significa dizer que a única progressividade que a Lei Maior previa era a baseada **no tempo**, aplicável a propriedades urbanas (i) não edificadas; (ii) que não cumpram sua função social; (iii) que estejam situadas em áreas definidas pelo plano diretor e (iv) cujo proprietário, intimado a parcelar ou edificar, não o faça no prazo assinalado por lei.

Com efeito, se o legislador municipal (como o fez o carioca), afastou-se do critério do descumprimento da função social e fixou alíquotas progressivas em função do valor do imóvel e de sua área, instituiu (e cobrou) impos-

to inconstitucional, como, aliás, decidiu o EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, à unanimidade e através de seu Plenário, especificamente em relação ao IPTU instituído pelo Município do Rio de Janeiro (RE 248.892-5/RJ):

“TRIBUTÁRIO. IPTU PROGRESSIVO. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. ARTIGO 67 DA LEI Nº 691/84. PRECEDENTES.

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a progressividade do IPTU, que é imposto de natureza real em que não se pode levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte, só é admissível, em face da Constituição Federal, para o fim extrafiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade.

2. O artigo 67 da Lei nº 691/84, do Município do Rio de Janeiro, que instituiu a progressividade do IPTU levando em conta a área e a localização dos imóveis – fatos que revelam a capacidade contributiva, não foi recepcionado pela Carta Federal de 1988.”

II. Com relação à **Taxa de Iluminação Pública**, é incontestado que o serviço público respectivo, existente em nossas ruas, não permite mensuração relativamente a cada contribuinte, este definido, na lei, como sendo *“o proprietário ou titular do domínio útil ou o possuidor, a qualquer título, de imóvel edificado ou não, alcançado pelo serviço”*. Como avaliar que a iluminação pública é mais ou menos usada considerando este ou aquele imóvel localizado no respectivo logradouro?

Ademais, tal serviço não tem como destinatário direto unicamente os proprietários dos imóveis localizados nas ruas objeto da iluminação pública, mas sim quaisquer transeuntes que a utilizem (estes em quantidade muito superior à daqueles), aspecto que evidencia, além da falta de especificidade e divisibilidade da atividade estatal, não atender referenciada *taxa* a pressuposto básico para sua instituição e cobrança, qual seja, impor-se a todas as pessoas a quem se dirige o serviço público, e não a parte delas. A natureza contraprestacional do tributo *taxa* certifica a obrigatoriedade de serem por ela alcançadas todas as pessoas destinatárias do serviço (salvo se concedida isenção do mesmo).

E o contido no tópico anterior amolda-se, sem tirar nem pôr, à diretriz iterativamente adotada pelo Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUS-

TIÇA, expressa na ementa do REsp nº 38.186 (2ª Turma, Rel. Min. Peçanha Martins), em que foi recorrente o Município do Rio de Janeiro, *verbis*:

“TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – COBRANÇA – ILEGALIDADE.

É ilegal a cobrança de taxa em razão da prestação do serviço de iluminação pública, por seu caráter genérico e indivisível, prestado à coletividade como um todo, sem benefício direto para determinado contribuinte.”

III. Tocante à **Taxa de Coleta de Lixo**, é inútil, errada e inconstitucional a tomada, para sua base de cálculo, dos componentes quantitativos próprios do IPTU, tais como área construída e testada fictícia do imóvel, como o fez a lei municipal carioca.

Eis a posição firmada pelo COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, que o excerto abaixo transcrito da ementa do Acórdão relativo ao REsp 139.928/SP (relatado pelo Min. José Delgado) confirma:

“Os demais (em que se inclui a Taxa de Limpeza Urbana) por haverem violado a norma do art. 145, § 2º, ao tomarem para base de cálculo das taxas de limpeza e conservação de ruas elemento que o STF tem por fato componente da base de cálculo do IPTU, qual seja, a área de imóvel e a extensão deste no seu limite com o logradouro público.”

IV. Pois bem. Decretada a inconstitucionalidade dos tributos, exsurge o direito à repetição do indébito, cujo exercício exige do contribuinte muita calma e perseverança, em função dos tortuosos e múltiplos trâmites definidos na legislação, determinadores de notória dificuldade que recrudescem diante da morosidade decorrente da grande quantidade de processos (administrativos e judiciais) e culmina com os famigerados precatórios...

E isso é voz corrente até nos Tribunais:

“O periculum in mora decorre do fato notório de que o Governo é um mau pagador. Na repetição de indébito, o contribuinte pena para receber o que recolheu indevidamente, com as contestações

e recursos de caráter de emulação da Fazenda Nacional; pena mais nos odiosos precatórios.”

- Ag 96.01.52946-2/MG, TRF, 1ª R, 3ª T, Rel. Juiz Tourinho Neto. DJU 25.04.97 -

V. Mas há algo pior no ar. Começa a germinar uma tendência (de fonte nitidamente fiscalista) no sentido do descabimento da devolução de tributos instituídos em desacato à Lei Maior. O desígnio maior deste escrito é discutir seus mais repetidos fundamentos (à frente em sinopse) e ressaltar suas contradições e falácias.

1. *A legitimidade da repetição dimana de haver o accipiens recebido, sem causa ou indevidamente, o bem cuja devolução se exige. No caso de indébito tributário, tal não se dá, já que o dever de restituir deriva do só reconhecimento da inconstitucionalidade.*

A causa da obrigação tributária jaz na lei instituidora do tributo, cuja submissão aos princípios superiores (constitucionais) é o que a faz válida. Lei que se embate com a Constituição não é e nunca foi lei. E essa diretriz hermenêutica não é invenção de jejuno; ao contrário, promana do EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, segundo o atesta o então Ministro PAULO BROSSARD, na ADIn 5219/600/DF, cujo acórdão assim se ementou:

“A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária.”

- ADIn 5219/600/DF. STF, Pleno, Rel. Min. Paulo Brossard. DJU 24.04.92.

Mesmo para os que radicam a causa da tributação em facilitar ao Estado a obtenção dos meios necessários à satisfação dos fins públicos, esse nobre fim não afasta a necessidade de configurar-se a plena juridicidade, validade, sintonia com os preceitos superiores, da norma legal criadora do tributo. Certificam alguns (como GRIZIOTTI) que a causa supõe uma correspondência entre o interesse público, fundamento da pretensão tributária, e o interesse dos particulares, ambos merecedores da proteção que o princípio da legalidade tributária confere. Assim, sobressai descabido pretender-se justificar uma exigência tributária ilegal ou inconstitucional com a só consideração de os recursos arrecadados haverem-se destinado ao atendimento das necessidades públicas.

Como salientado, vige, na tributação, o princípio do estrito respeito à lei, quer pelo contribuinte, quer pela Fazenda Pública. Se esta vem de exigir tributo que contraria à Constituição, nada mais é necessário para lidimar o direito à restituição.

Já se disse que a violação de norma constitucional é muito mais gravosa e detrimetosa para a sociedade, do que a transgressão de regra legal ordinária. E pior ainda, quando engendrada pelo próprio Poder Público, a quem incumbe a defesa de seu fiel cumprimento. Ademais, se se pudesse justificar o pisoteamento de regra da Constituição com o simplório asserto de que o interesse público suplanta o particular, e quejandos, estar-se-ia negando o estado-de-direito, subvertendo todo o sistema jurídico vigente, enfim, retornando ao Antigo Regime, no qual o Príncipe identificava a valoração (!) do interesse, segundo o seu talante...

Aproposita-se a lição do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. CELSO DE MELLO:

*“A essência do direito tributário – respeitados os postulados fixados pela própria Constituição – reside na integral submissão do poder estatal **rule of law**. A lei, enquanto manifestação estatal estritamente ajustada aos postulados subordinantes do texto consubstanciado na Carta da República, qualifica-se como decisivo instrumento de garantia constitucional dos contribuintes contra eventuais excessos do Poder Executivo em matéria tributária.”* (ADIn 1.296-7/PE. STF, Pleno, DJU 10.08.95).

Enfim, inegável que o Município tem competência para instituir (e cobrar) tributos, conforme o art. 30, inc. III, da Constituição, MAS JA-

MAIS VIOLANDO OS PRECEITOS SUPERIORES, quer constitucionais, quer da lei complementar tributária. Se assim o fez, o recebimento do tributo não teve causa válida (lei formal e constitucional), exsurgindo mais que legítimo o direito do contribuinte à sua restituição.

2. *A declaração de inconstitucionalidade da lei não tem o poder de excluir as alterações feitas no mundo fático*

É verdade. Contudo, nada impossibilita que quem recebeu quantia com base em ato legislativo imprestável (porque inconstitucional), proceda à sua devolução, em vista de o recebimento indevido não haver propiciado alteração que não possa reverter ao *statu quo ante*. Isto é, a Fazenda Pública Municipal recebeu quantias indevidamente pagas, incluiu-as no caixa e gastou-as (nem sempre convenientemente), prestando serviços, fazendo obras públicas (muitas de duvidosa necessidade), na conformidade da lei orçamentária. Agora, deverá restituí-las a quem as pagou indevidamente, para tanto fazendo a devida dotação orçamentária precatorial, não importando isso, a verificação de enriquecimento sem causa, locupletamento, máxime à falta de relação direta entre o que o contribuinte paga a título de IPTU e os serviços e obras que a edilidade desenvolve. Mesmo nas taxas esse nexos causal não é necessário, na medida em que o contribuinte nem sempre utiliza efetivamente o serviço público... e, quando o faz, não se dá comprovável equivalência entre a prestação (serviço público) e o valor pago a título de taxa.

E, de outro prisma, descabe falar-se em ausência de culpabilidade do *accipiens*, por refletir consideração impertinente e desnecessária. Não se é de cogitar se a Fazenda Pública, ao receber tributo inconstitucional, fê-lo culposamente. *In casu*, a responsabilidade pela restituição configura-se objetiva e independente de causa vinculada à subjetividade. Numa visão sociológica, não há erro em afirmar-se que o Estado “somos nós”. Só que, para o Direito, o Município constitui pessoa jurídica e, como tal, detentor de direitos e sujeito a obrigações, não podendo, por isso, escapar do dever expresso no art. 964 do Código Civil: “*Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir*”.

3. *Como os recursos da Municipalidade provêm da arrecadação dos tributos, sua devolução implicaria prejuízo geral para todos*

Mesmo se tal fosse verdade, impossível pretender-se justificar a não-restituição de cobranças tributárias flagrantemente inconstitucionais, com a

falta de recursos, instauração de ingovernabilidade, detrimento para o povo em geral etc., pena de instaurar-se a subversão jurídica. A prevalecer isso, estar-se-ia admitindo o desrespeito à Constituição sem qualquer conseqüência para quem assim age (a Fazenda Pública), nem sequer a devolução do que exigira sem causa legal válida. Seria o êxito de quem contraria a Lei Maior, e a derrota das pessoas (contribuintes) por ela protegidas...

Novo recurso ao eminente Ministro CELSO DE MELLO torna vã qualquer outra consideração:

“Razões de Estado não podem ser invocadas para justificar o descumprimento da Constituição. É preciso advertir que as razões de Estado – quando invocadas como argumento de sustentação da pretensão jurídica do Poder Público ou de qualquer outra instituição – representam expressão de um perigoso ensaio destinado a submeter à vontade do Príncipe (o que é intolerável), a autoridade hierárquico-normativa da própria Constituição da República, comprometendo, desse modo, a idéia de que o exercício do poder estatal, quando praticado sob a égide de um regime democrático, está permanentemente exposto ao controle social dos cidadãos e à fiscalização de ordem jurídico-constitucional dos magistrados e Tribunais.” – AgRg em Ag. 234.163-3/MA. STF, 2ª T, DJU 10.09.99.

Agora, falar-se em prejuízo (decerto que material) exige concreta comprovação disso, sendo impertinentes quaisquer ilações presuntivas. A devolução do indébito implicará saída de dinheiro dos cofres públicos, mas, é óbvio, daquele que entrou indevidamente, sem validade jurídica. Ora, o montante que o Fisco arrecada não tem necessária correspondência com o que gasta, nem globalmente, quanto mais individualmente, haja vista a contumaz verificação de déficit e a esporádica ocorrência de sobra (esta vivida atualmente pela Prefeitura do Rio de Janeiro que, conforme notícias jornalísticas, dispõe de mais de três bilhões em caixa). Então, não se pode afirmar que a quantia a ser devolvida equivale a serviço efetivamente recebido pelo contribuinte, tampouco que desfalcará o Erário de forma a inviabilizar o atendimento de necessidades da população. Como sabido, o Estado deverá agir conforme as regras do direito orçamentário, assimilando normalmente as conseqüências do desembolso. Assim, ninguém deverá ser

obrigado a pagar tributo maior ou deixará de ter algum serviço público, por força da restituição do indébito, pois tudo dependerá dos objetivos e metas fixadas na lei orçamentária.

4. Não há possibilidade de aferição do valor que deveria ser restituído, vez que os serviços prestados pelo Poder Público dirigiram-se a toda a população

Ora, pagou-se IPTU em valor superior ao permitido pela Constituição e Taxa de Lixo e de Iluminação Pública em valores indevidamente exigidos (tributos que não poderiam ser instituídos e cobrados como o foram). O que lhes deve ser devolvido, senão as quantias correspondentes a tais exações inconstitucionais?

Não há considerações outras a empreender, mesmo porque, a prevalecer o ponto-de-vista ora questionado, **não haveria mais repetição de indébito tributário...** Bastaria a Fazenda Pública alegar a impossibilidade de aferir o quanto de concreto o contribuinte recebeu de serviços de saúde, segurança, educação etc...

De ciência certa que a tributação é o instrumento utilizado pelo Estado para obter recursos destinados à consecução do bem comum. Mas... os fins não justificam os meios... nem os fazem constitucionais e válidos...

5. Há ferimento ao princípio da isonomia repetir-se indébito tributário apenas a quem demandou judicialmente

O Poder Judiciário está aberto a todos, aí manifestando-se a regra isonômica que importa. Se um contribuinte defende seus direitos, e outro não (desinteressando os motivos deste), jamais se pode ver nisso atropelo à igualdade jurídica. Aliás, os brasileiros, com certeza, prefeririam não ter que lutar na Justiça (e como!) **para verem a CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA respeitada.** Se alguns preferem submeter-se às exações fiscais inválidas, não se configura desacato à igualdade, mas antes de tudo acintoso desrespeito ao contribuinte que luta para que se cumpra a LEI MAIOR. Enfim, vivemos, ou não, um Estado de Direito ?!

Quando recorre ao Judiciário para defesa de seus interesses, o cidadão está exercendo direito assegurado na Constituição. E no caso de pagamento de tributo inconstitucional, só pode fazer valer o seu direito à restituição mediante ação judicial, porquanto, de ofício ou a requerimento, a Fazenda se nega a reconhecê-lo. Logo, se é esse comportamento das autoridades

que leva o contribuinte a socorrer-se da Justiça, absurda é a recriminação deste ato ou a acusação de que retrata ele desvio da exigível solidariedade social. Quem pleiteia devolução é quem pagou indevidamente o tributo, e não quem deixa de pagar, via sonegação, fraude, este sim violentador de referida regra social.

6. *O efeito da declaração de inconstitucionalidade é ex nunc*

A decisão que declara a inconstitucionalidade da lei produz efeitos retroativos, apesar de não haver no direito pátrio norma expressa que confirme esta assertiva. Equivale dizer: implica ela a nulidade *ex tunc* da norma legal, na conformidade da firme e iterativa jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (v.g.: Rep. 971/RJ, Djaci Falcão, RTJ 87/758; RE 93.356/MT, Leitão de Abreu, RTJ 97/1369; RE 168.554/RJ, Marco Aurélio, RTJ 157/1063; ADIn 2/DF, Paulo Brossard, RTJ 169/763), apropositando-se o destaque do seguinte asserto do voto proferido pelo Min. MOREIRA ALVES, no aresto por último citado:

“Sr. Presidente, em nosso sistema jurídico a declaração de inconstitucionalidade (incompatibilidade – vício) acarreta a nulidade da lei inconstitucional, operando ex tunc e, conseqüentemente, desconstituindo-a ab initio, quer se trate de inconstitucionalidade material, quer se trate de inconstitucionalidade formal.”

Tem valimento trazer à colação, mais uma vez, o magistério do eminente Ministro CELSO DE MELLO, contido no seguinte excerto de seu voto na ADIn 652-5/MA, publicado no DJU 02.04.93, **verbis**:

“O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica guardem, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. Atos

inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito.”

A melhor fonte doutrinária também não discrepa disso. Leia-se o que leciona o Prof. GILMAR FERREIRA MENDES, Advogado-Geral da União e inegável autoridade no assunto:

*“A lei declarada inconstitucional é considerada, independentemente de qualquer outro ato, nula **ipso jure e ex tunc**.”* (Apud Repertório IOB Jurisprudência/2000, nº 20, p. 524).

Tudo que aqui se perfilhou ecoa nas lições do Prof. RICARDO LOBO TORRES, como comprova a seguinte passagem de seu livro **Restituição de Tributos**, Forense, 1983, p. 97:

*“A regra geral, no direito brasileiro, é a da eficácia **ex tunc**, com a nulidade **ab initio** da cobrança dos tributos com base na lei maculada de inconstitucionalidade.”*

Diante da forte e abalizada voz do Excelso Pretório e de tão prestigiosa doutrina, nada mais caberia aduzir acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária (deveras, **ex tunc**). Contudo, alguns aspectos ainda merecem abordagem.

É indiscutível que o objetivo buscado com a declaração de inconstitucionalidade de norma legal consiste em desfazer seus efeitos gerais, na medida em que, excluindo-a do contexto jurídico, retira-lhe a aplicabilidade. Todavia, além desse efeito prospectivo, gera tal declaração a consequência de alcançar a lei inválida desde o seu nascimento. Dizia Alfredo Buzaid sobre a lei inconstitucional que *“a eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a **ab initio**. Nasceu morta. Não teve pois nenhum*

único momento de validade.” (Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade, Forense, 1958, p. 48)

Re vera, há certa divergência doutrinária quanto a esta conclusão, no pertinente a questões de direito público. Para alguns, a lei em conflito com a Constituição não deixa de ser lei, mantendo-se intactos os atos praticados antes da declaração de sua inconstitucionalidade. Para J. J. CANOTILHO, “*é possível entender-se que as situações consolidadas – como as relações jurídicas extintas pelo cumprimento da obrigação – estejam imunes aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.*” (Direito Constitucional, Almedina, Coimbra, 1986, p. 816). Outros argumentam não poderem ser desfeitos os atos jurídicos praticados enquanto vigente e eficaz a lei inconstitucional. Defende-se até a primazia do interesse absoluto diante da eliminação do ato jurídico viciado, para, invocando a razoabilidade que envolveu a sua efetivação, concluir que o interesse concreto da manutenção da segurança das relações jurídicas convalida os atos praticados. (cf. SERGIO D’ ANDRÉIA, **Direito Administrativo Didático**, Forense, 1985, p.116/7). Outros ainda entendem razoável a inteligência de que não se deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo declarado inconstitucional (mas sim anulável), já que entrara o mesmo no mundo jurídico com presunção de validade, impondo-se à obediência pelos destinatários dos seus comandos.

Essas argumentações (com dicções denotativas de insegurança: “é possível entender-se”, “é razoável concluir-se”, “é admissível”), não estiolam a conclusão de que a decisão do Supremo Tribunal, pela inconstitucionalidade da lei, é de *virtus* desconstitutivo, produzindo efeitos *ex tunc*: todos os atos praticados sob a égide da norma tida como inconstitucional consideram-se nulos. É a regra, só excepcionada no caso de o aresto declarar expressamente consequência diversa, ou seja eficácia *ex nunc*.

Em sede não-tributária, de reconhecer a necessidade de temperamentos para o remate acima, pois, levado por considerações práticas, depara-se judiciousa a atribuição de certa validade aos atos praticados por pessoas que, em boa fé, tenham exercido poderes/direitos conferidos pelo diploma posteriormente julgado ineficaz. Exemplificando: atos praticados por oficial de justiça nomeado; recebimento de pensão alimentícia, durante anos, tudo com base em lei inconstitucional... Neste caso, alinham-se como exigências básicas para a adoção do critério não-retroativo de leis declaradas inconstitucionais: que os atos praticados sejam informados por boa-fé e que não impliquem detrimento para o agente.

Salta à vista a impossibilidade de aplicação de tal diretriz no campo da tributação, primeiro diante do descabimento de qualquer perquirição acerca da *bona fides* do contribuinte, que, cumprindo lei inconstitucional, pagou o imposto porque foi a isso compelido pela administração, que procedeu ao lançamento do tributo, desencadeou fiscalização, negou a participação do contribuinte em concorrência pública, ameaçou imediata cobrança executiva...

Já o mesmo não se pode afirmar do Estado, pois, como o Poder Executivo detém a privatividade da iniciativa de lei em matéria tributária, é ela gerada em seu âmbito. Depois, aprovada pelo Legislativo, é objeto de sanção pelo próprio Executivo, que confirma sua afinação (!) com a Lei Maior. Assim, o Executivo não é apenas o aplicador da lei tributária, mas sim seu “criador”, no sentido da elaboração e posterior aprovação para ingresso no ordenamento jurídico. Considerando a quantidade e os motivos da inconstitucionalidade de leis que o SUPREMO vem decretando, não se pode negar, em sã consciência, que o Executivo vem descurando dos princípios constitucionais tributários e, com isso, resvalando para a *mala fides*.

E tal carência de boa-fé, que infesta o Executivo em matéria tributária, foi retratada pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO (STF), em conferência proferida na EMERJ, em 11.02.2000 (e publicada na **Revista da EMERJ**, v. 3, nº 10), quando contou o seguinte caso (p.11):

“Certa vez um servidor de hierarquia superior levou um projeto de lei que versava sobre Direito Tributário a um Ministro, para encaminhamento à Câmara dos Deputados pelo Presidente da República, e, quando alertado sobre possível conflito entre o projeto e as normas da nossa Lei Maior, o titular da pasta perguntou qual o grau de inconstitucionalidade desse projeto, havendo o servidor revelado que o grau seria de setenta por cento. Indagado sobre como se alcançou essa porcentagem, o servidor afirmou que a extensão do conflito do projeto com a Carta fora calculada a partir do pressuposto de que cerca de trinta por cento dos contribuintes, em que pese o vício da lei, viriam a pagar o tributo sem nada reclamar. Por essa forma, busca-se obter reforço de caixa, sempre deficitário ante os acessórios das dívidas interna e externa.”

É péssimo o exemplo do Estado (hoje o grande jurisdicionado de todos os Tribunais de Justiça), que, ao invés de pisotear os princípios superiores, deveria aos mesmos submeter-se, de modo a nortear a postura do cidadão comum. Mas não, com frequência cria (e cobra) exações inconstitucionais, decerto baseado no “princípio da ilegalidade eficaz”, bem retratado pelo Prof. SOUTO MAIOR BORGES, segundo o qual “a quantia indevida que entrou nas burras oficiais e não foi devolvida, para efeitos de finanças públicas tem a mesma eficácia que a de tributo devido, razão pela qual o Fisco usa das imposições indevidas constantemente, visto que não são todos os contribuintes que discutem incidências ilegais”. (*Apud O Princípio da Moralidade no Direito Tributário*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, p. 30)

Nesse passo, acode à mente o princípio da moralidade da administração pública, hoje expresso em nossa Carta, deveras porque o legislador constituinte, vendo cada vez mais escassos os valores éticos na conduta humana, resolveu lembrar que a honestidade deve informar a prática de qualquer ato administrativo. E, no campo tributário, essa diretiva impõe, dentre outras, atuação do Fisco no sentido de devolver sem protelação toda quantia que a título de tributo tenha arrecadado indevidamente, máxime com base em lei inconstitucional, pois, conforme bem assinala o Prof. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, “macula a ética e a moralidade toda produção legislativa que fira a Constituição”. (Obra citada por último, p. 34).

Por outro lado, falta senso cogitar-se de possível prejuízo do agente (Fazenda) que teve por legítimo o ato e, fundado, nele, operou na presunção de que está procedendo sob o amparo do direito objetivo. Não só porque nosso Direito possui bases constitucionais de liberdade e de justiça material, mas principalmente porque no Estado de Direito a doutrina constitucional mais moderna enfatiza a necessidade de concretização dos direitos fundamentais reveladores da segurança jurídica. E, *in casu*, esta obriga pronta ação no sentido de fazer valer a Lei Maior, pena de legitimar-se ato nela proscrito, implicando ruptura da estabilidade jurídica que é o apanágio do Estado Democrático de Direito.

De ciência certa que a garantia do ato jurídico perfeito é constitucionalmente assegurada, mediante princípio que, juntamente com a legalidade, isonomia, irretroatividade da lei tributária (e outros), constituem cláusulas pétreas do sistema. E, ato jurídico perfeito é o “já consumado segundo a

lei vigente ao tempo em que se efetuou” (LICC, art. 6º, § 1º). Lei qualquer? Não; lei que, sobre vigente, há de dispor de validade, caráter ausente face à declaração de sua inconstitucionalidade. Essa a correta interpretação de referido dispositivo, que colabora na sustentação da regra da nulidade dos efeitos de norma legal com tal mácula.

De fato, há flagrante contraste entre, de um lado, dever o ato jurídico viciado ser eliminado do mundo jurídico, e, de outro, o do aproveitamento de seus efeitos, com a respectiva manutenção ou conservação. Mesmo em algumas áreas publicistas, cabe aplicar-se a solução segunda, como forma de melhor atender-se ao interesse público, desde que presentes ponderáveis elementos como boa-fé, tempo decorrido, dentre outros. Em sede tributária, porém, tudo conduz à extinção do ato atingido, e de suas conseqüências, ou seja, dar-se eficácia *ex tunc* à decisão judicial de controle, salvante na hipótese de coisa julgada em qualquer espécie de procedimento judicial. Neste caso, a eficácia da coisa julgada, restrita exclusivamente às partes (Fazenda e contribuinte derrotado no processo), reveste-se da imutabilidade que enforma este instituto. É exigência da ordem pública e do bem comum, visando à estabilidade da tutela jurisdicional e, de conseqüência, à segurança jurídica e política.

De outro enfoque, o lançamento tributário definitivo (em que se exauriram todas as instâncias administrativas) não admite revisão por erro de direito, como também a declaração de inconstitucionalidade da lei evidencia erro desse jaez. Significa que nossa Lei Complementar Tributária não autoriza a administração a proceder ao reexame do lançamento nessa hipótese (CTN, arts. 145 e 149).

Todavia, não interfere isso na conclusão de que tem direito à restituição o contribuinte que pagou tributo instituído em lei declarada inconstitucional. Primeiro porque a matéria se submete ao Judiciário, cujo mister não pode sofrer limitação de qualquer ordem, máxime quando de natureza constitucional, ou seja, direito decursivo de afronta a seus princípios. Segundo porque se generalizou o recolhimento de tributos sem prévio lançamento pela autoridade, soando esquisito falar-se em atividade administrativa de lançamento, a não ser nos tributos relativos ao patrimônio (IPTU, IPVA, ITBI e algumas taxas de serviço). E negar-se a restituição apenas quanto a estes (apurados mediante lançamento direto e por declaração), simplesmente porque a administração não pode rever sua atividade exatora, avulta no mínimo antiisonômico.

Indefensável também que a auferição de vantagem econômica implica vedação de devolução de tributo criado por lei inconstitucional. Em sendo imposto, gerador de recursos para utilização nas atividades gerais do Estado e ausente de contraprestação, é manifesta a inexistência de benefício direto para o contribuinte que o pagou. Não se pode concluir diferente nos chamados tributos vinculados (taxas e contribuição de melhoria), porquanto neles se tem a atividade estatal como geratriz da obrigação de pagar, sendo irrelevante haver-se efetivamente beneficiado o contribuinte, mediante o serviço público aos mesmos conectado. Daí, ressalta até descabido falar-se em contraprestação relativamente a essas duas últimas espécies tributárias, dada a ausência de igualdade valorativa entre o que se paga e o serviço prestado pelo Poder Público, ou mesmo a impossibilidade de isso ser aferido. A grande verdade é que não basta o Estado prestar o serviço para obrigar-se a sociedade civil a pagar o tributo taxa. É indispensável que haja a sua instituição mediante lei válida, constitucional. Aliás, qualquer embate com a Carta Maior jamais pode justificar-se com fatos de natureza administrativa, financeira ou moral. E também nesse aspecto o Pretório Excelso inclina-se por reconhecer a obrigatoriedade da restituição do indébito tributário.

Em suma: salvante a hipótese de coisa julgada, toda quantia paga a título de tributo julgado inconstitucional deve ser restituída, só por tal vício, ou seja, sem outras cogitações. ◆

APLICAÇÃO DO DIREITO: DOGMÁTICA JURÍDICA E CONTEXTO SOCIAL*

PLAUTO FARACO DE AZEVEDO

Professor Titular do Curso de Pós-Graduação-Mestrado em Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA)

Vivemos em um mundo dilacerado pela desigualdade e pela injustiça, em que uma dentre cada quatro pessoas, no planeta, vive abaixo das condições mínimas indispensáveis à dignidade humana. A própria vida acha-se ameaçada pela visão mercantilista da existência e do processo produtivo. A ciência e, fundamentalmente, a tecnologia dela resultante ocasionam modificações bruscas, com reflexos ecológicos traumáticos. Dentre eles sobressaem as mudanças climáticas, elevação da temperatura conduzindo ao efeito estufa, derretimento das calotas polares, inundações, longas estiagens em vastas regiões, do que resultam diminuição drástica das colheitas e desertificação. A liberação de gases industriais em excesso leva à diminuição gradual da camada de ozônio. A ausência de um critério racional de **justiça distributiva** tem efeitos funestos, dentre os quais sobressaem a migração campo-cidade e o crescimento desordenado de megalópoles cercadas por sub-habitação sem saneamento básico. O uso abusivo de defensivos agrícolas tem como conseqüência a contaminação progressiva das águas dos rios e dos lençóis freáticos. Desastres ecológicos, de que Seveso (Itália), Bophal (Índia) Three Mile Island (Estados Unidos) e Chernobyl (Ucrânia) são, ao mesmo tempo, exemplos aterradores da devastação ocasionada pela cegueira da tecnociência, e sinais indicativos de uma eventual catástrofe de dimensões inimagináveis.

Por outra parte, a ciência arrogante de nosso tempo manipula as estruturas íntimas dos seres vivos, inclusive dos seres humanos, sem que se veja contrapartida ética para seus inventos e experiências. Percebe-se que os caminhos da biotecnologia culminarão, mais dia menos dia, na clonagem

* Tema do seminário “Ética e Justiça” realizado na EMERJ, em 27/07/01.

humana. Para estas e outras graves questões não há reflexão capaz de acompanhar a rapidez com que ocorrem, em que se ocultam interesses econômicos irresponsáveis. Fala-se no bem da humanidade, mas não se consegue encobrir o primado do econômico sobre o humano. Esgrimem-se argumentos em favor da produção de alimentos transgênicos, pretensamente direcionada a eliminar a fome no mundo.

Tudo se experimenta e se vende no mundo mercantilizado, sem atenção aos graves problemas que deveriam ser prioritários, como o controle populacional, a melhor distribuição da renda e dos alimentos existentes, o respeito ao Direito, sobretudo aos Direitos Fundamentais - sociais e econômicos -, sem cuja efetiva realização os direitos e liberdades individuais só podem ser exercidos precariamente pela grande maioria da população. Neste contexto, dominado pelo egoísmo e pelo descaso pelo próximo, o discurso jurídico exacerba suas potencialidades lógico-discursivas, atento aos aspectos formais e desatento aos aspectos materiais do direito. Boa parte do labor realizado pela Ciência do Direito mostra-se incapaz de encarar as necessidades pessoais e sociais mais prementes, esgotando-se na elaboração de distinções e subdistinções sutis, freqüentemente ultrapassadas, no culto dos conceitos pelos conceitos já percebido e condenado por Von Ihering no pandectismo novecentista¹, revelando-se inadequado ao tempo presente.

Mais não é necessário ajuntar para que se perceba a importância do trabalho do jurista, que necessita, antes de tudo, recuperar o sentido do discurso jurídico. O primeiro passo consiste em dar-se conta de que a Dogmática Jurídica, embora não possa evitar as abstrações, não pode abstrair a realidade. Vale dizer, o trabalho do jurista, ou tem assento nos problemas e necessidades sociais, procurando encaminhar seu equacionamento, ou é mera fala ideológica, falsificadora do contexto histórico (ainda que a falsificação, como ideologia que é, possa não ser consciente).

É a partir da apreensão bem refletida e sentida da moldura histórica – de seus problemas humanos concretos -, sobre que vai atuar o direito positivo, que deve ser elaborado o pensamento constitutivo da Ciência do Direito, historicamente denominada Dogmática Jurídica.

¹ Von Ihering, Rudolf. “En el cielo de los conceptos jurídicos”. In: **Bromas y veras en la jurisprudencia (Scherz und Ernst in der Jurisprudenz)**, Trad. por Tomás ^a Banzhaf. Buenos Aires: Europa-América, 1974.

É forçoso admitir-se que Dogmática Jurídica não é um bom termo, tendendo a falsear a natureza e o sentido de seu objeto, podendo conduzir à crença de que as instituições jurídicas constituem *dogma* e, portanto, não podem ser discutidas, valorizadas, modificadas, quando necessário.

Pode ela conduzir ao fortalecimento de uma tendência regressiva, vinculada ao passado, ao invés de cuidar das possibilidades prospectivas, inventivas, do discurso jurídico, de modo a adaptá-lo às cambiantes necessidades históricas. Mas, tem força histórica, é tradicional na literatura jurídica. Chamá-la Ciência do Direito, Ciência Jurídica Positiva ou Ciência Empírica do Direito Positivo², não lhe retira, pela simples mudança de denominação, o caráter de estudo servil das instituições. É indispensável ter em mente que o seu estudo não se pode esgotar em “juízos de constatação a fim de apurar as determinações contidas no conjunto normativo” mantendo-se a disciplina “alheia aos valores”³. O ponto de vista analítico-descritivo, primordial no trabalho “dogmático” do direito positivo, - *indispensável à compreensão, interpretação e aplicação do direito* -, deve ser acompanhado de uma atitude crítico-valorativa, capaz de aquilatar o valor e o sentido das instituições, no contexto da ordem jurídica global, vista em conexão com os interesses humanos que lhe são subjacentes.

Para que a Ciência do Direito possa permitir ao Direito conservar-se, transformando-se, não pode ela fechar-se sobre si mesma, tratando tão-só do “puramente jurídico”, em nome de uma falsa cientificidade que, no fundo, o que quer é a conservação cega da ordem estabelecida. Esta “ciência”, assim construída, pretendendo ser asséptica, responde a interesses, que se ocultam por não ousarem identificar-se. Este modo de proceder cria um mundo à parte, o mundo dos juristas, que esquece a sábia advertência de Ihering, que no século XIX, depois de ter trafegado pelo formalismo jurídico, o superou. Pôs-lhe, então à mostra a inconsistência, proclamando a incontestável verdade de que “a vida não deve se dobrar aos princípios; são os princípios que devem modelar-se na vida”⁴.

² Mata-Machado, Edgar de Godoi. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1986. p. 119.

³ Nader, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio: Forense, 1980.

⁴ Von Ihering, Rudolf. **L'esprit du droit romain...** Trad. de O. de Meulenaere. 3. éd. rev. cor. Paris: Lib. A. Maresq, 1886. v. 4 par. 69, p. 311.

No mesmo sentido, viria a proclamar o famoso juiz da Suprema Corte Norte-Americana, Oliver Holmes, que “a vida do direito não tem sido lógica, mas experiência”, visto que “a lei consubstancia a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos e não pode ser tratada como se contivesse unicamente os axiomas e corolários de um livro de matemática.⁵ Vale dizer, a lógica jurídica não é a lógica matemática. Dela serve-se, mas a ultrapassa. O raciocínio jurídico importa, necessariamente, em valorações de fatos e de normas, conduzindo a escolhas ou deliberações, como viria evidenciar Perelman, enquanto professor da Universidade Livre de Bruxelas, apoiado em textos de Aristóteles, que se achavam esquecidos. Perelman trouxe à luz o caráter **retórico** do raciocínio jurídico. Os raciocínios dialéticos ou retóricos “não se referem às demonstrações científicas mas às deliberações e às controvérsias”, tratando “dos meios de persuadir e de convencer por meio do discurso, de criticar as teses do adversário, de defender e justificar as que nos são próprias por meio de argumentos mais ou menos fortes”.⁶ Também Luís Recaséns Siches desenvolveu atividade fecunda, como professor e pesquisador da Universidade Autónoma do México, sustentando que a lógica aplicável ao direito é “a lógica da ação humana ou lógica do razoável”, que é impregnada de valorações referentes às situações humanas reais. “O importante é a técnica de pensar sobre problemas, a qual se desenvolveu no seio da retórica, ou seja, a arte da persuasão”, que se aplica aos “debates e às deliberações, para averiguar qual, dentre várias opiniões diferentes, tem um *peso maior de convencimento* e conduz a um resultado mais plausível”.⁷ É que “a índole do direito positivo não consiste em um reino de idéias puras, válidas por si mesmas, com abstração de toda aplicação real às situações concretas da vida”. Sua validade “está necessariamente condicionada pelo *contexto situacional*, em que se produziram e para que se produziram”.⁸

Resulta claro, como já escrevi, ser arbitrário pedir aos juristas que abram mão de parte de suas faculdades racionais quando fazem Ciência do Direito, abstendo-se de realizar juízos de valor. Tal atitude importaria em

⁵ Holmes, Oliver Wendell. **The Common Law**. Boston: Little Brown, 1963. p. 5.

⁶ Perelman, Chaim. **Logique juridique; nouvelle rhétorique**. Paris: Dalloz, 1976. p. 1-2.

⁷ Recaséns Siches, Luís. **Introducción al estudio del derecho**. 4. ed. México: Porrúa, 1977. p. 251-2.

⁸ *Id.* **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 2. ed. aum. México: Porrúa, 1973. p. 274-5.

estudar as leis, seus conceitos e princípios orientadores exclusivamente do ponto de vista lógico-formal. Tudo se limita nesta perspectiva, - *que é a perspectiva positivista* – à análise das estruturas do direito positivo desligadas do contexto social, das forças e interesses sociais que as determinam, bem como daquelas perceptíveis no momento de sua aplicação. Torna-se esta, em conseqüência, simplista, tolhida de aferir e antecipar seus efeitos sociais reais. Limita-se a atividade do jurista e do juiz, em especial, a um automatismo capaz de conduzir a decisões inesperadas ou indesejáveis.

Querendo-se estribar, por esta forma, a cientificidade do direito, desliga-se a Ciência Jurídica do contexto social de que resulta e a que se aplica, elaborando-se um discurso jurídico mais comprometido com sua lógica interna do que com os interesses humanos. É evidente que as valorizações inerentes ao trato do direito positivo e à sua aplicação não se confundem com as indagações de raiz próprias à Filosofia do Direito. Trata-se, na Ciência do Direito ou Dogmática Jurídica, de valorizar o direito positivo para bem compreendê-lo e aplicá-lo. Trata-se de não fracionar o direito positivo, isolando-o dos valores que o informam.

“Livre pensar é só pensar”, diz Millor Fernandes, cuja argúcia deveria ser um orgulho nacional. O pensamento só não flui quando não se quer pensar, quando se quer mas se desconhece o assunto, ou quando se quer e se conhece o assunto, mas há impedimentos ou proibições artificiais a travá-lo. No caso, a trava advém da **concepção positivista do direito**, que é muito bem sintetizada por Ángel Latorre: “o positivismo representa uma atitude mental típica de ‘alheamento’ de um setor a respeito da realidade, neste caso o Direito, para o estudar à margem dos outros aspectos da mesma realidade em que se encontra imerso”. O positivista “*entende que o direito pode ser estudado como algo separado da consideração global dos fenômenos sociais*. Tal mentalidade não é exclusiva da ciência jurídica, pois aparece na maioria das ciências no mundo moderno e especialmente no século XIX, que é precisamente o momento culminante do positivismo jurídico”.⁹

Sucedede que o século XIX passou, embora *a ideologia neoliberal, que defende o Estado mínimo e o mercado máximo*, pretenda fazê-lo voltar, em nome de uma “modernidade” muito velha e conhecida, que

⁹ Latorre, Angel. **Introducción al derecho**. 6. ed. Barcelona: Ariel, 1974. p. 134.

subrepticiamente quer eliminar o Direito do Trabalho e os Direitos Fundamentais, sociais e econômicos, para benefício dos ganhadores do cassino universal em que o mundo se converteu. Para isto, naturalmente, também há que difamar e apequenar o Poder Judiciário.

Vivemos no limiar do século XXI e os homens, em sua maioria injustiçados, clamam por justiça urgente, enquanto o planeta é agredido impiedosa e quotidianamente, em busca do lucro fácil.

É claro que, quando se diz que para compreender o Direito e aplicá-lo adequadamente, é necessário conhecer a ordem jurídica (conhecimento dogmático), interligando-a à matéria social, aos interesses em jogo, valorizando as leis e os fatos e buscando sempre antecipar os efeitos sociais decorrentes de sua aplicação. É por isso que escrevi que a aplicação do direito é o seu momento de verdade, querendo dizer que é aí que a lei sai do código e penetra na concretude dos fatos, mostrando, por seus efeitos, se é boa ou má, conveniente ou inconveniente, justa ou injusta.¹⁰

O que importa ao jurista, sobretudo ao juiz, que é a figura dominante da vida jurídica, é poder ser, tanto quanto possível, como dizia Aristóteles, a “justiça viva”¹¹. Senão buscar encarnar a justiça, exercerá funções de juiz, mas não será juiz.¹²

Nesta linha de pensamento, situa-se Elías Díaz, observando que “não se entende plenamente o mundo jurídico se o sistema normativo (Ciência do Direito) se insula e separa da realidade, em que nasce e à que se aplica (Sociologia do Direito) e do sistema de legitimidade que o inspira e deve sempre possibilitar e favorecer a sua própria crítica racional (Filosofia do Direito). Uma compreensão totalizadora da realidade jurídica exige a complementaridade, ou melhor, a recíproca e mútua interdependência destas três perspectivas que cabe diferenciar ao falar do direito: perspectiva científico-normativa, sociológica e filosófica.”¹³

A integração destas perspectivas não se faz só com literatura jurídica. Faz-se com leitura, com estudo, mas, fundamentalmente, afastando a

¹⁰ Azevedo, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989. passim.

¹¹ Aristote. **Ethique à Nicomaque**. Nouv. Trad. avec introd., notes et index par J. Tricot. 2.éd. Paris: Librairie philosophique J. Vrin, 1967. P.

¹² Azevedo, Plauto Faraco de. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: Fabris, 1983.

¹³ Díaz, Elías. **Sociología y filosofía del derecho**. Madrid: Taurus, 1976. p. 54.

proibição advinda do positivismo jurídico, segundo a qual operam-se cisões definitivas e de conseqüências indelévels na compreensão e aplicação do direito. Sobretudo o juiz, para bem julgar, tem que uni-las. A vista aberta e desarmada vale mais do que muitos compêndios.

Não se trata de teorizar sobre a justiça ou sobre as relações do direito com a sociedade, uma vez que o juiz, ocupado que deve estar em dirimir os litígios com a maior brevidade possível, não tem tempo para isto. Mas sabem o jurista e o juiz e o sente o povo que “as soluções jurídicas em geral e as decisões judiciais em particular apenas se justificam na medida em que respondem aos reclamos da vida humana, em certo contexto cultural, em dado momento histórico.”¹⁴ A isto não se chega com hermetismo lingüístico e artifícios lógicos, mas sim com uma compreensão dos fatos e das normas, em seus aspectos legais, valorativos e sociais, de modo a bem compreender os interesses sociais e pessoais em questão.

A Ciência do Direito, bem entendida, conduzirá à fidelidade ao direito, o que significa a fidelidade inteligente ao ordenamento jurídico. É a partir desta que o jurista pode abrir-se aos problemas jurídicos antigos enquadrando-os na moldura do presente. Assim, a Lei Complementar 242, de 09.01.1991 do município de Porto Alegre utiliza-se do direito real de uso para favorecer a regularização fundiária, dispondo sobre o contrato a ser pactuado entre os moradores de terreno da prefeitura e o governo municipal, assegurando a permanência dos moradores na posse, para uso habitacional, a condição de que vivessem no local antes de 31.01.89 e não fossem possuidores de outra propriedade imobiliária, sendo a área adequada para habitação.

Como se vê, a questão está em redimensionar a Dogmática Jurídica, que não pode ser a Ciência Jurídica do tempo de Roma, nem a do século passado. Redimensionada, tem que assumir tarefas adequadas ao tempo presente. Neste, despontam problemas jurídicos novos, ligados à biotecnologia, assim como aparecem velhos problemas, como o crime, inerente à condição humana, mas hoje revestindo formas novas, dentre as quais se destaca a grande criminalidade econômica, organizada sob forma empresarial, transnacional, globalizada, a desafiar a argúcia dos juristas.

A Dogmática, bem concebida, há de entender que o processo tem que ser meio, e não fim, como freqüentemente têm sugerido procedimentalistas, que se crêm processualistas. Verdade é que quanto

¹⁴ Azevedo, Plauto Faraco de. **Justiça distributiva e aplicação do direito**, p. 114.

mais processo se discute no processo, menos justiça se faz. Daí o ceticismo do homem comum que, vendo suas pretensões diluírem-se em filigranas processuais, que não entende e nem o interessam, projeta sobre juízes e tribunais seu sentimento de perplexidade. O culto do processo distanciado do real municia os inimigos do Judiciário e da Democracia, que não se efetiva sem a existência de um Judiciário independente. Dentre os que não o desejam sobressaem, no momento, os neoliberais que desejam as decisões judiciais a seu favor, ainda que flagrantemente inconstitucionais.

A Ciência do Direito necessita aventar soluções para os problemas decorrentes da fertilização *in vitro*, assim como é necessário pôr limites à clonagem de seres vivos e à manipulação genética das plantas, conduzindo aos alimentos transgênicos.

São alguns dos exemplos a desafiar a argúcia dos juristas comprometidos com o seu tempo, interessados na solidariedade humana e na continuação da vida. Para que a sua contribuição seja satisfatória, têm que abandonar as posições rigidamente jurídicas, abraçando a vida em sua plenitude, que não se dá satisfatoriamente e nem pode continuar sem uma regulamentação legal adequada aos desafios do presente.

Cabe, no entanto, assinalar que, apesar do modelo teórico restritivo, positivista, a orientar, de modo dominante, a Ciência do Direito, parte desta e, sobretudo, a Jurisprudência têm encaminhado soluções sensíveis ao quadro histórico, no passado e, notadamente, no presente. Assim, por influência de doutrinadores nacionais, temos uma legislação de muito boa qualidade, relativa ao Direito Ambiental. A deficiência que há, no setor, é antes administrativa. Temos um Código do Consumidor, que constitui um conjunto de normas excelentes, abrandando o individualismo do Código Civil. Praticamente a atualização de todo o Direito de Família constitui trabalho da doutrina e da jurisprudência, que se encontram, sob este aspecto, na dianteira relativamente à legislação e à doutrina francesas.

Na França, mesmo ao tempo da Escola da Exegese, os tribunais, a despeito do modelo teórico vigente, foram adaptando o Código de Napoleão às exigências sociais, daí decorrendo a Teoria do Abuso do Direito, de tão férteis conseqüências no Direito Civil. Também é obra da doutrina francesa, através do trabalho de Maurice Hauriou, a idéia de improbidade administrativa, hoje tão em voga e tão necessária, no contexto de corrupção pública, que, diariamente, vemos desfilar na imprensa. Também da doutrina e da jurisprudência francesas adveio a Teoria do Desvio de Poder (*“détournement*

du pouvoir”), cuja relevância prática no Direito Administrativo é incontestável. No Brasil, nos primórdios da República, surgiu a teoria brasileira do “*Habeas Corpus*”, de que resultou o mandado de segurança, com assento constitucional desde 1934, conforme demonstrou o eminente historiador do Direito Brasileiro Lenine Nequete¹⁵.

Na Alemanha e na França estabeleceu-se, na doutrina e na jurisprudência, a *idéia de um solidarismo social*, graças à qual vieram à tona múltiplas decisões, capazes de minorar o egoísmo individual, em favor de um convívio mais fraterno, por que já clamava François Geny, em 1899, em obra extraordinária.¹⁶

Não tendo o presente escrito o propósito de esgotar as realizações jurisprudenciais, apesar de um modelo concebido, à época da Escola da Exegese, para tolher o seu trabalho criativo, deve-se salientar que a sábia diretriz jurisprudencial, atenta à justiça no caso concreto e, simultaneamente, de olhos voltados para a justiça social, está a sofrer agressivas investidas do *neoliberalismo sem peias*. É este, hoje, o grande inimigo do Direito e do Poder Judiciário, chegando mesmo, em momentos de insandecido discurso, em falar na abolição da Justiça do Trabalho!

É face a esta ideologia, que se entremete em meio a uma crise profunda, econômica e moral, que há de haver uma reação da doutrina e da jurisprudência para salvaguardar as grandes conquistas da civilização, dentre as quais avulta a enunciação e efetivação dos Direitos Fundamentais-econômicos e sociais. ◆

¹⁵ NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência**. Porto Alegre: Sulina, 1973. T. 2, p. 40 e 42.

¹⁶ GENY, François. **Méthodes d'interprétation et sources en Droit Privé Positif**. Préf. De Raymond Saleilles, 2ª éd, Paris: Librairie Générale du Droit et Jurisprudence, 1954. *passim*.

A TUTELA DO INTERESSE COLETIVO COMO INSTRUMENTO POLARIZADOR DA PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO

Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UERJ.

É inegável, em nosso atual contexto político, ser o Ministério Público uma instituição em grande evolução.

A comparação de sua trajetória com a de outras instituições certamente demonstrará, com clareza, como o legislador brasileiro vem investindo em sua estrutura e, principalmente, em sua missão social.

Contudo, apesar de todos os dispositivos legais e constitucionais hoje existentes, apresenta-se ainda extremamente controversa a questão da legitimação do Ministério Público para a propositura de ações coletivas, onde o *Parquet* ocupa lugar de relevo como operador deste poderoso instrumento colocado a serviço da sociedade na tutela de seus direitos.

Necessário, contudo, antes de ingressar no tema, proceder a breve digressão quanto à participação do Ministério Público no processo civil brasileiro.

Essa participação, como cediço, é gênero, do qual são espécies a atuação e a intervenção¹.

A atuação se dá quando o Ministério Público, mediante expressa autorização legal, deflagra a demanda, ocupando o pólo ativo da relação processual, tornando-se, assim, parte.

¹ Tal classificação tem raízes em profícuo trabalho apresentado pelo ex-Procurador-Geral de Justiça Clóvis Paulo da Rocha intitulado "O Ministério Público como Órgão Agente e como Órgão Interviente no Processo Civil", publicado em 1973, na **Revista do Ministério Público da Guanabara**, volume 17, p. 03/14.

A intervenção ocorre quando numa ação ajuizada por outrem, é imperiosa a presença do *Parquet*, neste caso como *custos legis*, ou seja, fiscal da lei.

São as hipóteses do artigo 82 do Código de Processo Civil²⁻³.

Nesses casos, é preciso que se diga, a intimação do Ministério Público se torna imperiosa, sob pena de nulidade (artigos 84 e 246 do Código), sendo certo ainda que essa convocação deve ser renovada em “*todos os atos do processo*” (cf. artigo 83, inciso I, parte final).

Importante ressaltar que a condição de parte não retira o caráter de fiscal da lei.

Isto porque o Ministério Público, quando em juízo, apresenta o interesse da sociedade, de um grupo de indivíduos ou de uma única pessoa, nas hipóteses previstas pelo legislador.

O Ministério Público não vai a juízo defender interesse pessoal seu, concebido este interesse em sua acepção material, como ocorre com as pessoas que em geral deduzem sua pretensão perante um órgão jurisdicional e se tornam partes.

Essa circunstância especial faz com que o Promotor de Justiça fique vinculado, em todas as suas manifestações processuais, à correta aplicação da lei e à defesa da pessoa ou das pessoas que motivaram a deflagração daquela ação (cf. artigo 127, *caput* da Carta de 1988).

Daí porque não se deve estranhar a atitude de um Promotor que, após oferecer denúncia contra determinado sujeito ativo de uma relação criminal, após a fase probatória, convencido da inexistência de prova segura, pede sua absolvição.

Ou mesmo a hipótese em que é deflagrada ação civil pública, porém, no seu curso, o réu aceita adequar sua atitude aos ditames legais (termo de ajustamento de conduta) ou mesmo consegue provar não ser o responsável

² Diz o referido dispositivo legal:

“Art. 82 - Compete ao Ministério Público intervir:

I - nas causas em que há interesses de incapazes;

II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

³ É certo que o artigo 82 cuida das chamadas hipóteses genéricas de intervenção do *Parquet*. Na legislação extravagante e nos procedimentos especiais contemplados pelo próprio C.P.C., há inúmeros casos específicos de participação do Ministério Público em razão das peculiaridades desses procedimentos ou ainda devido à natureza dos direitos em litígio.

pela ocorrência daquele ilícito civil, o que ocasionará a manifestação final do *Parquet* no sentido da improcedência do pedido por ele mesmo formulado.

Em outras palavras, não existe qualquer contradição entre ser parte e, ao mesmo tempo, exercer o *munus de custos legis*. Ao contrário, trata-se de verdadeira garantia do Estado Democrático de Direito, na medida em que a sociedade tem, a seu serviço, sempre um agente político realmente comprometido com a correta aplicação da lei.

Feita essa ponderação, voltemos ao objeto do trabalho.

Ao participar de uma relação processual na condição de parte (atuação), pode o Promotor de Justiça deflagrar demanda individual ou coletiva.

Será individual, como é intuitivo, aquela ação em que o interessado é apenas uma pessoa⁴; será coletiva, quando toda a sociedade, ou um grupo social, foi interessado naquela demanda⁵⁻⁶.

Vista essa classificação, é preciso dizer que, no direito processual civil brasileiro, só subsiste legitimidade para o Ministério Público atuar como parte nas hipóteses de ação para defesa de interesses coletivos *lato sensu*.

⁴ Para obter um quadro de todas as hipóteses de ações individuais que podem ser propostas pelo Ministério Público, veja-se MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

⁵ Falamos aqui em ação coletiva *lato sensu*, como gênero, do qual são espécies a ação civil pública, destinada à defesa dos interesses difusos e coletivos, e a ação coletiva *stricto sensu*, que objetiva à defesa dos interesses individuais homogêneos.

⁶ Há grande controvérsia doutrinária, de cunho processual, acerca da legitimidade para a propositura da ação coletiva; discute-se ser ela ordinária ou extraordinária. A bem da verdade, tal divergência já existia ao tempo da Lei nº 7.347/85. Neste trabalho não abordaremos a questão, mas remetemos o leitor às obras especializadas, tais como MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1997; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública: Comentários por Artigo**, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999; e CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. “O Ministério Público e a Lei da Ação Civil Pública – dez anos na defesa dos interesses difusos e coletivos”, in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, V. 2, p. 148. Este último autor, com o qual concordamos, defende posição contrária ao dos outros dois professores, ao sustentar que a legitimidade nessa hipótese é ordinária, e não extraordinária, na medida em que na ação coletiva o interesse tutelado pertence à coletividade, e como tal, todos têm certa ligação com ele, não havendo razão plausível para se falar em tutela em nome próprio de interesse alheio. Isto é um pouco obscuro nas hipóteses de direito individual homogêneo, dada a necessidade de observação de cada caso concreto, mas se torna bastante claro quando se trata de direito difuso ou coletivo. De qualquer sorte, parece-nos realmente que o direito processual coletivo está a reclamar melhor regulamentação e mais atenção do legislador, sobretudo ante sua enorme importância social, não sendo, portanto, recomendável que se tente lhe aplicar “forçosamente” as disposições do direito processual individual, como ocorre *in casu* com a suposta incidência do artigo 6º do C.P.C..

Sendo a ação de iniciativa privada, ou seja, quando disser respeito apenas a interesse individual, somente em hipóteses excepcionais, quando esteja presente direito indisponível, ou se trate de parte hipossuficiente, assumirá o *Parquet* o pólo ativo da demanda, e mesmo assim há forte divergência doutrinária em torno de temas específicos, tais como a legitimidade para a propositura da ação de alimentos⁷, da ação civil *ex delicto*⁸ ou mesmo da própria ação de investigação de paternidade⁹⁻¹⁰⁻¹¹.

Registramos, porém, que não é nosso posicionamento defender uma legitimação ativa para o *Parquet* em ações individuais.

Isto se dá, hoje em dia, em razão da falta de sistematização entre os dispositivos do Código de Processo Civil e das Leis posteriores, bem como porque existe ainda um forte apelo de alguns segmentos da sociedade no sentido de que o Ministério Público deva ser “o protetor das viúvas e o pai dos órfãos”, fazendo aqui menção a algumas atribuições que remontam ao Egito antigo.

Entendemos que o *Parquet* deve se voltar cada vez mais à tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, quer participe do processo como parte, quer como fiscal da lei.

De se ressaltar que toda a evolução legislativa brasileira vem apontando neste sentido, desde a edição da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Contudo, apesar do pioneirismo deste Diploma, foi somente com a entrada em vigor da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o chamado Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, que tivemos finalmente inseridos no ordenamento jurídico pátrio os conceitos legais de interesses ou direitos coletivos, *lato sensu*, bem como de suas espécies.

⁷ Cf. artigo 201, inciso III do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁸ Cf. artigo 63 c/c 68, ambos do Código de Processo Penal.

⁹ Cf. artigo 2º, § 4º da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992.

¹⁰ Os exemplos fornecidos nas três notas anteriores devem ser cotejados com o artigo 129, inciso IX, parte final da Carta de 1988 que assim dispõe: “(...) *sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas*”. O dispositivo constitucional não é claro, pois não se sabe ao certo se é vedado ao *Parquet* apenas a representação judicial de entidades públicas ou toda e qualquer espécie de representação judicial. Assumida esta última forma de interpretação, teríamos que os exemplos fornecidos estão em contradição com o texto constitucional.

¹¹ Importante salientar ainda que a legitimação do Ministério Público em matéria cível é, via de regra, concorrente, como dispõe o artigo 129, § 1º da Carta de 1988, ao contrário do que ocorre na seara penal, onde a regra é a ação de iniciativa pública (artigo 129, inciso I).

É certo, porém, que antes, com a promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, a ação civil pública obteve tratamento preferencial do legislador, por ser referida expressamente no artigo 129, inciso III, como uma das funções institucionais do Ministério Público, o que será visto, com mais detalhes abaixo¹².

A partir de então, podemos notar uma forte tendência em acolher esse anseio da coletividade e dos operadores do direito¹³.

Nesse diapasão, a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, editada pouco mais de um ano após a Carta, já previa a tutela jurisdicional aos interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência; este diploma foi logo seguido pela Lei nº 7.913, de 7 de dezembro do mesmo ano, que cuidava da ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários.

Segue-se a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, que deixa expressamente consignado o cabimento de “ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos” (artigo 210) para apurar as responsabilidades por ofensa aos direitos da criança e do adolescente (artigo 208).

Com a edição da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o chamado Código de Defesa do Consumidor, o direito processual coletivo ganha regulamentação mais adequada, como acima referido.

Nesse passo, o artigo 81, parágrafo único do Código¹⁴ elenca as espécies do gênero direito coletivo.

Destarte, novas categorias jurídicas foram incorporadas ao cenário jurídico nacional, como os interesses individuais homogêneos (C.D.C., arti-

¹² Interessante notar que enquanto outras garantias constitucionais como o mandado de segurança, o *habeas data* e a ação popular vêm previstas no artigo 5º da Constituição da República, a ação civil pública só é mencionada no texto constitucional no artigo 129, inciso III, justamente inserida entre as funções institucionais do *Parquet*. Parece necessário remarcar esta indisfarçável manifestação do legislador no sentido de afetar ao Ministério Público o instrumento para a defesa dos interesses coletivos *lato sensu* (lembrando-se que à época não existia no ordenamento jurídico o direito individual homogêneo como categoria específica desses interesses).

¹³ Apenas a título de observação, embora não constitua parte do objeto deste trabalho, é preciso referir que os chamados dissídios coletivos (artigos 856 e segs. da C.L.T.) podem ser considerados como o embrião da tutela dos direitos transindividuais em nosso ordenamento jurídico.

¹⁴ Assim reza o referido dispositivo legal:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

go 81, parágrafo único, inciso III) e a ação civil coletiva destinada à sua tutela (artigo 91 e seguintes).

Retornamos ao exame do texto constitucional.

O artigo 127 da Constituição da República afirma incumbir ao Ministério Público a defesa “*dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”.

Vê-se que o legislador utiliza um termo genérico, *interesses sociais*, preferindo não falar em interesses coletivos, ou interesses metaindividuais, ou ainda transindividuais, como era comum à época da Constituinte, por força não só da então recente Lei da Ação Civil Pública, mas principalmente pelos numerosos trabalhos doutrinários da lavra de grandes expoentes nacionais como Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, Cândido Rangel Dinamarco, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, entre tantos outros.

Por outro lado, o legislador se refere a *interesses individuais indisponíveis*.

Parece-nos que está ele querendo se referir às hipóteses em que o Ministério Público atua, quer como parte, quer como fiscal da lei, na defesa dos direitos dos incapazes ou daqueles que, ante a sua relevância, ultrapassam a esfera de disposição da parte.

Entretanto, o termo “indisponíveis” não é individualizado¹⁵, deixando dúvida se este qualifica apenas os interesses individuais ou também os sociais.

Complementando o *caput* do artigo 127, encontramos o inciso III do artigo 129, também já referido, que dispõe ser função institucional do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública “*para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*”.

I - *interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;*

II - *interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;*

III - *interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”*

¹⁵ Ressalte-se, ademais, e como já referido, não haver em nosso direito um rol dos direitos indisponíveis, o que os insere na categoria de conceito jurídico indeterminado.

Aqui o texto constitucional já menciona *interesses difusos e coletivos*, sendo, portanto, mais técnico do que no *caput* do artigo 127, e sinaliza no sentido da necessidade de se estabelecer espécies do gênero interesse coletivo, embora não se refira ainda à modalidade individual homogênea.

Por fim, no inciso IX do artigo 129, o legislador permite ao **Parquet** o exercício de “*outras funções que lhe forem conferidas*”, desde que não sejam elas incompatíveis com a sua finalidade, ou seja, com os objetivos institucionais traçados no artigo 127, deixando claro, porém, ser vedada “*a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas*”.

Este dispositivo, portanto, nos remete ao exame da legislação infraconstitucional, onde poderemos encontrar parâmetros mais claros para a atuação do Ministério Público em matéria de direitos individuais homogêneos.

Por outro lado, é nítida a preocupação do legislador em deixar consignada a possibilidade do Ministério Público vir a defender outros interesses compatíveis com suas finalidades maiores, o que é concretizado no ano de 1993, quando foram editadas as Leis Orgânicas do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados, que também expressamente dispuseram sobre a matéria, resguardando a legitimação do **Parquet** para a tutela de tais interesses.

Assim sendo, em 20 de maio de 1993, foi editada a Lei Complementar nº 75, conhecida como Lei Orgânica do Ministério Público da União.

Este Diploma, que também se aplica aos Ministérios Públicos Estaduais por força do artigo 80 da Lei nº 8.625/93, traz inúmeros dispositivos que nos interessam nesta fase do trabalho, notadamente os artigos 5º e 6º¹⁶⁻¹⁷⁻¹⁸.

¹⁶ O artigo 5º dispõe:

“Art. 5º - São funções institucionais do Ministério Público da União:

I - a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios: (...) III - a defesa dos seguintes bens e interesses:

a) o patrimônio nacional;

b) o patrimônio público e social;

c) o patrimônio cultural brasileiro;

d) o meio ambiente;

e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso; (...)

VI - exercer outras funções previstas na Constituição Federal e na lei”.

¹⁷ Este dispositivo, que nos apresenta as funções da instituição, deve ser combinado com o artigo 6º, que traz os mecanismos, ou melhor, os instrumentos a serem utilizados para a implementação concreta de tais funções.

Na mesma linha de princípio, encontramos a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, aplicável aos Estados, Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, especificamente os artigos 25 e 26¹⁹.

Do exame desses dois Diplomas podemos aferir, seguramente, ter sido vontade expressa do legislador outorgar ao Ministério Público a defesa dos direitos coletivos em sentido amplo e, notadamente, dos direitos individuais homogêneos.

Como visto, tanto o artigo 6º, inciso VII, alínea “d” da Lei Complementar nº 75/93 como o artigo 25, inciso IV, alínea “a” da Lei nº 8.625/93 são expressos em corroborar tal afirmação.

Assim sendo, podemos afirmar que, do ponto de vista estritamente legal, a legitimação do Ministério Público para a tutela do direito individual homogêneo é claramente preconizada no direito brasileiro²⁰.

“Art. 6º - Compete ao Ministério Público da União: (...)

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

a) a proteção dos direitos constitucionais;

b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos; (...)

XII - propor ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos”.

¹⁸ Apesar do amplo rol apresentado neste artigo, é preciso remarcar que o legislador fez questão de expressar, no artigo 15 da mesma Lei, a vontade de vedar ao Ministério Público a defesa de direitos individuais simples ou não homogêneos, uma vez que já existe (na verdade deveria existir, posto que não há ainda organização concreta para tanto) uma instituição especificamente voltada para tal mister, qual seja a Defensoria Pública da União, criada e regulamentada pela Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994.

¹⁹ Assim rezam os dispositivos legais:

“Art. 25 - Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: (...)

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem. (...)

Art. 26 - No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei; (...)

Por fim, tivemos a promulgação da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que, dentre outras modificações, acrescenta o inciso V ao artigo 1º da Lei 7.347/85, e torna cabível a propositura de ação civil pública também para a definição das responsabilidades por infração à ordem econômica e à economia popular²¹, bem como para o ressarcimento dos prejuízos causados em razão de tal conduta.

Contudo, a questão não é tão simples quanto parece.

Inúmeros autores pátrios já se lançaram ao estudo do tema, que acabou por se tornar um dos mais controvertidos da atualidade. Também os Tribunais, analisando casos concretos, se depararam com a matéria e optaram, em determinados casos, por negar ao Ministério Público a legitimidade para tutelar o direito individual homogêneo, apoiados, por vezes, inclusive em pronunciamentos doutrinários²².

Tudo isso defluiu da adoção de diferentes perspectivas de exame da questão, fator esse que será mais bem analisado na parte quarta desta tese, quando apresentaremos nossas considerações específicas, a partir dos vetores propostos.

Pois bem. Vista toda essa evolução legislativa, passamos a apresentar nossos fundamentos para uma atuação do Ministério Público vinculada à defesa dos direitos coletivos.

O primeiro ponto que gostaríamos de salientar é que a ação coletiva, genericamente considerada, ao contrário do mandado de segurança coleti-

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior (...)”.

²⁰ Em 1º de junho de 2000 foi reeditada a Medida Provisória nº 1.984-18, que, por intermédio de seu artigo 6º, fez inserir parágrafo único no artigo 1º da Lei nº 7.347/85, com o seguinte teor: “parágrafo único: Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”. Caso haja a conversão em Lei, teremos a primeira limitação legal expressa à tutela de direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público. Esperamos, sinceramente, ante o retrocesso de tal providência, que isto não venha a ocorrer, ou ainda, que seja exercido o mecanismo próprio de controle da constitucionalidade, a fim de que tal dispositivo seja expurgado de nosso ordenamento.

²¹ A expressão “economia popular” foi acrescida ao dispositivo por força da Medida Provisória (reeditada) nº 1.965-13, de 30 de março de 2000.

²² Para maiores e mais específicas considerações sobre o tema, remetemos ao leitor à nossa Tese de Doutorado, intitulada “A Natureza Jurídica do Direito Individual Homogêneo e sua Tutela pelo Ministério Público como forma de Acesso à Justiça”, disponível na Biblioteca da Faculdade de Direito da UERJ, e, atualmente, no prelo.

vo e da ação popular, não veio prevista no artigo 5º da Constituição Federal, embora a Lei nº 7.347/85, já estivesse em vigor há três anos quando da promulgação da Carta Magna.

A única previsão constitucional da ação coletiva está no artigo 129, inciso III, justamente dentro das funções institucionais do Ministério Público²³.

Obviamente, como, aliás, já referimos, isso não se deu por acaso.

Demonstra-se com essa prática o intenso comprometimento do *Parquet* com a defesa dos interesses sociais, tanto por intermédio de sua atuação judicial como também, e em muitos casos principalmente, ante a utilização dos mecanismos extrajudiciais, tais como o inquérito civil, o compromisso de ajustamento de conduta e a verdadeira aproximação do Promotor de Justiça com a comunidade, exercendo uma função que poderíamos definir como a de um **ombudsman** qualificado, na medida que se põe à disposição da sociedade para ouvir seus problemas e necessidades e coloca em prática os instrumentos processuais de que dispõe, apresentando esta mesma sociedade em juízo.

Entretanto, é preciso que os membros da instituição se conscientizem de seu papel nessa virada de milênio.

Devem estar atualizados quanto à evolução do direito civil e do direito processual civil, a fim de que possam inserir o *Parquet* dentro desse contexto, mantendo assim a mais pura e digna tradição ministerial.

Já é hora, então, de repensar o Ministério Público²⁴.

E assim vêm alertando diversos doutrinadores, ante, principalmente, os desencontros da legislação infraconstitucional e a dificuldade de inter-

²³ Nesse passo, Rodolfo de Camargo Mancuso posiciona-se no sentido de se conferir uma interpretação mais ampliativa ao disposto no artigo 129, inciso III da Constituição Federal, principalmente porque é favorecida pelo critério gramatical, visto que o constituinte não condicionou a tutela de outros interesses difusos e coletivos à sua legitimação. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997).

²⁴ Na verdade, como adverte Sauwen Filho, o Ministério Público, “*num contexto democrático social atual, não pode mais ser concebido como um simples órgão de colaboração do governo com a finalidade de coadjuvã-lo enquanto organização política (...). A eficiência da Instituição na realização desses valores e os benefícios prestados ao cidadão na busca da realização de seus ideais em sociedade, como membro do corpo cívico da nação, constituem-se não só a finalidade precípua da Instituição, enquanto mecanismo de defesa da sociedade, como ainda a sua razão de ser e condição de permanência no universo de órgãos públicos*”. (SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 230).

pretação de alguns operadores do direito das próprias normas constitucionais²⁵.

É necessário, portanto, em primeiro lugar, identificar as prioridades do Ministério Público.

Nesse sentido, levando-se em conta toda a carga desse trabalho, somos de opinião que a atuação do Ministério Público deve ser polarizada e dirigida sempre ao interesse social, quer no processo penal, quer no processo civil.

Não há correções a se fazer ao texto constitucional, mas sim às leis federais e estaduais, que acometem dezenas de funções administrativas e burocráticas ao *Parquet*, impedindo sua maior dedicação aos interesses sociais.

Desse modo, propomos a adoção das funções institucionais do *Parquet*, assim como definidas no artigo 129 da Constituição da República, dentro de uma perspectiva de atuação racionalizada.

No campo do processo penal, o Ministério Público funcionaria como parte exclusiva. Não cabe aqui entrar em maiores detalhes acerca das peculiaridades do processo penal, mas é nosso sentir que a ação penal privada

²⁵ Vale a pena trazer à colação novamente a lição de Sauwen Filho: “Destarte, mesmo que a Carta Magna houvesse definido de forma mais consistente a natureza do Ministério Público, ainda assim persistiriam algumas inquietantes perguntas que vêm merecendo a atenção dos estudiosos do Parquet: - seria ou não possível ao Estado o legítimo exercício do Poder para atingir aos seus fins, através de mecanismos desvinculados da estrutura do Poder, como tal formalmente consagrado na Carta Constitucional? - O exercício do Poder pelo Estado, fora de uma estrutura tripartida de poder, caracterizaria realmente, em si mesma, uma atuação arbitrária por parte do Estado, ainda que, para desempenhando funções a ele cometidas, atingir às finalidades que lhe são impostas por dever jurídico emanado do mesmo ordenamento constitucional? - Até que ponto a autoridade pode exercitar a sua força coercitiva contra si mesma ou contra terceiros, sem extrapolar os limites da legalidade? - Qual o limite da legitimidade do Ministério Público para agir em defesa de interesses indisponíveis sem invadir a área reservada à autonomia privada? - Deve o Parquet, com a finalidade de cumprir o papel que lhe foi cometido na nova carta da União, ou a pretexto de fazê-lo, invadir o campo tradicionalmente reservado ao domínio da vontade privada do cidadão, tomando a si a tarefa de realizar-lhes os interesses à revelia dos legítimos interessados? - Que razões poderiam legitimar o Ministério Público a operar mecanismos de defesa do cidadão contra os eventuais arbítrios do Estado, sem ferir os princípios do moderno estado democrático de direito, plasmado na doutrina nascente da subsidiariedade que vem norteando as modernas democracias sociais do mundo ocidental? - Haverá ainda espaço para um modelo de Parquet sedimentado no seio de um regime autoritário de inspiração marcadamente protecionista do Estado-providência, na emergente democracia social de cidadania participativa, estruturada nos princípios da subsidiariedade?” (SAUWEN FILHO, João Francisco. *Op. cit.*, p. 5).

deva ser suprimida, posto que se trata de instrumento de vingança e que está atrelado sempre a pretensões ressarcitórias cíveis²⁶.

A ação penal deveria ser sempre pública, condicionada ou não à representação, sendo a titularidade para ela exclusiva do Ministério Público, admitida a ação penal privada subsidiária da pública, apenas nos casos de inércia do Ministério Público.

No campo do processo civil, o Ministério Público atuaria ora como parte ora como fiscal da lei.

Agiria como fiscal da lei²⁷ apenas nas ações individuais quando houvesse interesse de incapaz ou quando a ação tivesse reflexos sociais, como é o caso de diversas ações ajuizadas em face da Fazenda Pública²⁸⁻²⁹. Nessas hipóteses, caberia sempre ao Promotor decidir se há ou não interesse público que justifique sua intervenção, como, aliás, já ocorre hoje no ordenamento jurídico pátrio, apesar de algumas opiniões *contra legem* que

²⁶ No sentido do texto, e para maiores esclarecimentos sobre a matéria, confira-se JARDIM, Afrânio Silva. “Crítica à Ação Penal Privada Subsidiária e à Ação Penal Popular Subsidiária”, in **Direito Processual Penal**, 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 303/311.

²⁷ A propósito da participação como *custos legis*, Ovídio Batista assim leciona: “*Evita-se, por meio da ação do Ministério Público, que o magistrado seja empolgado pelos interesses em conflito, que lhe cabe julgar como terceiro imparcial. A posição do Ministério Público no processo civil evidencia a tendência contemporânea de reduzir cada vez mais a esfera de disponibilidade dos direitos subjetivos, não propriamente para torná-los equações legais de exercício obrigatório e compulsivo, o que os transformaria de direitos em obrigações, mas para assegurar-lhes a efetiva e adequada realização no plano jurisdicional, por parte daqueles que, por uma razão qualquer, se encontrem numa situação de inferioridade econômica ou social e que, como decorrência dessa circunstância, possam privar-se involuntariamente de seus direitos e prerrogativas processuais*”. (SILVA, Ovídio Batista da. GOMES, Fabio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 143).

²⁸ Nesse passo, Calamandrei, já em sua época, advertia: “*Mas no processo civil, em que normalmente a legitimação para acionar e para contradizer compete aos particulares, é mais difícil definir qual possa ser a posição do Ministério Público como parte pública colocada também, e não com exclusão, das partes privadas, às quais estão reservadas neste processo as posições primárias e predominantes. Não obstante, se olharmos bem, a razão primordial em virtude da qual em certos casos introduz a lei o Ministério Público como parte pública no processo civil, não é distinta daquela pela qual nos ordenamentos penais o sistema da acusação privada tem cedido inteiramente o terreno ao da acusação – função do Ministério Público no processo civil – pública exercitada pelo Ministério Público; efetivamente como a substituição da ação pública à ação privada no processo penal tem sido sugerida pelo interesse público em que a observância das normas de direito penal não se remeta à iniciativa dos particulares nem se deixe a mercê de seus interesses individuais, assim no processo civil a participação do Ministério Público tem a finalidade de suprir a não iniciativa das partes privadas ou de controlar sua eficiência, sempre que, pela especial natureza das relações controversas, possa temer o Estado que o estímulo do interesse individual, ao qual está normalmente encomendado o ofício de dar impulso à justiça*”

por vezes surgem em sede jurisprudencial (cf. artigo 26, inciso VIII da Lei nº 8.625/93, e artigo 6º, inciso XV da Lei Complementar nº 75/93)³⁰⁻³¹.

Ressalte-se que esse entendimento não representa substancial novidade, pois já existe há algum tempo no direito italiano³².

A fim de que não paire qualquer dúvida sobre a posição aqui sustentada, em hipótese alguma, no moderno direito processual brasileiro, deveria subsistir legitimidade para a propositura de demandas individuais pelo Ministério Público.

Mesmo quando se trate de direito de incapaz ou hipossuficiente, o pólo ativo da relação processual deve ser ocupado ou por advogado ou por defensor público, aplicando-se aqui a norma dos artigos 133 e 134, ambos

civil, possa ou faltar totalmente ou se dirigir a fins distintos do da observância da lei. Tanto no processo penal como no civil, então, a presença do Ministério Público responde em substância a um interesse público da mesma natureza: fazer que, frente aos órgãos julgadores que para manter intacta sua imparcialidade e, pelo tanto, sua indiferença inicial, não podem menos de ser institucionalmente inertes, se despreque em forma correspondente aos fins públicos da justiça a função estimuladora das partes". (CALAMANDREI, Piero [tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbery]. **Direito Processual Civil**, São Paulo: BookSeller, 1999, p. 335/336). Entretanto, este mesmo autor afirma que o interesse público que motiva a intervenção do MINISTÉRIO PÚBLICO não é a tutela social, mas sim a tutela da legalidade dentro do ordenamento jurídico, razão pela qual não é ele o titular daquele interesse público, restringindo-se a velar pela sua correta tutela. Daí afirmar, à p. 42, "*que o Ministério Público é o encarregado de vigiar pela observância do direito objetivo em todos aqueles casos em que a iniciativa dos interessados não é suficiente garantia de dita observância: o qual acontece, em geral, em todas as causas sobre relações não disponíveis, mas pode acontecer também, excepcionalmente, em causas a respeito de relações disponíveis, segundo se vê através do último apartado do art. 70, segundo o qual o Ministério Público pode intervir, não só nas categorias de causas determinadas pela lei, senão em toda outra causa em que ele contemple um interesse público*".

²⁹ De se consignar que diversas propostas vêm sendo apresentadas em sedes doutrinárias a fim de alcançar uma solução de racionalização da intervenção do Ministério Público no direito processual civil brasileiro. Registramos, especialmente, a tese de Ronaldo Porto Macedo Jr., apresentada no XIII Congresso Nacional do Ministério Público. Segundo o autor, o artigo 82 do C.P.C. deveria ser alterado a fim de que nele fosse disposto o seguinte:

"Art. 82. *Compete ao Ministério Público intervir:*

I – Nas causas em que há interesse de incapazes;

II – Nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade.

III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse social ou individual indisponível.

Parágrafo único – Na hipótese do inciso III, caberá ao Ministério Público o reconhecimento da existência do interesse social bem como a avaliação da indisponibilidade do interesse individual protegido.

Parágrafo segundo – Caberá a órgão da administração superior do Ministério Público, definido em lei, emitir súmulas normativas relativas a hipóteses de intervenção referida no parágrafo anterior.

combinados com o inciso IX do artigo 129, visto *a contrario sensu*, todos da Carta de 1988³³.

Por outro lado, em se tratando de ação coletiva, qualquer que seja a sua modalidade, seria o Ministério Público sempre parte, e aí tutelaria todo e qualquer tipo de direito coletivo (difuso, coletivo propriamente dito ou individual homogêneo), através de ação coletiva ou de ação civil pública, conforme o caso³⁴.

Não haveria assim espaço para divergências acerca da legitimação do Ministério Público, o que hoje é extremamente penoso e custoso à sociedade, eis que ao invés de se examinar o mérito da causa, passam-se anos

Parágrafo terceiro – Se o órgão do Ministério Público deixar de intervir em caso concreto por entender inexistir o interesse social e o juiz, no caso considerar as razões invocadas improcedentes ou contrárias às súmulas sobre intervenção fixadas pelos órgão da administração superior referido no parágrafo anterior, fará a remessa do processo ou de peças de informação ao procurador geral que, nos termos da lei, designará outro promotor de justiça para officiar no feito ou insistirá no posicionamento de não intervir, ao qual estará o juiz obrigado a atender”.

(MACEDO JR., Ronaldo Porto. “Proposta de racionalização da intervenção do Ministério Público no cível a partir do conceito de interesse social”, tese defendida no XIII Congresso Nacional do Ministério Público e disponível na internet no endereço <http://www.conamp.org.br>, consultado em 20 de março de 2000).

³⁰ Moniz de Aragão, em célebre passagem, assenta que “o Juiz ou o Tribunal não são senhores de fixar a conveniência ou a intensidade e profundidade da atuação do Ministério Público. Este é que mede e a desenvolve. A não ser assim, transformar-se-ia o Ministério Público, de fiscal do Juiz na aplicação da Lei, em fiscalizado dele no que tange à sua própria intervenção fiscalizadora”. (ARAGÃO, Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, volume II, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 284).

³¹ Mesmo aqueles que reconhecem ao Poder Judiciário a titularidade para aferição da presença ou não do interesse público no caso concreto, são forçados a concluir no sentido de que “*não há meios para se coagir o órgão ministerial a participar, de forma que a sua decisão pela negativa vale como palavra final quanto à inexistência de interesse público*”. (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro**, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, p. 389).

³² A propósito, Ovídio Batista assenta que “*efetivamente, o direito italiano, de que o nosso descende, contém uma disposição similar a de nosso Código, porém, lá, a norma é expressa ao conferir ao Ministério Público a faculdade de reconhecer ou não a existência do interesse público capaz de legitimar a intervenção. Com efeito, depois de relacionar as diversas hipóteses em que o Ministério Público deve intervir, em sua parte final dispõe o art. 70 do CPC italiano: ‘Può infine intervenire in ogni altra causa in cui ravvisa un pubblico interesse’.* Dessa concepção legislativa, certamente diversa da nossa, decorre a opinião comum de que a intervenção do Ministério Público será sempre facultativa nos casos em que a lei declare que o órgão pode intervir, se ele próprio vislumbrar a ocorrência de interesse público”. (SILVA, Ovídio Batista da. GOMES, Fabio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 147).

³³ Registro que, em recente Decisão, o Pretório Excelso, examinando a questão da legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil *ex delicto*, entendeu que, extraordinariamente-

enquanto se discute se o Ministério Público poderia ou não ter proposto aquela demanda.

Na verdade, quando se chega ao mérito (ou melhor, quando se consegue chegar a ele), muitas vezes já não há mais interesse naquela pretensão, dado o largo decurso de tempo.

E assim, cria-se uma forma bastante atraente de beneficiar o réu na ação coletiva e de se prejudicar a sociedade, o que, convenhamos, é um absoluto contra-senso, sobretudo em sede de jurisdição coletiva.

Nesse passo, talvez as pessoas ainda não tenham atentado para o excessivo número de questões preliminares suscitadas e discutidas em sede de jurisdição coletiva, enquanto a questão principal, o verdadeiro motivo que levou o autor a deduzir em juízo sua pretensão, é totalmente ignorada e esquecida, o que acarreta, em vários casos, o perecimento do fundo de direito.

Em outras palavras, assim como hoje já cabe ao Ministério Público decidir quando deve intervir como fiscal da lei, deve caber a ele também, de forma independente e autônoma, decidir quando existe dano social que o deva motivar a ingressar com uma ação coletiva, já que o *Parquet*, no aspecto processual, é a própria sociedade em juízo³⁵.

te, em homenagem aos Princípios do Acesso à Justiça e da Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional, em Comarcas onde não haja nem Defensoria Pública e nem Advocacia Dativa, admite-se tal legitimidade ao Ministério Público (cf. RE Nº 147.776-SP. Relator o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Decisão noticiada no **Informativo** nº 115 do Supremo Tribunal Federal, disponível na Internet em <http://www.stf.gov.br>). Trata-se de decisão justa, humanitária e que vem ao encontro da moderna visão social do direito e do próprio Ministério Público. Contudo, remarque-se, trata-se de exceção, e não da regra geral, e é justamente essa concepção que desejamos ver aplicada a todas as hipóteses de atuação do Ministério Público em demandas individuais.

³⁴ A propósito, como sustenta Ronaldo Porto Macedo Junior, “*cumpra também salientar que o Ministério Público, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, ampliou o âmbito de sua atuação funcional para além dos limites de sua atividade perante o Poder Judiciário. Ao ampliar os limites e a extensão do inquérito civil, de sua atuação de fiscalização e promoção dos interesses sociais, o promotor de justiça passou a ter importante papel como instituição mediadora dos conflitos e interesses sociais. Sua tarefa institucional ampliou-se no plano da realização de acordos, promoção da efetiva implementação da justiça social por meio de seu envolvimento direto (e não apenas por meio dos autos do processo) com os problemas sociais*”. (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. “Evolução Institucional do Ministério Público Brasileiro”, in FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo [Coordenador]. **Ministério Público - Instituição e Processo**, São Paulo: Atlas, 1997, p. 56).

³⁵ Confira-se, nessa linha de raciocínio, o entendimento de João Lopes Guimarães Junior, ao afirmar que “*o momento reclama profunda reflexão, da qual deve emergir uma opção político-institucional, eleita pelo critério da efetividade. A efetividade que se pretende na atuação do*

Para tanto, será necessária uma efetiva aproximação e interação do Ministério Público com a sociedade organizada.

Obviamente que para que isso se materialize, torna-se necessário não apenas manter as garantias já conquistadas, mas principalmente pacificar algumas questões hoje ainda controversas, tais como a extensão do poder investigatório do *Parquet* no inquérito civil.

Somente com a real independência (e aqui essa independência deve se impor tanto quanto ao Executivo e Legislativo, como quanto ao Judiciário, responsável, em muitos casos, pelas delongas nas ações coletivas, por concentrar seu exame nas questões meramente processuais, descuidando-se de seu dever maior de velar pelo efetivo acesso à justiça) é que o Ministério Público poderá, de forma eficaz, coligir os elementos necessários à propositura de ações coletivas.

É, portanto, de extrema importância para a evolução da tutela dos interesses públicos que seja concedida ao Ministério Público maior autonomia na sua defesa³⁶⁻³⁷.

Ministério Público relaciona-se, de modo geral, à aptidão para cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais. No caso do Parquet, podemos afirmar mais especificamente que esta efetividade vincula-se ao fortalecimento do Estado de Direito, ao resgate da cidadania e à pacificação social, atingíveis pela aplicação da lei. Nessa perspectiva, não pode o Ministério Público estabelecer uma estratégia de atuação sem considerar o alcance social e a repercussão concreta de cada uma de suas atribuições. Em outras palavras, é preciso que, dentro da realidade em que vivemos, exerça o Ministério Público o papel de verdadeira alavanca, usando a lei para atingir os escopos estatais relacionados ao bem estar social. Cumpre-lhe privilegiar, portanto, aquela atuação que de modo mais eficaz e abrangente atinja às aspirações e necessidades da população relacionadas a interesses difusos e coletivos". (GUIMARÃES JUNIOR, João Lopes. "Ministério Público: Proposta para uma Nova Postura no Processo Civil", in FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo [Coordenador]. **Ministério Público - Instituição e Processo**, São Paulo: Atlas, 1997, p. 149).

³⁶ Até mesmo porque, como concluiu Calamandrei, o interesse público ao qual serve o M.P. "é, em última análise, o mesmo interesse ao qual servem os juizes: de maneira que cabe perguntar se não seria tecnicamente mais coerente e politicamente mais proveitoso, considerar ao Ministério Público como um órgão judicial verdadeiro e próprio, e lhe dar uma posição orgânica e disciplinar correspondente a esta sua função de controle da legalidade, que poderá se desprezar em forma plenamente eficaz só quando se atribuem também a ele as mesmas prerrogativas – contradição entre a função do Ministério Público e a função orgânica – que garantem a independência da magistratura julgadora. Se no sistema da legalidade a lei deve ser observada à margem de toda consideração de ordem política, não se compreende por que o órgão tipicamente encarregado de promover a observância da lei possa ser deixado em uma posição de subordinação hierárquica que tende a fazer dele um instrumento de ingerência da política na justiça". (CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 342).

Por outro lado, é preciso cautela ao se tratar dos direitos indisponíveis, não sendo correto, a nosso ver, vincular, de forma absoluta, a atuação do Ministério Público aos mesmos, como vêm fazendo alguns doutrinadores e julgadores.

Isto porque o direito pátrio não elenca quais sejam os direitos indisponíveis, deixando tal fixação ao arbítrio do intérprete, que deve então se valer das regras de experiência, sendo certo ainda que alguns direitos apresentam facetas de disponibilidade e de indisponibilidade, tal qual ocorre com os alimentos, que são disponíveis para quem paga, mas indisponíveis para quem recebe.

Nesse passo, o direito individual homogêneo, que levanta mais dúvidas nesse particular, pode ser até disponível para aquele cidadão, mas cer-

³⁷ Ao encontro de nosso pensar, colhemos excerto de recente pronunciamento do Ministro da Justiça Francês acerca da necessária autonomia do **Parquet**. *“Il existe deux catégories de magistrats: les magistrats du siège, dont l’indépendance est garantie et qui rendent des jugements sur les questions dont ils sont saisis, et les magistrats du parquet qui décident d’engager ou non des poursuites. Ce sont ces derniers dont l’indépendance doit être davantage assurée. Pour tuer le soupçon d’intervention des politiques et des puissants, qui gangrène la confiance que tout citoyen doit avoir dans la justice, il faut redéfinir le rôle respectif de chacun: parquet, Conseil supérieur de la magistrature et garde des Sceaux. (...) Les rôles de chacun. Le parquet. Il sera indépendant et responsable. Il ne pourra recevoir aucune instruction du garde des Sceaux dans les affaires individuelles. Tous les magistrats du parquet, y compris les procureurs généraux, les procureurs et les avocats généraux près la Cour de Cassation seront nommés sur proposition du garde des Sceaux après avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature. Un recours contre les décisions de classer une affaire sans suite sera ouvert aux personnes qui ne peuvent pas mettre en mouvement l’action publique mais qui justifient d’un intérêt. Pour ce faire, les décisions de classement seront notifiées au plaignant et motivées. Cette notification précisera les possibilités de recours légaux. Le recours s’effectuera devant une commission près la cour d’appel, après rejet d’un recours hiérarchique devant le procureur général. Un rôle accru sera donné aux procureurs généraux dont la mission sera précisée dans la loi. Ils veilleront à l’application des directives de politique pénale du garde des Sceaux dans leur cour d’appel, à la coordination de celle-ci dans les différents ressorts des tribunaux de grande instance, afin que la loi soit appliquée de façon cohérente et égale sur tout le territoire”* (“*Une réforme pour la Justice*”, disponível no [site do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público de Portugal](http://www.smmmp.pt), no seguinte endereço: <http://www.smmmp.pt>). Na doutrina pátria, Alexandre de Moraes afirma textualmente que *“também é função do Ministério Público, juntamente com os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, garantir ao indivíduo a fruição de todos os seus status constitucionais. Essa idéia foi consagrada pelo legislador constituinte de 1988, que entendeu por fortalecer a Instituição, dando-lhe independência e autonomia, bem como causa social para defender e proteger”*. (MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**, 3ª edição, São Paulo, Atlas, 1999, p. 54).

tamente não o é para a coletividade que se vê atingida por aquela situação³⁸.

Concluindo as ponderações aqui lançadas, podemos afirmar que se impõe, em sede de direito coletivo, e notadamente no que pertine ao direito individual homogêneo, visto que essa vem sendo a área onde grassam as maiores divergências, o reconhecimento por parte de toda a comunidade jurídica de um Ministério Público forte, autônomo, independente e, principalmente, comprometido com o interesse social, cuja atuação não pode ser obstada pela arguição de questões processuais que devem ser analisadas em conformidade com a extensão do direito em jogo, claramente indisponível.

Em suma, um Ministério Público social. ◆

³⁸ A propósito, perfeita a observação de Gustavo Tepedino ao afirmar que “a indisponibilidade dos direitos individuais homogêneos, por outro lado, não é obscurecida pela patrimonialidade das pretensões individuais, o que releva é a indisponibilidade do interesse atingido pela relação jurídica original, que serve de base para a demanda comum. Uma vez atingidos direitos fundamentais do homem, como a saúde, a educação, o meio ambiente, tem-se por violados interesses indisponíveis, ainda que desses mesmos interesses decorram danos conversíveis em parcela patrimonial individualizada em relação a cada um dos titulares da ação. Se assim não fosse, far-se-ia tábula rasa das demandas coletivas já que, em regra, as pretensões ressarcitórias resultam na expressão patrimonial das violações dos interesses extrapatrimoniais e indisponíveis atingidos. A dimensão coletiva da demanda, com efeito, posta a lume no excerto da Professora Ada Grinover, desde que socialmente relevantes os interesses em jogo, parece cada vez mais capaz de tornar indisponíveis os pleitos individuais”. (TEPEDINO, Gustavo. “A Questão Ambiental, o Ministério Público e as Ações Civis Públicas”, in **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 312/313).

REFORMA PENAL

VISÃO METODOLÓGICA, COMPARATISTA E HISTÓRICA NA BUSCA DE UM ENDEREÇO REALÍSTICO

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA

Professor da EMERJ. Desembargador do TJ/RJ

1. DIREITO PENAL ROMANO

A norma penal era vista pelos romanos como mera proibição seguida de uma sanção, de forma consuetudinária, atendendo até o campo extrapenal, na medida de uma concessão naturalística, como resguardante de graves ofensas ao ordenamento ético-jurídico, a como tal reprimindo a sociedade. Na primitiva comunidade romana há prevalência dos valores religiosos, e nem sempre o âmbito dos fatos é estritamente penal, trazendo características privadas (*delicta*) e algumas publicísticas (*crimina*). O direito mais antigo não estabelecia tal distinção, embora rico em valores humanos. As origens de toda a experiência jurídica devem-se a um forte sentido penalístico. Em razão da limitada intervenção estatal na idade mais remota, a manifestação contra o crime era violenta e ilimitada, agindo até em caso de ilícito civil de pouca gravidade. Aliás, em tal fase, não há que se falar em ordenamento jurídico; o devedor insolvente, julgado como tal, podia ser alienado como escravo ou simplesmente assassinado¹. O credor conquistava a disponibilidade pela venda da pessoa do devedor como escravo. A vingança era de grande importância na idade antiga a como relevante instrumento de satisfação, objetivando a recuperação a qualquer título do que havia sido perdido. São característicos do Direito Romano os tipos de furto, lesão e dano, na categoria de ilícitos de característica privada. No parricídio não bastava a gravidade *per se*; ofendia a pessoa e não o Estado, ficando aos cuidados dos parentes da vítima, aos quais, privativamente, e não ao Estado, competia a repressão. Só com o progresso da sociedade é que se viu no homicídio fato punível de alta gravidade, colocando-se ante os órgãos esta-

1. Cf. Gellius, XII Tab. 3.5 - *Noct. Att.*, 20. I .46,47.

tais a repressão (*quaestiones parricidi*). O *parricidium* e o *perduellio* constituem o mais antigo núcleo do Direito Penal romano, base mais tarde dos *crimina*. Contudo, perduraram os *delicta*, ilícitos de fundo privatístico, mas que de alguma forma se distinguiam do puro ilícito civil (o ladrão noturno poderia ser morto). Quem fosse surpreendido em flagrante sofreria a mesma punição. A lesão grave era originariamente punida com o talião, permanecendo se não houvesse a intervenção da composição (*pactio*).

O poder punitivo discricionário dos magistrados (*coertio*) era ampliado, sendo um grande avanço em certo momento histórico na defesa dos direitos dos cidadãos, e, no caso de condenação à pena de morte ou à grave pena pecuniária, poder-se-ia apenas recorrer ao povo (*provocatio* era da competência do *populus*). A discricionariedade dos magistrados era para as penas menos graves. O direito privado era um complexo técnico de princípios, institutos e atos nos quais os aspectos sociais e individuais ditavam a experiência jurídica (obrigatoriedade e utilidade) e se denominavam, na época mais remota, *ius* (v.g., *ius Quiritium*, *ius Flavianum*, *ius Papirianum*, *ius Aelianum*, *ius civile*, estendendo-se até o *ius publicum*). A matéria criminal possuía como fonte um complexo de atos repressivos, ausente de elaboração doutrinal e de autonomia técnica. O Direito Penal só veio a ter consistência e certa autonomia técnica ao fim da república, por inúmeros fatores (a complexidade que passa a ter o Estado romano em razão da sua expansão, a criação de tipos legais de uma forma mais acurada – v.g., *crimen repetundarum* ou *pecuniae repetundae*, isto é, concussão dos magistrados provinciais). Do ponto de vista técnico-formal, o Direito Penal, como sistema de procedimento, estava inserido nos *indicia publica*. A **Lex Cornelia de Maiestate** se aproximava da **Lex Plautia de vi** (63 a.C.), que reprimia os atos de pressão violenta contra o Senado e os magistrados. As penas eram bárbaras pela **Lex Pompeia** (55 a.C.). Entre as *quaestiones* proibidas por Silla (*Corneliae*) estão os ilícitos do falso (falsificação de testamento, suborno de testemunha, usurpação de nome ou função).

Trata-se de ilícitos próprios da atividade pública como o *ambitus* (corrupção eleitoral) e o *peculatus* (apropriação da coisa pública). Qualquer fato era antes censurável como ilícito privado, e a *iniura*, no direito mais vetusto, era a lesão corporal, atingindo até a personalidade moral do ofendido. Há proteção geral contra a violação do domicílio, a corrupção de menores e da mulher. Poderíamos assinalar: a) a **Lex Julia de Maiestate** (8 a.C. - ofensa à pessoa ou ao nome do imperador); b) a **Lex Julia de**

ambitu (18 a.C. - corrupção e violência eleitoral); c) a **Lex Julia de peculatur et de sacrilegiis** (8 a.C. - subtração e uso de dinheiro público, alteração de documentos públicos; d) a **Lex Julia vi** (17 a.C. - organização de bandos ou quadrilhas, perturbação da administração da Justiça ou dos comércios eleitorais e outros casos menos graves de ações contra bens privados sob o título de *vis privata*); e, finalmente, conforme Augusto, e) a **Lex Julia de adulteriis coercendis** (18 a.C. - *adulterium, stuprum, lenocinium*). Não obstante estas *leges*, é certo que o princípio da legalidade subsistia ao da limitação, sendo sempre válida a *coercitio* dos magistrados com apoio na *cognitio (extraordinem)*. Na **Lex questionis** é estabelecido um duplo endereço, a repressão *extraordinem*, que se subpõe à dos *indicia publica* e pelos *crimina* que são previstos, sendo usada a expressão *crimina extraordinaria*. Os *criminae* existentes passaram a ter nova apuração.

O homicídio tinha na **Lex Cornelia** a cominação *aqua et igni interditio (deportatio)* e passou a ser sancionado com a *cognitio* da pena capital para os *honestiores et humiliores*. O incêndio era punido na **Lex Cornelia** com o *interdictio* e veio a ser reprimido com a pena de morte. Sempre na *cognitio extraordinem* ou na intervenção do imperador ou do Senado há extensão da esfera de certos *crimina*, particularmente graves, previstos nas *lege republicana*. A **Lex Cornelia de sicariis et veneficis** compreendia até abortos, e a **Lex Cornelia de falsis**, até a suposição de parto. Em matéria criminal os *senatusconsulta* são freqüentes, bastando citar o **Silanianum** (10 a.C. - impunha tortura aos escravos em caso de morte violenta de seus patrões), o **S. C. Liboniarum** (16 a.C. - estendia a **Lex Cornelia de falsis** ao testamento) e o **S. C. Turpillianum** (61 a.C. - estendia aos casos de **Lex Remmia**, da idade republicana, referentes à falsa acusação, à calúnia e à acusação temerária). Os romanos esqueceram o Direito Penal, e seus juristas só comentavam o *ius civile* e o *ius honorarium*, e até nas obras específicas sobre o tema o fato é anotado (*de publicis indicis, de poenis, de cognitionibus*), inclusive seus enfoques próprios (*de adulteriis*) ou mesmo no complexo de normas especiais (*ad legem Juliam de adulteriis, ad S. C. Turpillianum libonianum, silanianum*) e na própria jurisprudência criminal (de *officio procensulus, consulis, praefictiurbi, praefecti praetorio* etc.). A matéria penal é elaborada de forma muito limitada, até porque denuncia a intervenção do Estado de forma autoritária. Já salientamos, quando estudamos a Parte Geral,

que só conheciam o nexo de causalidade (*Nihil interest occidat quis an causam mortis praebat*), sem defini-lo; conheciam o dolo e a culpa, o caso fortuito, os casos de inimputabilidade (doença mental e menoridade), as causas de justificação (legítima defesa); puniam a tentativa a reconheceram o concurso de pessoas. Não há no Direito Penal romano qualquer tentativa de sistematização. Havia apenas na Parte Especial, se assim pudéssemos tentar comparar, quatro categorias puníveis: a) os furtos e os homicídios (*aut facta preniuntur ut furta caedesque*); b) as injúrias e similar (*uat dieta ut convicia et infidae e advocaciones*); c) atos falsos e escritos injuriosos (*aut scripta ut falsa et famosi libelli*); d) associações ou bandos de malfeitores (*aut consilia ut conimations et latorum conscientia*). Estas quatro **genera** poderiam ser praticadas de sete modos (pela causa, pela pessoa, pelo lugar, pelo tempo, pela qualidade, pela quantidade, pelo evento), isto é, “*sed haec quattuor genera consideranda sunt septem modis: causa persona loc tempore qualitate quantitate eventer*”. Estes sete modos são circunstâncias do fato atenuantes ou agravantes (“*causa: ut in verberibus quae imprenita sunt a magistro aelata vel parente, quoniam emenhationis, non iniurice gratia videntiu adhiberi*”). Os romanos distinguiam, para agravar ou não o *furto* em flagrante, o ato de violência ou não (“*qualitate, cum factum vel atescius vel levius est: ut furta manifesta a nec manifestis disarni solent, rixae a grassaturis, expilationes a furtis, petulantia a violentia*”). A maior elaboração é feita nos **delicta** em virtude do cunho privatístico, pois os atos ilícitos eram considerados como criadores de obrigações (**obligatio**). O mais privatístico dos fatos não-contratuais que gera responsabilidade é o dano (**damnum iniura datum**), regulado pela **Lex Aquilia**, que previa a morte do escravo e dos animais que causassem ferimentos em escravos ou animais, bem como o deterioramento de coisa inanimada². A intenção (**iniura**), requisito para a persecução a título de dolo ou culpa, cede à simples voluntariedade do fato, sem esquecer o velho adágio: “*in lege Aquilia et levissima culpa venit*”. Na estrutura dos **delicta**, a diferença dos ilícitos privados é assinalada pela maior gravidade social (**furtum, rapina, iniura**), e estes passam a receber uma sanção. No **furtum** a na **rapina** há uma ação tendente à retribuição da **res furtiva (resvindicatio de conditio furtiva)**, para a pena pecuniária imposta ao autor. O termo **iniura** possui o significado limitado de ofensa

² Cf. Gaius, *Inst.* 3, 210: 217.

peçoal, um ato pelo qual respondia pela lesão do direito, sendo principalmente ação e não omissão, com significado de dano. Com o triunfo da monarquia absoluta e a implantação de uma hierarquia organizada, com a idéia dominante do Estado e a rigorosa ética cristã, há reflexos no baixo império e nos *crimina*. A unificação do processo, concentrado na *cognitio extraordinem*, e a perda de valor prático da distinção entre os *crimina* (legítima e extraordinária) passam apenas a ter valor histórico. Passa a existir rigorosa subordinação dos funcionários públicos exercida com severidade, onde o *peculatus* é punido com a pena de morte, as ações físicas e os *crimina repetundae*, alargados, criando-se novas figuras penais. A repressão aumenta em relação às hipóteses de *delatio e calumnia*, agravando-se as penas pecuniárias em relação aos crimes de falsa moeda. A expressão *sacrilegium* não indica mais o furto de coisa sagrada, mas ofensas a preceitos, pessoas e lugares de culto. Há penas para os ilícitos civis e administrativos.

Note-se que Justiniano não manteve toda a legislação que atenuava a repressão, voltando a agravar a censurabilidade dos fatos puníveis. Na idade clássica, o *furtum* surge como um fato criminal, e a pena não é mais considerada uma expiação, um ressarcimento. É na idade pós-clássica que o Direito Penal romano revela a sua autonomia. Surge a expressão *ius criminale* a indicar um complexo jurídico, consolidando-se o vocábulo *criminaliter* para apontar a esfera do procedimento penal. Os *delicta*, punidos pelo *ius civile*, quase se fundem com os *crimina*, punidos pelo *ius publicum*, a não desaparecem os *delicta extraordinaria*, sendo o *delictum* - os *delicta* - e os *crimina* tratados no *libri terribiles* do Digesto.

Evidencia-se que a consciência social ditava a satisfação e a exemplaridade da pena, dando-lhe uma função retributiva e de prevenção da ordem social, através do caráter da intimidação (observa-se que os romanos conferiam maior importâncias às leis do processo do que às normas substantivas penais).

2. EVOLUÇÃO DA CONSTRUÇÃO LEGISLATIVA

Adotamos em nossa obra a divisão tripartida da Parte Especial, partindo do patamar *homem-sociedade-Estado*. Desta forma, a maior relevância é dada à *pessoa humana*, seguindo os Códigos Penais de 1940 e 1969 e mantida no projeto da Parte Especial de 1984. Efetivamente, não era a tradição brasileira relevada nos Códigos de 1830 e 1890.

Ora, a reforma do Direito Penal depende do nível de desenvolvimento sociocultural do país, observadas suas transformações histórico-filosóficas no ordenamento jurídico, refletidas pelo sistema político interno, de onde se observa uma profunda dependência em razão de fatores sociais ideológicos e econômicos. Contudo, a evolução histórica registra contrastes, visto que nosso Código de 1890, embora de inspiração democrático-liberal, estabelecia uma classificação de tipos penais onde ressaltava a prioridade dos crimes contra o Estado e a sociedade, em todas as suas espécies. Jamais se poderia admitir que um código de influência democrático-liberal-individualista admitisse privilegiar na classificação dos crimes em espécie, em primeiro lugar, o Estado, para depois atender aos direitos dos indivíduos, na sua cidadania e liberdade. Verificamos, em consequência aos postulados do liberalismo burguês, que a propriedade é mais defendida em razão da gravidade das sanções do que os ataques ao bem jurídico, vida ou integridade física.

Nossa obra deve ser mais formativa do que informativa aos seus destinatários, motivo pelo qual nos fixamos no tripé: *homem-sociedade-Estado*.

Se visualizarmos o direito comparado, seguimos a tradição do Código bávaro (1813), que abre a sua Parte Especial com os *crimes contra a vida*, porque a tradição de Von Feuerbach (1751), imbuído do liberalismo rousseauiano e da filosofia de Fichte, não poderia deixar de dar prevalência à *pessoa*.

O Código francês (1810), em virtude da influência totalitária de Napoleão, é antiliberal, abrindo a sua Parte Especial com *crimes e delitos contra a coisa pública*. Aliás, é a orientação marcadamente autoritária que encontramos na análise do movimento de codificação, e é a partir de 1860 que as codificações são marcadas por diferenças essenciais no que tange à classificação das infrações, na Parte Especial, e à noção de tentativa, definição de reincidência e conceito de concurso de pessoas, na Parte Geral. Passam a ser sensíveis à discussão do crime impossível, do dolo eventual a da omissão. O Código Penal português de 1852, reformado pelo de 1884, colocava em primazia os crimes contra a religião e depois contra o Estado e, ao final, contra a pessoa, tudo reflexo do catolicismo preponderante até na órbita jurídica. O Código Penal português desde o Código de 1852, de inspiração napoleônica, a do Código brasileiro (1830), advindo os projetos de 1861 a 1863, de influência filosófica de Bentham (com a comissão integrada por Mittermeier, Boneville, Karl Levita, Ortolan, Haus, Carrara

e Ellero), vieram as Reformas de 1867 a 1884, dando o Código de 1886, até o projeto Eduardo Correia, que abre com os crimes contra a pessoa, depois contra a paz e a *humanidade*, seguindo-se contra o patrimônio, e fecha com os crimes contra o Estado. O Código Zanardelli, de 1889, inexplicavelmente abria com os crimes contra o Estado, não surpreendendo que o Código Rocco, produto do fascismo, inicie a Parte Especial com os crimes contra o Estado. Aliás, todos os códigos de países dominados pelo totalitarismo seguem o modelo. O búlgaro de 1896 rezava pelos princípios neoclássicos, já o de 1951 segue o soviético a admite até a analogia; o checoslovaco de 1961, de modelo marxista, dá realce aos crimes contra a República, destacando a figura penal das *ações puníveis contra o povo e o Estado*. Na mesma linha, estão o belga de 1867 e o dinamarquês de 1930, bem como o espanhol de 1963, que iniciam a Parte Especial com os delitos contra a segurança externa do Estado. Por fim, deixamos os dois mais modernos, o austríaco e o alemão (1975). O Código Penal do Império de 1871 era influenciado pelo Código francês de 1810. A ideologia nazista introduz leis especiais, modificando o texto em vários capítulos (26 de maio de 1933). Em 1945 há o grande expurgo da legislação hitleriana através de várias leis (26 de setembro de 1945, 30 de janeiro de 1946 a 20 de junho de 1947), tendo sido efetivada a revisão de 25 de agosto de 1953, mas mantendo a abertura da Parte Especial com “O Crime de alta traição”. Os atuais Códigos Penais da República Federal (de 1º de janeiro do 1975) e da antiga República Democrática (12 de janeiro de 1968)³ mantêm a tradição, enquanto o moderno Código Penal da Áustria coloca como título primeiro “Atentados à integridade física e à vida”.

Em conclusão, os códigos do século passado não vislumbraram uma lógica de sistematização, não colocando o elenco de figuras penais da Parte Especial em função de um sistema jurídico-político, olvidando que o delito é um fenômeno sociopolítico. O penalista não pode esquecer as relações histórico-ideológicas existentes nas teorias penais e nas práticas criminológicas. O estudo das leis, suas origens, suas relações com o poder, a descoberta de suas relações com o poder dominante, sua relação com a violência e aparatos repressivos do Estado dão a totalidade social para atingir sua especificidade histórica. O Código Rocco é um código eminente-

³. Embora tenha ocorrido a unificação política das duas Alemanhas, ainda há que se fazer a reforma jurídica.

mente casuístico, produto exclusivamente da diversidade metodológica de sua compilação⁴. É curial que a excessiva especificação da norma aumenta o campo da controvérsia. Ao contrário do que pensa Antolisei, acreditamos que o aumento dos poderes discricionários do juiz penal, na individualização da pena, em virtude das fronteiras do mínimo e do máximo, da aplicação das circunstâncias agravantes e atenuantes do perdão judicial, atende à realidade sociopolítica de distribuição de justiça. O bom código é *claro e simples*, não contendo disposições desnecessárias.

Antolisei prega o abandono do método exegético, no que é seguido por parte da doutrina que defende a formação de uma Parte Geral da Parte Especial, que segue a proposta de Wolf.⁵ Para Antolisei é de pálida inconsistência, embora acredite que se deva tratar a matéria com maior seriedade, sem eventuais intermediações puramente descritivas, mas dogmáticas, isto é, ordenando a matéria de modo orgânico e de observação da mesma no complexo quando existir interdependência. Contudo, a fragmentação, de qualquer modo, não pode ser totalmente evitada⁶.

A função básica do Direito Penal é a sistematização fundamental do conhecimento que se traduz nos delitos. O que se convencionou chamar de Parte Especial do Direito Penal, que foi a primeira a ser elaborada, é a única que durante milênios constituiu todo o Direito Penal, tendo, depois, advindo a Parte Geral, tanto no campo normativo como doutrinal. Foi o **Lehrbuch** (1810) de Feuerbach pioneiro no campo científico da Parte Geral, chegando a hipertrofiar a Parte Especial, reduzindo a sua dependência. Anotamos o fenômeno de desprezo em relação à Parte Especial, principalmente pelo conceptualismo, com o apogeu da jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*) e do positivismo, com reflexos tanto na área do

⁴ Neste sentido: Antolisei. A tendência a distinções, subdistinções e à multiplicidade de conceitos corresponde ao casuismo legal, principal defeito da dogmática italiana dominante, como ensina o Professor de Turim em seu famoso **Manuale** (1977). Não podemos olvidar que tivemos no Código Rocco o ventre materno do nosso Código de 1940. Seria interessante lembrar a crítica de Carnelutti, ao escrever, em 1937, *L'equità nel diritto penale*, que dominava a Itália de então: “*il non plus ultra della perfezione legislativa dovrebbe essere una dispesata casista, dove il giudice somiglia ad una marionetta comandata da un inestricabile groviglio difili*”. Para a sociedade inculta o progresso da lei está na multiplicação dos artigos do Código Penal. O Código Zanardelli contemplava 498, já o Código Rocco passou para 734; o Código Penal de 1890 tinha 412 artigos, já o de 1940 passou para 361, o de 1969 enumerava 403, o Anteprojeto de 1984 propõe 421 artigos e o de 1999 contém 413 artigos.

⁵ Cf. Wolf, **Die Typen der Tatbestandsmassigkeit**, 1931.

⁶ Cf. Welzel, **Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen**, 2ª ed., 1549, 137.

jurídico como também na área da pena. Colocava-se a Parte Especial como um mero capricho do legislador, desaparecendo até no Projeto de Ferri (1921) e no Projeto Krylenko (1930), que são codificações sem Parte Especial. Anota Ripollés que a hipertrofia da Parte Geral “rompeu a harmonia tectônica do Direito Penal”, ocasionando o divórcio entre a teoria e a prática, ao deixar ao trato dos “práticos” a temática dos delitos contra os particulares e ao reservar aos doutos as puras lucubrações da Parte Geral, trazendo conseqüências graves ao Direito Penal como um todo, traduzindo o atraso em relação a outras disciplinas.

Não se pode deixar de anotar o exemplo de Carrara que, através de seu **Programa**, estabeleceu uma direção metodológica (dois volumes da Parte Geral a sete da Parte Especial), com uma introdução que se denominou Parte Geral da Parte Especial. A partir de Carrara surgem os trabalhos de Von Liszt, Garraud e Manzini.

Contudo, a revalorização da Parte Especial é obra da nova abordagem da *teoria do delito*, com a *tipicidade* de Beling e o objeto do delito de Rocco, colocando acento em valores objetivos de legalidade, sistematizando a roupagem da nova Parte Especial do Direito Penal, saindo do empirismo exegético para o método concreto. Aduzam-se as magníficas construções feitas por Erik Wolf, na Alemanha, e Grispigni, na Itália. Contudo, a pura sistematização especulativa está na monografia de Hirschberg (**Die Schuldobjekte der Verbrechen**) em 1910, com patamar no objeto material da ação e na distinção clássica germânica dos delitos (contra o indivíduo e contra a comunidade). Introduz a dupla função de tipicidade sobre os chamados “objetos da ação” (*Handlungsobjekte*) e os “objetos de proteção” (*Schutzobjekte*). Porém, é no trabalho de Wolf (**Die Typen der Tatbestandmassigkeit**), publicado em 1930, que se assentam as pedras fundamentais a uma verdadeira sistematização da Parte Especial. Inspirado nos trabalhos anteriores de Beling e de Mezger, busca dar um tratamento especial a concreto aos delitos contra a administração pública; logo após, em 1931, lança **Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem**, tentando construir uma ponte entre a Parte Geral e a Especial do Direito Penal. Würtemberger, em seu trabalho de 1932, chama a atenção não para a sistemática ou para o tipo, mas para o conceito material dos bens jurídicos. Tais noções (tipicidade e objeto jurídico) são atacadas pela Escola de Kiel. Há, porém, a restauração dos valores democráticos na **Dehler** (Welzel, *Wandel and Wert der Strafrechtlichen*

legaalerdnung) referida por Von Weber, refletindo logo depois nos tratados de Mezger, Welzel e Maurach (chama a Parte Especial de irmã menor da Parte Geral).

Na Itália, ressurgindo os conceitos de tipicidade e objeto material da ação, sob a influência dos pressupostos filosófico-políticos, modifica-se a atenção para a Parte Especial. Grispigni, embora pertencente à escola positiva, é o maior defensor da existência de uma Parte Geral como ponte adaptada à Parte Especial, grupando as figuras penais - *fattispecie* - sistematizadas de acordo com cada estrutura e forma de cada delito. Advoga uma atenção dirigida às normas formais de tipos, abandonando os bens jurídicos tutelados ou protegidos. É objeto de crítica de Petrocelli, no seu **Prefazione a su diritto penale**, que diagnostica que as orgias do conceitualismo, que caracterizam a Parte Geral, podem invadir o território intacto da Parte Especial, devendo ser defendido de uma sistematização formalista, inócua e desvalorada.

Porém, é Pisapia, com sua monografia **Introduzione alla parte speciale del diritto penale**, que traz nova contribuição ao *thema* da Parte Geral da Parte Especial, defendendo que a objetividade jurídica tem relevância no que afeta o *quantum* da gravidade das sanções, colocando em destaque a personalidade concreta do autor do fato punível típico. Ripollés critica a monografia de Pisapia afirmando que o mais importante é o combate ao *abstratismo teórico* a ao *praticismo*, propugnando pela interação constante entre a Parte Geral e a Especial. A melhor doutrina fica com Antolisei (**Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale**) e Maurach, com os quais os princípios e regras passam a ter vida e aplicação. Enfim, há a imperatividade de sistematização da Parte Especial, sem a necessidade de uma ponte intermediária artificial e frágil, como diz Ripollés, da Parte Geral da Parte Especial, “cujo enunciado é uma incongruência”. Como vias, teríamos uma introdução metodológica, comparatista a histórica, e uma classificação com base em *gêneros* e *espécies*, mas também visando ao agrupamento lógico-morfológico, dentro de um método dogmático-crítico para cada instituto da Parte Especial, admitindo-se uma introdução abordando uma visão criminológica diferenciada (o *ser* e o *dever-ser*).

3. CLASSIFICAÇÕES DOUTRINÁRIAS

Grispigni sustenta *uma teoria geral do elemento objetivo do delito* (o subjetivo compreenderia a culpabilidade), partindo da definição de que

delito é “conduta humana correspondente ao tipo descrito pela norma penal, e em que não ocorre uma causa de justificação e, ademais, é psicicamente referível a um sujeito”. Sua *chave* resume-se: objeto jurídico, sujeito passivo imediato, considerações analíticas do delito, requisitos (correspondência com o tipo, sujeito ativo, a conduta, o evento, o nexos causal, o objeto material da ação, o instrumento, o lugar, o tempo), a falta de causas de justificação, a culpabilidade, as condições de punibilidade e procedibilidade, as formas de manifestação (tentativa, consumação, simples, circunstanciada, única, plúrima, concurso de pessoas) e pena.

Já Maurach defende a responsabilidade pelo fato e a responsabilidade pela culpabilidade, sendo que na primeira há o “primeiro grau de culpabilidade”, onde não se exige a imputabilidade, onde a capacidade de imputabilidade é o fundo de formação do juízo de culpabilidade. Para o mestre da Universidade de Munich, teríamos, em resumo: a) penetração na área dos bens tutelados; b) jogo de formas de culpabilidade (omissão dolosa e culposa); c) variações técnicas ofertadas pelos elementos componentes dos tipos. Sua construção sistêmica tem por patamar a teoria geral baseada na doutrina do tipo. Por seu turno, Sauer buscou uma construção completa lançando mão dos elementos ético-sociais, jurídicos e criminológicos, de um modo tridimensional. Para tanto, a Parte Especial do Direito Penal contém tipos do injusto junto às ameaças penais como expressão legal de punibilidade. Seu sistema resume-se em: a) *ratio* da lei; b) a investigação sociocriminal; c) história dos projetos dos códigos penais; d) características típicas; e) dolo; f) concorrência; g) pena; h) agravação e atenuação da responsabilidade criminal; i) particularidades processuais; j) singularidades sistêmicas totais e significação cultural. A questão da medida da pena com as suas vertentes - perigosidade do fato e do autor - é observada posteriormente.

Welzel, com sua introdução à Parte Especial, aplica à sistemática da Parte Especial os dispositivos relativos à Parte Geral, não vislumbrando qualquer peculiaridade. A construção finalista, que é a base da Parte Geral (tipo objetivo a tipo subjetivo), serve de rumo para a Parte Especial, onde a dimensão subjetiva compreende a antijuridicidade, a culpabilidade e a medida da pena.

Importante esquema é traçado por Mezger, procurando colocar um estudo teórico-dogmático da Parte Especial, adotando o método exegético, utilizando apenas alguns instrumentos da Parte Geral (v.g., tipo básico, objeto material da ação, objeto jurídico, classificação da ação realizada). Enfim,

utiliza o seguinte esquema: a) *fato* (o tipo legal), que compreende: *aspecto objetivo ou externo* (atividade do autor, sujeito da ação, objeto da ação, atividade, especiais circunstâncias, forma de omissão e resultado); b) *aspecto subjetivo ou interno* (elementos subjetivos do injusto, formas de culpabilidade); c) *conseqüências jurídicas* (pena e demais conseqüências jurídicas).

O trabalho de Antolisei é primoroso pela simplicidade de técnica em que prepondera a valoração de elementos componentes do tipo, com imediata aplicação dos conceitos havidos da Parte Geral.

Já vimos o Direito Penal, considerado em suas linhas gerais, examinando a teoria da lei penal (princípios informadores, interpretação da norma, validade temporal, concurso aparente de tipos coexistentes e vigência especial da lei penal), o estudo da teoria do crime (evolução histórico-dogmática, tipicidade, ação, relação de causalidade, resultado, elemento subjetivo do injusto, o injusto dos crimes culposos, estrutura da omissão punível, crime consumado e tentado, antijuridicidade e causas de justificação, culpabilidade, condições de punibilidade, concurso de pessoas, concurso de tipos, crime continuado, objeto e sujeito do crime). Outrossim, a figura que no Direito Penal contemporâneo adquire especial relevo é a conseqüência jurídica do crime, especialmente a sanção que se caracteriza na *pena*, daí o estudo de sua natureza, fundamento e estatuto disciplinador, isto é, a Parte Geral do Direito Penal, que não exaure o nosso estudo lógico. Segue-se a Parte Especial, que resume em sua sistemática um quadro de fatos que o ordenamento jurídico proíbe com a cominação de uma pena para cada tipo legal. A distinção entre as duas partes do Direito Penal é produto da sistemática da disciplina e feita em todos os códigos modernos, em um complexo de princípios e de regras válidas em todo o vasto campo da matéria. *Qual a origem da Parte Especial?* A origem está na necessidade de especificação singular dos fatos reprováveis perante o ordenamento jurídico, e a pena faz distinguir a maior ou menor gravidade e importância do *bem* essencial ao indivíduo (a vida, a liberdade, a honra, o patrimônio, chegando até o próprio Estado). O desvalor está ligado ao grau de reprovabilidade, fixando os comportamentos sujeitos ou não à aplicação de pena, dando relevo ao princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali*. Há necessidade da certeza do direito que é essencial ao cidadão como reparo ao arbítrio e à injustiça.

Sabemos que as normas penais se dirigem aos cidadãos e aos juízes, estes considerado como órgãos do Estado, a fim de que solvam e determinem as conseqüências jurídicas; aqueles, como destinatários, objetivando

que não as violem. Enfim, as normas penais possuem como destinatários os cidadãos, na proporção de sua capacidade para entendê-las a violá-las, e os órgãos jurisdicionais, para que, atentos às violações, apliquem as consequências e efeitos aos seus infratores.

Não podemos olvidar o papel criador do juiz penal em relação a circunstâncias especiais, estabelecendo um direito à necessidade até então inexistente, sem fratura do legalismo e para não vedar a distribuição real da justiça que importa no interesse geral de segurança e uniformidade dos julgadores. A independência do juiz penal é o barômetro do progresso social e político e daí a liberdade para a criação do direito, não se limitando à triste frase de Montesquieu do que o juiz não é mais do que “a boca que pronuncia as palavras da lei”, ou, de uma forma mais respeitosa, simplesmente se transformaria em um distribuidor automático das penas previstas⁷. Ao contrário do que pensavam determinados penalistas, é de infinita importância a Parte Especial do Direito Penal, representando o verdadeiro e próprio Direito Penal, pois dá vida e conteúdo à norma da Parte Geral.

A Parte Especial é a sede à postura dos fatos puníveis, isto é, fatos que não podem ser mais tolerados pelo ordenamento jurídico, visto que contrastam com os fins do Estado, devendo-se assegurar condições básicas a indispensáveis à vida comunitária, para que se proceda ao progresso sociopolítico. O ilícito penal é sempre um fato contrário a uma postura ética, e seu número aumenta em razão do desenvolvimento social e econômico (incriminação), da mesma forma que determinados crimes passam a merecer só uma reprimenda civil (descriminalização). Repetindo Antolisei, no Direito Penal há uma finalidade não conservadora, mas propulsiva, sendo o legislador encarregado de estabelecer os comportamentos inconciliáveis com os fins do Estado e a sanção necessária para reprimi-los eficazmente.

A necessidade e a utilidade do estudo da Parte Especial estão na função integradora e complementar da Parte Geral em função primária e autônoma. Outrossim, só ordenando os objetos de estudo num sistema orgânico, poderemos resolver mais rapidamente muitas questões de caráter geral que não tinham uma solução exata em relação à Parte Especial. Ora, através da consideração unitária dos grupos a subgrupos de delitos, haverá uma grande economia de trabalho, visto que um determinado conceito geral pode ser aplicado a todos os casos idênticos da Parte Especial. Assim, as

7. Cf. Álvaro Mayrink da Costa, **Das penas curtas privativas de liberdade**, tese, UEG, 1965, 8.

noções de violência, grave ameaça, engano, fraude, subtração, apropriação, coisa alheia, arma, correspondência, coisa móvel, escritura, ato público, bandeira nacional etc. Buscamos na verdade a objetividade jurídica ou a individualização no fim da norma. Aliás, analisa bem Pisapia que os problemas da objetividade jurídica do crime são os problemas centrais, principais e secundários, gerais ou especiais, do Direito Penal. ◆

SENTENÇA ESTRANGEIRA E GLOBALIZAÇÃO: ACESSO À JUSTIÇA E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL*

ANTONIO DO PASSO CABRAL

Premiado na XXXVII Conferência de San Domingo - República Dominicana

1. INTRODUÇÃO – ACESSO À JUSTIÇA E PROCESSO

O direito processual pode ser definido, em termos extremamente simplificados, como o ramo do direito destinado a sistematizar os instrumentos para tutelar os direitos subjetivos feridos ou ameaçados de lesão, para que os interessados possam, de forma plena, buscar sua reparação em juízo, sendo este o objetivo principal do processo.

Anota DINAMARCO que os escopos do processo podem ser políticos, sociais e jurídicos. Juridicamente, o processo tem como finalidade a realização dos comandos legais. Politicamente, o processo atua como meio de pacificação de conflitos e, pedagogicamente, como educador da sociedade, evitando que as leis sejam descumpridas novamente, pela consciência geral de sanção através da tutela jurisdicional. Sua finalidade social, por outro lado, é a de permitir a participação do jurisdicionado nas decisões promanadas do Estado-juiz. É, neste particular, a função do processo a de verdadeiro agente da democracia.¹

Em todo o mundo a doutrina tem-se preocupado, nas últimas décadas deste século, com a efetividade do processo. Busca-se maximizar sua capacidade de responder prontamente, de forma célere, às demandas que são levadas ao Judiciário. Estuda-se como otimizar a eficiência do processo para restaurar as lesões aos direitos dos litigantes.

As maiores deficiências do processo - apontadas pelos estudiosos do tema - são a burocracia dos procedimentos e a lentidão do Poder

*Artigo vencedor do concurso anual para estudantes de Direito da *Inter-American Bar Association* no ano de 2001.

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, Malheiros, SP, 1994.

Judiciário, que acabam por desestimular o litígio aos menos favorecidos financeiramente, ao vislumbrarem o custo com a contratação de advogados e a demora para que se obtenha a prestação jurisdicional final. Certamente, os menos afortunados não podem arcar com as despesas que uma batalha judicial longa e impregnada de tecnicismo acarreta.

Ocupam-se, cada vez mais, os processualistas – e se trata de fenômeno universal – com a democratização e simplificação do processo, através de reformas legislativas. Esse movimento é consecutório, no âmbito do direito processual, do princípio do acesso à Justiça.

CAPPELLETTI foi o primeiro autor a dedicar-se, de maneira sistemática, ao tema, identificando as “três ondas do acesso à justiça”. Asseverou o autor peninsular que o amplo acesso à justiça passaria, necessariamente, por três fases, que denominou “ondas”.² A primeira “onda” agiria com o objetivo de permitir que todas as pessoas pudessem levar suas demandas ao Judiciário, ainda que desprovidas de recursos financeiros. Em decorrência, deve o Estado garantir mecanismos que viabilizem a proteção desses direitos. Surgem a assistência judiciária gratuita ou a via similar aos dos Juizados Especiais, Juizados de Pequenas Causas ou *Small Claims Courts*, em que a parte, para postular em juízo, não precisa constituir advogado de acordo com o valor da causa ou é dispensada do pagamento de despesas e custas processuais.

No entanto, a primeira onda permite tão-somente proteção ampla aos direitos individuais. Notou CAPPELLETTI que, na segunda metade deste século, começaram a surgir direitos que transcendem a pessoa do indivíduo, sendo metaindividuais. Exemplo desses “novos” direitos seria o direito ao meio ambiente saudável. Cabe menção a célebre frase do insigne jurista italiano, ao indagar-se “*a chi appartiene l’aria che respiro?*”.³ Não se pode determinar a titularidade de tais direitos, pelo que a segunda onda teria a finalidade de permitir que esses direitos pudessem ser tutelados em juízo, o que vem sendo realizado por instru-

² CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

³ CAPPELLETTI, Mauro. “Formazione sociali e interessi di gruppo davanti allá giustizia civile” in **Rivista di Diritto Processuale**, n° 30, p. 372.

mentos processuais tais como a Ação Civil Pública e a Ação Popular brasileiras.⁴

Finalmente, a terceira onda, compreendida a melhoria dos procedimentos com o fim último de otimizar a prestação jurisdicional, ao que o mestre italiano denominou um novo “enfoque do acesso à Justiça”.⁵ A terceira onda tem, por conseguinte, o escopo de satisfação do jurisdicionado, que é o destinatário final da prestação jurisdicional.

Nesta esteira de pensamento, com intuito de desburocratizar os procedimentos, foram introduzidas mudanças em muitos outros sistemas jurídicos, como no ordenamento processual português⁶ e no espanhol, embora na Espanha devam ser consideradas inúmeras críticas da doutrina em relação aos defeitos dos projetos de alterações bem como à forma de composição das comissões de elaboração dos textos.⁷ Percebe-se que a preocupação com a realização dos escopos do processo é tema que tem ocupado a pauta de inúmeros ordenamentos jurídicos no mundo, o que denota sua relevância e importância.

2. A GLOBALIZAÇÃO E O DIREITO MODERNO

O direito moderno vem sentindo o impacto voraz da globalização e de seus efeitos. Muitos conceitos tradicionais vêm sendo revisitados e redimensionados pelos reflexos deste fenômeno no âmbito das relações jurídicas. Criaram-se novas realidades, novos ambientes, novas formas de comunicação e, conseqüentemente, novas relações jurídicas. As implicações do processo de globalização podem ser observadas em diversos ramos da ciência do direito.

⁴ A ação popular, em especial, é instituto consagrado em inúmeros ordenamentos jurídicos e se destina a permitir o controle pela coletividade dos atos lesivos ao patrimônio público, podendo ser manejada por qualquer cidadão. A constituição portuguesa de 1976, em seu art. 48 diz que “todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direção dos assuntos públicos do país”, consagrado, em seu art. 52, a ação popular. A constituição espanhola de 1978 também consagra o instituto da *acción popular*, em seu art. 125. Institutos análogos foram positivados também na Itália, Alemanha e Bélgica, além da constituição brasileira a prever no seu art. 5º.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Op. Cit.*, p. 67.

⁶ FREITAS, José Lebre de. “*La Riforma Portoghese del Processo Civile*” in **Rivista di Diritto Processuale**, nº 3, julho-setembro, 1997, p. 921.

⁷ SOTELLO, José Luis Vázquez. “*L’Avanprogetto di una Nuova Legge del Processo Civile Spagnolo*” in **Rivista di Diritto Processuale**, nº 3, julho-setembro, 1998, p. 819.

Primeiramente, a globalização espalhou seus efeitos no direito constitucional. Axiomas basilares da construção doutrinária constitucional vêm-se erodindo constantemente. De pronto, salta aos olhos fenômeno decorrente da globalização e que provoca sérias implicações na atual conjuntura mundial: a regionalização. O mundo globalizado faz com que as relações econômicas tenham-se aproximado, gerando uma relação de interdependência financeira de tal porte que, para assegurar competitividade no mercado internacional, além de segurança e ajuda mútua em caso de crise mundial, os países venham-se reunindo em grandes blocos econômicos, como o Nafta, a União Européia e o Mercosul. Para a consecução dos objetivos colimados pela U.E., por exemplo, todos os países que a ela aderiram tiveram que abrir mão de parte de sua soberania – que é pilar axiológico do constitucionalismo – em seu favor.⁸⁻⁹

No campo do direito internacional, a regionalização vem causando um sem número de embates nos tribunais, principalmente no que tange à hierarquia dos tratados internacionais em face da legislação interna. A congregação de Estados em mercados comuns ou áreas de livre comércio necessita dos tratados internacionais para a uniformização de políticas e implementação de objetivos comuns aos países membros. No entanto, até que ponto a lei supranacional pode-se sobrepor até mesmo sobre a constituição dos países signatários? Esta é uma questão controvertida na Europa. Alguns países, como a Alemanha, não reconhecem a supremacia da lei internacional, afirmando a prevalência da norma interna constitucional. A questão da hierarquia dos tratados internacionais tem notável relevância também no campo do direito tributário para que as alíquotas comuns

⁸ Acerca do conceito de soberania e suas implicações atuais, confira-se GENRO, Tarso. “Democracia, Direito e Soberania Estatal” in **Anuário: Direito e Globalização, 1: a soberania**. Coord. Celso de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 135 e seguintes.

⁹ Além disso, o constitucionalismo, ao longo deste século, já sofrera transformações, despojado de sua feição liberal típica do Iluminismo e passando a proteger interesses sociais. Conseqüências deste movimento, as constituições dirigentes, que procuravam traçar metas e planos a serem seguidos pelo Estado não mais respondem à volatilidade e instabilidade da economia nacional em face da ordem internacional. A quebra de uma bolsa de valores no sudeste asiático ou mudança na política de entidades financeiras internacionais, como o FMI e o Banco Mundial, podem ter conseqüências catastróficas em relação às economias mais fragilizadas. Portanto, percebe-se a falência da constituição-dirigente, pois não pode mais o Estado traçar projetos rígidos às políticas econômicas e sociais, eis que não controla as forças que atuam no cenário mundial e que podem destruir quaisquer iniciativas de intervenções estatais. Sobre o tema, SARMENTO, Daniel. “Constituição e Globalização: a crise dos paradigmas do Direito Constitucional” in **Revista de Direito Administrativo**, nº 215, janeiro-março, 1999, p. 19.

estabelecidas no âmbito internacional tenham validade interna, sem constituírem afronta ao poder de tributar dos entes federativos nacionais e, ao mesmo tempo, fortaleçam os laços comerciais entre os países acordantes.

Também na seara do direito privado, o epicentro em torno do qual gravitara todo o direito obrigacional — a autonomia da vontade — vem sendo revisitado em todo o mundo. Sem embargo, o princípio da autonomia da vontade, em sua acepção clássica, consistia na liberdade dos indivíduos para contraírem obrigações, nas condições que determinassem entre si, desde que o fizessem voluntariamente. Os particulares, portanto, estabeleceriam os limites e medidas dentro dos quais seriam contidos seus interesses. Modernamente, tal liberdade vem sendo entendida *cum grano salis*, no sentido de que a vontade dos particulares deve ser iluminada e limitada pelos valores e princípios constitucionais vigentes no ordenamento jurídico, mesmo que estes preceitos sejam referentes ao direito público.¹⁰⁻¹¹⁻¹²

Impende ressaltar que, ao lado da globalização, com o avanço tecnológico e a evolução dos meios de comunicação observa-se uma tendência de universalização da cultura e do comércio. A internet aproxima as nações e as relações comerciais, criando novas problemáticas e despertando dúvidas e discussões acerca da aplicabilidade de conceitos tradicionais à nova realidade do ambiente virtual.¹³

Portanto, resta patente o que CAPPELLETI já atentava, anos atrás, e denominou de um “*rinnovato ‘universalisme’*”. Esse sintoma do direito mundial reclama uma redimensão de suas fronteiras, voltando-se os

¹⁰ Acerca das implicações do tema especificamente em relação aos aspectos da Comunidade Européia, confira-se CRUZ, Julio Baquero. “*Free movement and private autonomy*” in **European Law Review**, v. 24, n° 6, december, 1999, p. 603 e seguintes.

¹¹ Confira-se, sobre o tema, TEPEDINO, Gustavo. “A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)” in **Revista Forense**, n° 306, p. 73-78; GIORGIANNI, Michele. “*Il diritto privato ed i suoi attuali confini*” in **Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile**, 1961, p. 408; RIVERA, Julio César. “*El Derecho Privado Constitucional*” in **Revista dos Tribunais**, n° 725, março de 1996, p. 21; TEPEDINO, Gustavo. “Direitos Humanos e relações jurídicas privadas” in **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 56.

¹² Certamente que, sobre o tema, destaca-se a vasta obra, na doutrina italiana, da qual nos imitaremos a citar um artigo, de PERLINGIERI, Pietro, “*Norme Costituzionali e rapporti di diritto civile*” in **Rassegna do Diritto Civile**, n° 1, 1980, p. 110.

¹³ Sobre internet e comércio eletrônico, até com referências à realidade da União Européia, confira-se LLOYD, Ian J. **Information Technology Law**. London: Butterworths, 2000, p. 553; ANGEL, John e REED, Chris. **Computer Law**. London: Blackstone press, 2000, p. 472.

ordenamentos internos ao plano internacional para “*attribuire il maggiore rispetto possibile ai valori giuridici stranieri*”.¹⁴

3. EXECUÇÃO E EFETIVIDADE DO PROCESSO

Nesse contexto, insere-se a questão que vem levantada por nós neste trabalho, qual seja, de permitir maior efetividade ao processo civil, especialmente em relação ao processo de execução. Com efeito, o processo possui diferentes modalidades, como o processo de cognição (ou de conhecimento), processo cautelar e processo de execução. No entanto, não pode ser o instituto do processo estudado de forma isolada, desvinculado de sua aplicação e realização prática.

CARNELUTTI dizia que, enquanto o processo de conhecimento visa à transformação do fato em direito, porque se trata da espécie de processo em que o magistrado extrai dos fatos narrados pelas partes as devidas conseqüências jurídicas, pronunciando-se sobre quem tem razão acerca do conflito de interesses, o processo de execução é aquele que objetiva traduzir o direito em fatos, tornando sensíveis, na vida cotidiana, os comandos insertos nas sentenças.¹⁵

Vimos que os postulados de efetividade do processo impõem ao jurista que volte suas lentes para os resultados da prestação jurisdicional, que deve sempre ser capaz de restaurar lesões ao direito do jurisdicionado ou as prevenir. De fato, quando procura o Judiciário, busca o cidadão um provimento que lhe seja apto a conferir a tutela necessária para garantir, na esfera empírica, o que a lei, em tese, determina. CALAMANDREI assevera que o juiz, ao conferir ao comando abstrato do legislador conteúdo concreto, faz “*penetrare nelle leggi morte l’aria vivificatrice delle esigenze sociali in perpetuo moto di evoluzione*”.¹⁶

Todavia, a ninguém interessa uma sentença “belíssima”, magistralmente bem fundamentada, com respeito às formalidades legais, despida de quaisquer vícios, se esta decisão não puder ser realizada praticamente. O indivíduo deseja visualizar os efeitos das decisões judiciais. Tal eficácia so-

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Processo e Ideologie**. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 367.

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958, p. 283-284; No mesmo sentido, ASSIS, Araken de. **Manual do Aprocesso de Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2000, p. 64-66.

¹⁶ CALAMANDREI, Piero. “*Processo e Democrazia*” in **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano Editore, v. 1, p. 647.

mente será plena, caso o processo de execução possa pragmatizar o comando contido no título executivo, com a força que a lei lhe dá, conferindo a esta o “ar vivificador” a que se refere CALAMANDREI.

Norma e fato, posto que sejam conceitos distintos, não podem escapar de uma análise conjunta, mormente no que tange à atividade jurisdicional, que é, antes de mais nada, atividade protetora dos direitos do indivíduo e os deve abraçar e proteger do desrespeito que possam vir a sofrer, das violações que se consumam na realidade diária do jurisdicionado.

HABERMAS, na doutrina alemã, busca unir o jurídico-teórico e o fático explorando o que denomina “espaço público” — que compreende a sociedade, a cultura, a personalidade — sob o ponto de vista do discurso, da lógica comunicativa. Para ele, a aceitação social das normas dependia da comunicação intersubjetiva. Os intérpretes devem conjugar a norma com a realidade, estabelecendo “uma comunicação entre dois universos”, o teórico e o real, de forma a integrá-los.¹⁷ Nota HABERMAS uma tensão entre normatividade e facticidade, que pode ser mitigada por meio do discurso, gerando uma abertura da ação comunicativa, com pluralidade de atores e de posições (interpretações, críticas etc.) operando-se a convergência entre espaço público e sistema normativo.¹⁸

Também na doutrina espanhola há autores que defendem esta integração entre norma e fato. GUASP nota a correlação entre ambos quando aponta “*la interdependencia o solidariedad que existe entre ellos*”.¹⁹ VERDU doutrina os mesmos ensinamentos e proclama “*la necesidad de conexionar norma y realidad*”.²⁰

Porém, aponta parte da doutrina internacional que as normas processuais não estão acompanhando as mutações do direito material, posto que devessem caminhar ao seu lado. A velocidade das transformações do direi-

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. “Conhecimento e Interesse” in **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, v. XLVIII, 1ª Ed., 1975, p. 297-301.

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. “O Espaço Público e os Intérpretes da Constituição” in **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, nº 50, 1997, p. 94.

¹⁹ GUASP, Jaime. **Derecho**. Madrid: Hergon, 1971, p. 279, onde afirma a existência do “*fenómeno de la heterogénea pluralidad de intereses que se mueven en el mundo de la realidad social*”.

²⁰ VERDU, Pablo. **Introducción al Derecho Político: Lãs Transformaciones Sociales del Derecho Político Actual**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1958, p. 141. Cabe a ressalva que o mestre publicista espanhol atribui o papel de integração entre os elementos normativos e reais à constituição, não ao processo, enunciando que “*la constitución, en cuanto orden jurídica fundamental del Estado, realiza una importante función integradora*”. *Idem*, p. 142.

to substancial fazem com que o tempo seja um dos maiores inimigos do direito processual moderno.²¹ E, na medida em que as relações jurídicas mudam em progressão geométrica, o processo avança em progressão aritmética. E este patente descompasso em relação aos direitos que visa a proteger, faz com que o processo torne-se ineficaz, maculando, outrossim, a confiança social na sua capacidade de solucionar conflitos, causando desprestígio e descrédito para o Judiciário. O processo, portanto, diante da inoperância de seus mecanismos na salvaguarda dos direitos materiais vem assumindo papel de mero *torcedor*.²² Torce para que as relações jurídicas realizem-se sem que seja necessária sua atuação.

Afirma BUENO, ao formular exemplo de contrato de compra e venda de livros pela internet, que, atualmente, “o processo é esperança de que os livros cheguem no prazo ajustado e que o preço correspondente seja pago. Porque, se não chegarem ou se o valor da transação não for quitado, e descartada a ocorrência de um acordo entre as partes, não há processo para compor a esfera jurídica atingida”.²³

Não assumimos postura tão ceticista em face do processo e seus atuais mecanismos de tutela jurisdicional. No entanto, admitimos que reestruturações de antigos conceitos a novas realidades são urgentemente necessárias para operacionalizar a proteção dos “novos direitos” pelo direito processual e é com este objetivo que nos dispusemos a abordar o assunto, conciliando norma e realidade social.

O processo atual é processo de “resultados e realizações”.²⁴ Podemos afirmar, por conseguinte, que efetividade do processo e processo de execução são dois conceitos indissociáveis e, também em relação a este, e não somente quanto ao processo de conhecimento, devemos pregar a simplificação dos procedimentos e a otimização dos resultados do labor jurisdicional, como forma de garantir o amplo acesso à Justiça. É nesta perspectiva que abordaremos o tema tão intrincado como o da execução de sentença estrangeira, fugindo das concepções puramente positivistas, e bus-

²¹ Perceba-se, como prova desta assertiva, imenso aumento na utilização de medidas cautelares e medidas antecipatórias satisfativas na última década.

²² A expressão é de BUENO, Cássio Scarpinella. “Processo Civil e Globalização: notas de uma primeira reflexão”. in **Direito Global**. Coord. Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira, São Paulo, M. Limonad, 1999, p. 216.

²³ *Idem, ibidem*.

²⁴ *Idem*, p. 209.

cando integrar as regras legais com os princípios norteados da ciência processual e os problemas sociais em torno dos quais gravitam as controvérsias doutrinárias acerca do tema. Analisaremos, mais adiante, as soluções que já existem e formularemos propostas em torno do que poderia ser feito para resolver este intrincado problema.

4. EFICÁCIA DAS DECISÕES ESTRANGEIRAS, EXECUÇÃO E GLOBALIZAÇÃO

Não raro surge a necessidade de que uma decisão proferida em um país tenha que, necessariamente, produzir efeitos em outro Estado. Assim, impende que o legislador crie mecanismos para que seja reconhecida a eficácia das decisões estrangeiras no território nacional. Essa questão ganha contornos dramáticos diante do fenômeno da globalização e do progresso tecnológico, que, conforme mencionado, vem tornando as fronteiras entre os países cada vez mais estreitas, demandando dos juristas e legisladores do direito internacional e do direito processual soluções para o tortuoso problema da eficácia dos provimentos jurisdicionais alienígenas. KERAMEUS afirma que “*the volatility of modern population and permeability of contemporaneous society will necessarily require the results of judicial activity developed somewhere to become relevant beyond the place of origin, possibly everywhere*”.²⁵

Não caberia expor o imenso número de teorias que surgiram para justificar, racionalmente, o reconhecimento da eficácia dos provimentos estrangeiros, ante a impossibilidade de esgotar o tema em poucas páginas, pelo que nos limitaremos a analisar os sistemas adotados em diversos países tal como são, sem deixar a ressalva sobre a enorme divergência no que tange aos fundamentos jurídicos e extrajurídicos que ocupam a doutrina especializada.²⁶

No direito comparado duas grandes vertentes despontaram como sendo os modelos adotados no reconhecimento da eficácia das decisões estrangeiras. O primeiro destes sistemas é aquele que recusa ao ato estran-

²⁵ KERAMEUS. Konstantinos. “*Enforcement in the International Context*”, in **Recueil des Cours**, v. 264, Haia-Boston-Londres, 1997, p. 227.

²⁶ Sobre o tema, confira-se BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. V, Rio de Janeiro: Forense, 8ª Ed., 1999, p. 50, especialmente nota nº 4 com referências bibliográficas, onde aponta o mestre várias teorias, fundamentando a eficácia da sentença estrangeira no direito natural, na *comitas gentium*, na supremacia do direito internacional, na idéia de “comunidade de direito”, na doutrina dos direitos adquiridos, na sentença como *lex specialis*, dentre outras.

geiro eficácia análoga à das decisões internas e, pois, obriga o interessado em fazer valer no território nacional direito declarado pela Justiça de outro Estado a instaurar novo processo. Admite este sistema, no entanto, uma presunção em favor do litigante vitorioso na lide estrangeira, invertendo o ônus da prova em muitos casos. Este era o sistema do *common law*, que perdurou, na Inglaterra, até o **Foreign Judgements Act** de 1933, que o modificou substancialmente. É também o regime, até os dias de hoje, subsistente nos Estados Unidos e, embora haja diferenças em relação à legislação específica dos estados da federação,²⁷ pois a matéria escapa da competência do direito federal, cabe citar o **Restatement of Foreign Relations**, elaborado em 1986,²⁸ que sintetiza a posição do direito norte-americano no que diz respeito ao reconhecimento e execução de julgados estrangeiros.²⁹ Não participando os Estados Unidos de acordos internacionais a respeito, os autores têm-se pautado pelo célebre caso **Hilton v. Guyot**, de 1895,³⁰ onde se admitiu o reconhecimento de eficácia de sentença estrangeira com base na *comity*, ou cortesia internacional, mas definida pelo tribunal como não sendo uma obrigatoriedade absoluta.³¹

O segundo sistema é aquele que reconhece efeitos decisórios aos julgamentos do exterior, mas subordinam tal eficácia à realização de um ato a ser praticado por um órgão nacional,³² denominado de homologação (como no Brasil), *exequatur* (do latim, execute-se), *delibazione* (como na Itália) ou *enforcement*, nos ordenamentos de língua inglesa. Este modelo foi consagrado em muitos países e predomina no cenário mundial.³³ Não nos deteremos às

²⁷ *Idem*, p. 52.

²⁸ § 481 e seguintes; confira-se também o anterior **Restatement of Conflict of Laws**, § 98 e seguintes.

²⁹ Entre os Estados da Federação, no que tange ao reconhecimento das sentenças proferidas por cada um de seus tribunais locais, entende-se que há uma *full faith and credit clause* inclusa na Constituição Americana que obriga a aceitação recíproca das sentenças estaduais. Também releva o **Uniform Foreign Money Judgements Recognition Act**, de 1962. Sobre o tema, HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 55.

³⁰ 159 U.S. 113, 164.

³¹ HUCK, Hermes Marcelo. *Op. Cit.*, p. 56.

³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos, **Comentários ao Código de Processo Civil**. *Op. Cit.*, p. 53.

³³ Adotam este sistema, na América, por exemplo, a Colômbia (**Código de Procedimento Civil**, art. 695), Bolívia (**Código de Procedimento Civil**, art. 557), Panamá (**Código Judicial**, art. 1410), Argentina (**Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**, art. 346), Venezuela (**Código de Procedimento Civil**, art. 850), Guatemala (**Código Procesal Civil Y Mercantil**, art. 346) Em muitos destes países há outras disposições legais e convencionais que tratam da matéria. Na Argentina, por exemplo, há diversos tratados celebrados com outros países e que devem ser considerados como fonte a pautar a execução no país.

peculiaridades de cada ordenamento jurídico. Cingir-nos-emos, para os fins a que se destina o presente estudo, a apontar, neste segundo modelo, a necessidade da prática de um ato estatal para que o julgado alienígena produza efeitos, vale dizer, uma verdadeira sentença homologatória, veiculada em processo autônomo, devendo observar todos os entraves procedimentais existentes.

Neste momento, impende distinguir reconhecimento de execução de sentença estrangeira. O reconhecimento é a aceitação da eficácia da sentença alienígena no território nacional, sem importar, necessariamente em execução.³⁴ Por outro lado, para que haja execução, há necessidade de reconhecimento da eficácia da sentença. Relevante é notar que, enquanto não coberta por este ato homologatório, a decisão estrangeira não produz efeitos executórios, ou seja, não consubstancia título hábil a instaurar o processo de execução. Não se executa sentença estrangeira, mas sentença estrangeira homologada. Cabe menção, *verbi gratia*, ao art. 584, IV, do Código de Processo Civil brasileiro, expresso a respeito da homologação como requisito para revestir a sentença estrangeira da exequibilidade no país.³⁵ Entretanto, embora sejam conceitos, em teoria, diversos, execução de sentença estrangeira e sua homologação são, na prática (nos países que adotam esta como requisito para reconhecimento de sua eficácia), tópicos indissociáveis.³⁶

Dessa forma, a realização prática do comando contido na sentença, quando tiver que produzir efeitos em territórios estrangeiros, poderá depender da homologação desta decisão no exterior, o que significa que, muitas vezes, a efetividade do processo, sua eficiência na proteção aos direitos, ainda que cristalizados em sentença, poderá ficar subordinada a uma série de formalidades a serem praticadas pelos demais Estados.

Essa problemática da efetividade do processo ganha força com o avanço do direito internacional convencional. Como assinalamos anterior-

³⁴ A sentença pode ser utilizada, por exemplo como meio de prova. Outro exemplo em que o reconhecimento não gera necessariamente execução é aquele de ter sido a sentença homologada para invocar, no território nacional, a autoridade de coisa julgada ou litispendência em face de lide idêntica em curso no país da homologação.

³⁵ “Art. 584 – São títulos executivos judiciais: (...) IV – a sentença estrangeira, homologada pelo Supremo Tribunal Federal.”

³⁶ Não poderíamos deixar de mencionar, no que tange à sentença estrangeira, a obra de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Problemas e soluções em matéria de reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros” in **Temas de Direito Processual – 4ª Série**. São Paulo: Saraiva, 1898, p. 243.

mente, no plano internacional, a grande quantidade de tratados e convenções dispendo sobre relações de direito material merecem disciplina própria e atenção especial dos processualistas atualmente. Com efeito, as políticas externas comuns, bem como a colaboração mútua e a formação de grandes blocos econômicos tendem a aproximar ainda mais os nacionais dos países signatários destes documentos e a acentuar o fenômeno observado em decorrência da globalização. Não é desejável que sejamos vizinhos nos campos comercial, tributário e civil mas, no campo do direito processual, que é, em última análise, o instrumento tutelar dos demais ramos do direito, sejamos completos desconhecidos.

Decerto que não pregamos uma reformulação abrupta no direito dos ordenamentos positivos acerca da aceitação da eficácia sentencial estrangeira, até porque esta questão envolve variáveis não só de cunho jurídico, mas de ordem política. Pretendemos plantar a semente para que haja uma simplificação procedimental, analisando as soluções que já existem hoje em dia para, ao mesmo tempo em que continue com o Estado a prerrogativa de referendar as decisões alienígenas, para que produzam efeitos em sua esfera territorial, seja facilitada a consecução dos princípios de efetividade do processo, permitindo a entrega da prestação jurisdicional de forma mais célebre e eficiente.

5. SOLUÇÕES ATUAIS

5.1. A Integração das Américas

O processo integrador europeu alcançou níveis bem mais avançados do que o conseguido pelos Estados americanos, o que se reflete no estágio pouco avançado em que se encontra a questão na esfera do continente americano. Pela Convenção Americana de Direitos Humanos, lançaram-se as sementes da atual Corte Interamericana de Direitos Humanos, destinada a funcionar como instância supranacional, em matéria de direitos humanos em relação a seus signatários, sem efetiva atuação, até o presente momento, pela relutância de muitos países em aceitar sua jurisdição.³⁷

O reconhecimento de eficácia das sentenças já foi objeto do Código de Bustamante, firmado na Convenção de Havana de 1928, que estabelece, em seus arts. 423 e seguintes, regras acerca das sentenças estrangeiras. Posteriormente, o processo de uniformização da disciplina executória

³⁷ Confira-se dados sobre a Corte no site <http://corteidh-oea.nu.or.cr/ci/>

nas Américas, teve seu segundo grande passo na Convenção Interamericana sobre Eficácia Territorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, assinada em Montevideu, Uruguai, em 1979, mas que não chegou a ser efetivada vez que muitos países não a ratificaram, não sendo validada, portanto, no plano de seus ordenamentos internos.

O mais recente documento americano sobre o tema foi a Convenção de La Paz, na Bolívia, assinada em 1984, patrocinada pela Organização dos Estados Americanos, que buscou estabelecer regras básicas sobre a competência dos órgãos jurisdicionais para proferir sentenças que possam ser reconhecidas no exterior, com critérios baseados no domicílio das partes, local do cumprimento da obrigação, dentre outros. No entanto, tal solução não prosperou porque a Convenção deixa aberta a possibilidade de que o órgão jurisdicional onde se pretenda cumprir a sentença possa, lastreado em critérios próprios, aceitar ou negar a jurisdição do órgão prolator da decisão,³⁸ o que não representa avanços práticos na problemática da execução de sentença, ante à dificuldade de que parâmetros similares sejam adotados pelos tribunais dos Estados signatários ao realizarem esta deliberação.³⁹

5.2. As Opções Europeias

Em 27 de setembro de 1968, em Bruxelas, na Bélgica, foi firmada a convenção entre os Estados-Membros da então Comunidade Econômica Européia sobre Competência Judiciária e Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial, documento que, embora modificado posteriormente, ainda subsiste na atual União Européia. Cabe ressaltar que, por meio de um Protocolo firmado em 1971, decidiu-se que as questões relativas à interpretação das convenções e tratados deveriam ser submetidas à Corte Européia de Justiça, como é o caso da referida convenção.

Percebe-se, portanto, a primeira opção européia, que foi a de submeter a uma instância supranacional as questões referentes aos tratados comunitários e, pelo fato de a matéria procedimental estar contida em um de tais tratados, também se insere na competência da Corte Européia.

A Convenção de Bruxelas também objetivava permitir que sentenças proferidas em um país da comunidade pudessem ser homologadas nos demais de modo rápido e com baixos custos, substituindo os esquemas naci-

³⁸ HUCK, Hermes Marcelo. *Op. Cit.*, p. 97.

³⁹ Também releva notar as muitas causas de recusa do reconhecimento da eficácia do julgado estrangeiro e limitações quanto às matérias em que é aplicável a convenção (art. 6°).

onais de homologação e execução dos Estados-Membros. No entanto, o prisma através do qual tratou a Convenção do procedimento não parece ter alcançado seus objetivos pois que buscou o texto do tratado estabelecer regras de competência dos tribunais nacionais em relação a litígios que possuam algum conteúdo internacional. Relevante frisar que fixada a competência do tribunal pela convenção, a decisão por este prolatada produz efeitos quase que automaticamente⁴⁰ nos demais Estados signatários porque, salvo poucas exceções, não pode o tribunal da homologação examinar a competência do tribunal de que emanou a decisão.⁴¹ De fato, com a limitação da recusa ao reconhecimento e execução dos julgados estrangeiros, a convenção procurou assegurar plena fé e crédito (*full faith and credit*) aos julgamentos dos Estados-Partes.

No entanto, em opção infeliz do legislador, a verificação da competência ficou a cargo dos tribunais nacionais, que devem decidir se, segundo a convenção, detêm competência para julgar determinada lide, o que, como se verá, tem conseqüências desastrosas na tentativa européia de integração processual, que não vem sendo atingida por diversos motivos.

Primeiramente, a existência de uma instância supranacional, cuja jurisdição impõe-se aos tribunais nacionais, ainda que somente em relação a algumas matérias, não vem sendo pacífica dentro da União Européia. Há Estados que não reconhecem a supremacia da jurisdição e legislação comunitária sobre o ordenamento nacional, como a Alemanha, posição que vem sendo muito criticada em doutrina⁴² e também pelos advogados atuantes no âmbito comunitário, em vista das dificuldades que encontram ao prestar consultoria.

Ademais, apostou o legislador convencional em uma crescente e progressiva uniformização da legislação européia, o que não ocorreu ainda de forma satisfatória. Desta forma, a Convenção de Bruxelas gerou e ainda

⁴⁰ A homologação se dá pelo procedimento do registro, mais simplificado. Na Inglaterra, o Regimento da Corte trata o tema, especificamente em R.S.C. Ord. 71, rr. 25-34.

⁴¹ Sobre o tema, MORSE, C.G.J. "Competência e homologação de sentenças estrangeiras na Comunidade Econômica Européia". Trad. Anna Maria Villela. in **Revista de Informação Legislativa**. V. 26, n° 103, julho-setembro de 1989.

⁴² MEYRING, Bernd. "Intergovernmentalism and Supranationality: Two Stereotypes for a Complex Reality" in **European Law Review**, v. 22, n° 3, June, 1997, p. 221-247; Sobre *international litigation*, O'CONNELL, D.P. **International Law**. London: Stevens and Sons Limited, 1965, p. 1113 e seguintes.

gera enormes dificuldades de interpretação de seus preceitos e cláusulas, não só pelo Tribunal europeu,⁴³ como também no âmbito interno de cada Estado-membro, pois que, por vezes, os tribunais locais tendem a interpretar seus dispositivos de forma muito literal, não atentando para seu aspecto teleológico, segundo os objetivos buscados pela comunidade de Estados.⁴⁴

Na doutrina européia, com efeito, pregam muitos autores a atuação conjunta dos tribunais nacionais com a Corte Européia⁴⁵ no sentido de aproximar seus entendimentos. Porém, atentam os autores europeus para o fato de que a legislação comunitária, que tem muita força na União Européia, encontra obstáculos pela insistência, como ressaltamos anteriormente, dos Estados-Membros em não reconhecerem sua supremacia hierárquica sobre a legislação nacional e também em face de suas constituições, o que impede, muitas vezes, que o preceito internacional entre em vigor no âmbito interno.

HIMSWORTH aponta alguns fatores que considera essenciais para a efetivação de uma cooperação comunitária em matéria processual, dentre eles de que *“the E.C. rules must be effectively and uniformly transposed into the legal systems of the Member States”*,⁴⁶ que os tribunais nacionais devem *“enforce E.C. law in their own jurisdictions”*⁴⁷ e também assevera ser a *“primary responsibility of the national court to ensure that E.C. law is uniformly applied”*.⁴⁸

Na Corte Européia, o caso que continua a ser o norte dos julgadores a respeito do procedimento é o caso **Rewe**,⁴⁹ onde se fixou entendimento no sentido de que na ausência de lei comunitária, cabe à legislação nacional

⁴³ SEATZU, Francesco. *“The meaning of ‘some parties’ in article 21 of the Brussels Jurisdiction and Judgements Convention”* in **European Law Review**, v. 24, nº 5, october, 1999, p. 540.

⁴⁴ MORSE, C.G.J. *Op. Cit.*, p. 315.

⁴⁵ Em relação à América Latina, vide DINAMARCO, Cândido. *“A função das Cortes Supremas na América Latina”* in **Revista Forense**, v. 342, abril-junho, 1998, p. 3.

⁴⁶ HIMSWORTH, Christopher M.G. *“Things Fall Apart: The Harmonisation of Community Judicial Procedural Protection Revisited”* in **European Law Review**, v. 22, nº 4, august, 1997, p. 293.

⁴⁷ *Idem*, p. 294.

⁴⁸ *Idem*, p. 295

⁴⁹ Case 33/76 **Rew v. Landwirtschaftskammer Saarland** [1976] E.C.R. 1989; [1977] 1 C.M.L.R. 533.

designar os tribunais competentes e determinar os procedimentos cabíveis,⁵⁰ o que foi reiterado mais recentemente no caso **Peterbroeck**.⁵¹ Sem embargo, é louvável o grande esforço da Corte Europeia em harmonizar o entendimento acerca dos procedimentos na U.E. No entanto, passados mais de 20 anos desde a fixação do precedente até hoje invocado pela Corte, o **Rewe case**, não houve uma integração da legislação comunitária que responda aos anseios de inovação que o processo moderno insta dos aplicadores do direito e que a própria Corte esperava que ocorresse.⁵² E, enquanto não se realizar esta padronização legislativa, ou enquanto não voltarem os tribunais locais seus olhos para a esfera comunitária, as soluções europeias não parecem responder, satisfatoriamente, ao problema.⁵³

5.3. Execução de Sentença no Mercosul

Pelo Tratado de Assunção, firmado por Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai em 26 de março de 1991, institui-se o Mercosul, o Mercado Comum do Sul, do qual este documento é o instrumento jurídico fundamental. Trata-se de um acordo que não cria um mercado comum, mas define os objetivos buscando a integração e os mecanismos para atingi-lo.⁵⁴ Como escopo principal do bloco, está a formação de um amplo espaço econômico integrado, cuja primeira etapa consiste na existência de uma união aduaneira, que se consolidará, paulatinamente, até alcançar etapas mais avançadas de integração econômica.⁵⁵

⁵⁰ Atestou a Corte Europeia: “*In the absence of Community rules on this subject, it is for the domestic legal system of each Member State to designate the courts having jurisdiction and to determine the procedural conditions governing actions at law intended to ensure the protection of the rights (...)*”

⁵¹ Case C-312/93 **Peterbroeck van Campenhout SCS & Cie v. Belgium** [1995] E.C.R. I-4599; [1996] 1 C.M.L.R. 793.

⁵² O precedente inicia-se com as palavras “*in the present state of Community law (...)*”, denotando a crença do próprio tribunal em um desenvolvimento da legislação europeia. No mesmo sentido, HIMSWORTH, Christopher M.G. *Op. Cit.*, p. 306.

⁵³ Acerca das dificuldades de padronização da legislação europeia sobre internet e comércio eletrônico, confira-se, REED, Chris. **Internet Law: text and materials**. London: Butterworths, 2000.

⁵⁴ O texto desse tratado consta de ARAÚJO, Nádia de *et alii*. **Código do Mercosul – Tratados e Legislação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; Sobre Mercosul, PEREIRA, Ana Cristina Paulo. **Direito Institucional e Material do Mercosul**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

⁵⁵ Segundo o Ministério das Relações Exteriores do Brasil, “o programa de liberalização comercial do Mercosul proporcionou, nestes últimos oito anos, um ímpeto sem precedentes no comércio intra-zona. O comércio regional entre os membros do bloco cresceu cerca de 300% entre 1991 e 1999, chegando, no final do ano passado, à casa dos 18 bilhões de dólares. A título de compa-

Posteriormente, pelo Protocolo de Ouro Preto, de 16/12/94, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 192 (DJ de 18/12/95), o Mercosul avançou ainda mais no sentido da integração do bloco, acordando os países signatários a criação de órgãos decisórios de caráter intergovernamental, sistema consensual de tomada de decisões, sistema arbitral de solução de controvérsias, e o reconhecimento da personalidade jurídica de direito internacional do Mercosul, permitindo que o bloco possa negociar, em nome próprio, acordos com outros Estados, grupos de países e organismos internacionais.

Todavia, não obstante os avanços obtidos pelo Protocolo de Ouro Preto, a integração dos países do Mercosul necessitava de algo mais. Certamente que a homologação de sentença estrangeira configurava - e ainda se afigura - ponto de suma importância para que as relações entre os países-membros possam-se estreitar, visto que a proteção do processo a possíveis violações ou desrespeito a este vínculos jurídicos é fator de fomento e segurança para a celebração de contratos, por exemplo, eis que seriam desestimulantes quaisquer negociações se os envolvidos visualizassem demora, lentidão e burocracia caso necessitassem do processo para corrigir eventual inadimplemento.

Assim, a padronização e simplificação dos procedimentos estabelecidos em lei para a homologação de sentença estrangeira, no âmbito comunitário, configura potente e talvez a mais viável das soluções ao problema da executividade das decisões.

Nessa esteira, pelo Protocolo de Las Leñas, assinado em 27/06/92 e aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 55 (DJ de 28/05/95), os Estados-Partes do Mercosul estabeleceram roupagem ágil⁵⁶ para o cumprimento das cartas rogatórias expedidas pelas autoridades dos demais Estados membros. Convencionou-se, igualmente, que as próprias sentenças e os laudos arbitrais de um país serão executados perante a autoridade dos de-

ração, vale destacar que esse mesmo comércio aumentara apenas 60% entre 1980 e 1991. As trocas comerciais entre o Brasil e seus parceiros tem-se desenvolvido continuamente, a uma média anual de 20% nos últimos seis anos. Resultado natural dessa nova prosperidade regional, aumentou muito o número de parcerias empresariais nos quatro países. Apenas as *joint ventures* entre empresas brasileiras e argentinas já totalizavam, em 1997, investimentos de cerca de 2 bilhões de dólares.” Dados disponíveis no site www.mre.gov.br.

⁵⁶ Para o confronto entre o procedimento do tratado e o procedimento normal para as demais cartas rogatórias fora do âmbito do Mercosul, confira-se **Cartas Rogatórias - Manual de Instruções para cumprimento**. Brasília: Ministério da Justiça, 1990.

mais países do Mercosul mediante o procedimento célere da carta rogatória, evitando o processo — mais formal e mais demorado — estabelecido em lei para a homologação de sentenças estrangeiras. Estas recentes disposições além de já integradas à legislação brasileira, receberam selo de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.⁵⁷

Cabe destacar patente inovação com objetivo de tornar efetiva a tutela dos direitos no âmbito do Mercosul contida ainda no Protocolo de Ouro Preto, no que tange às medidas cautelares, superando o paradigma tradicional da doutrina e jurisprudência brasileira no sentido de que atos executórios determinados por autoridade judiciária estrangeira somente poderiam ser cumpridos no Brasil se provindos de sentença definitiva (nunca de medida com caráter provisório, fundada em decisão interlocutória, seja cautelar ou satisfativa).

No âmbito do Mercosul, modificou-se totalmente tal concepção, já que o texto do Protocolo regulamenta, em seu art. 1º, “o cumprimento de medidas cautelares destinadas a impedir a irreparabilidade de um dano em relação às pessoas, bens e obrigações de dar, de fazer ou de não fazer”,⁵⁸ como também as “preparatórias, incidentais de uma ação principal e as que garantam execução de uma sentença”, consoante o disposto no seu art. 3º, que poderão ser executadas mediante carta rogatória (art. 18). Abrange, pois, o texto legal, não somente as medidas cautelares, mas todas as medidas de urgência (incluindo as antecipatórias).

Dessa forma, o Protocolo estabelece uma “cooperação cautelar”, um avanço sem precedentes na integração processual dos países signatários, vez que simplifica, de maneira louvável, o procedimento executório das decisões judiciais — e, vale lembrar, de todas elas e não tão-somente as sentenças — locando-o no âmbito das cartas rogatórias, desvinculando tal execução das exigências do processo de homologação. Ressalte-se que o protocolo expressamente vetou esta possibilidade em seu art. 19, ao estatuir

⁵⁷ Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 7.618-8, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 09/05/97. No entanto, o STF, embora admita a simplificação do procedimento, não abriu mão da prerrogativa estatal de controlar o julgado estrangeiro. Nesse sentido, Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 7613, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 03/04/97.

⁵⁸ Com efeito, essas medidas poderão advir, conforme o preceito do art. 2º, de “processos ordinários, de execução, especiais ou extraordinários, de natureza civil, comercial, trabalhista e em processos penais, quanto à reparação civil”.

que “não será aplicado no cumprimento das medidas cautelares o procedimento homologatório das sentenças estrangeiras”.⁵⁹

6. CONCLUSÃO

Analisando comparativamente os modelos adotados em outros grupos econômicos, o sistema do Mercosul parece ser aquele que melhor responde aos apelos da doutrina processual de que uma resposta rápida seja dada ao problema da execução de sentença estrangeira.

Foge o regime do Mercosul das complicações surgidas na Europa sobre a prevalência da lei comunitária sobre a constituição nacional e evita, outrossim, a instauração de instâncias com jurisdição supranacional, cuja implantação é problemática e origina outros entraves, que envolvem variáveis políticas, como o reconhecimento de sua legitimidade, como vimos anteriormente.

A solução do Mercosul mantém, em grande parte, o controle estatal sobre a eficácia dos julgados estrangeiros, mas simplifica seu procedimento, agiliza o processo de execução de decisões estrangeiras, estabelecendo verdadeira “cooperação internacional”⁶⁰ e caminha cada vez mais para a consecução dos postulados de efetividade do processo, compreendido como instrumento protetor e realizador dos direitos do homem. ◆

⁵⁹ Cabe menção ainda ao Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em matéria contratual, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 129/95. Confira-se ARAÚJO, Nádia de *et alii*. *Op. Cit., passim*.

⁶⁰ Confira-se DINAMARCO, Cândido. “O Futuro do Direito Processual” *in* Revista Forense nº 336, outubro-dezembro, 1996, p. 27.

OBSERVAÇÕES SOBRE COMPETÊNCIA

JURISDICIONAL

A NATUREZA DA COMPETÊNCIA DOS JUÍZOS DESCENTRALIZADOS – VARAS ESTADUAIS REGIONAIS E VARAS FEDERAIS DO INTERIOR

WILNEY MAGNO DE AZEVEDO SILVA

Professor da EMERJ. Juiz Titular da 2ª Vara Federal da Cidade do Rio de Janeiro

Como é de todos sabido, competência é a possibilidade legal de exercício da função jurisdicional, por um órgão do Poder Judiciário, em um determinado processo. Incumbe à lei¹ fixar a competência. É uma simples divisão legal do “trabalho jurisdicional” – com que a lei ora permite, ora proíbe o exercício da jurisdição por um dado órgão judicial –, cujo propósito é garantir a eficiência no desempenho da mencionada função de soberania.

A lei se desincumbe desse mister – isto é, fixa a competência –, mediante o emprego de critérios bem definidos. Desses, alguns são fundados na relação jurídica *material* litigiosa submetida à apreciação jurisdicional (o litígio) – e, por isso, denominados de critérios *materiais* de fixação da competência. Os demais são baseados na relação jurídica *funcional* destinada ao exercício da jurisdição – o processo – e são, por isso, denominados de critérios *funcionais* de fixação da competência.

Os critérios *materiais* de fixação da competência – isto é, aqueles fundados em elementos do conflito submetido ao exame jurisdicional – são:

1. a natureza do litígio posto em causa (*ratione materiae*);
2. a qualidade das pessoas envolvidas no conflito de interesses (*ratione personae*); e,
3. o local relacionado ao litígio (*ratione loci*)².

¹ As referências à *lei*, no texto, devem ser compreendidas em sentido lato: ato normativo geral e abstrato.

² É o *aspecto territorial da competência*, impropriamente denominado de “competência territorial”. Os locais relacionados ao litígio são: o de consumação da suposta infração; o de situação da coisa litigiosa; os de domicílio dos litigantes; e, o de eleição contratual (que, a rigor, é um local de domicílio escolhido pelos litigantes).

Já os critérios *funcionais* de fixação da competência – ou seja, aqueles pertinentes à relação processual (funcional) que viabiliza o exercício da jurisdição – são:

1. as fases por que passa o processo (postulatória, instrutória, decisória e executória)³;

2. os atos processuais praticados em cada fase processual – denominados, pela doutrina, de “objetos do juízo”⁴; e, por fim,

3. os graus de jurisdição por que passa o processo⁵.

Os critérios funcionais de fixação da competência demonstram peculiar relevância, especialmente, nas situações em que é preciso “distribuir o trabalho jurisdicional”, no mesmo processo, entre mais de um órgão (juízo), ou mais de um agente (juiz) da função em exercício.

Todos os critérios mencionados – isto é, os três de natureza material e os três de caráter funcional, acima referidos – são utilizados pela lei, em cada um dos três níveis sucessivos do processo de fixação de competência: a fixação da competência da Justiça, da competência do foro e da competência do juízo.

Em outras palavras: a fixação legal da competência atravessa três etapas, cuja ordem lógica implica uma gradativa especialização, e nas quais a lei emprega **todos** os critérios de fixação antes mencionados.

Isso se deve ao fato de que, na verdade, os referidos critérios constituem aspectos de cada competência: Há aspectos materiais e funcionais da competência da Justiça: aspectos materiais e funcionais da competência do foro; e, por fim, aspectos materiais e funcionais da competência do juízo.

É possível ilustrar essa afirmação com o exemplo da competência do juízo do Tribunal do Júri da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. Esse juízo é competente para:

1. as fases postulatória, instrutória e decisória⁶ do processo e julgamento⁷,

³ *Aspecto funcional horizontal da competência* a que a doutrina atribui a imprópria denominação de “competência funcional horizontal”.

⁴ *Aspecto funcional horizontal da competência* a que a doutrina atribui, também, a imprópria denominação de “competência funcional horizontal”.

⁵ *Aspecto funcional vertical da competência*, impropriamente conhecido como “competência funcional hierárquica” ou “vertical”.

⁶ Não para a fase executória, cuja competência é da Vara de Execuções Penais.

⁷ *Aspecto funcional* da competência do juízo, referente às fases do processo.

2. em primeiro⁸ grau de jurisdição⁹,
3. dos crimes dolosos contra a vida¹⁰,
4. supostamente praticados, em local situado na Comarca da Capital¹¹,
5. por réus que não disponham de juízo por prerrogativa de função¹², e em detrimento de bens, interesses ou serviços de particulares ou de entes públicos não federais¹³ (14);
6. com precisa definição¹⁵ dos atos processuais que podem ser praticados pelos vários juízes¹⁶ que integram aquele órgão jurisdicional¹⁷.

Como visto, a competência do Júri envolve aspectos materiais e funcionais, motivo por que é juridicamente impróprio, *data venia*, afirmar, por exemplo, que a competência desse juízo é *ratione materiae*, funcional, ou algo que o valha.

Aliás, renovadas as vênias, é uma impropriedade técnica aludir, até mesmo, a competência material, funcional, hierárquica, horizontal, territorial, *ratione personae*, ou quejando. Tais conceitos são completamente insubsistentes, uma vez que a competência da Justiça, do foro ou do juízo envolve a interação de todos os seis aspectos antes mencionados. Assim é que a competência do Júri da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, não somente é *ratione materiae*, como também, *ratione personae*, *ratione loci*, e funcional (horizontal e originária). A indicação, pois, de apenas algum(ns) desses aspectos, para informar a natureza da competência desse juízo, revelar-se-ia equivocada, por evidente omissão.

Cumprе reconhecer, portanto, que cada um dos três níveis básicos da competência – Justiça, foro e juízo – é definido, em última análise, pela interação dos aspectos materiais e funcionais estabelecidos em lei.

⁸ Não para o segundo grau de jurisdição, cuja competência é do Tribunal de Justiça.

⁹ *Aspecto funcional* da competência do juízo, referente ao grau de jurisdição.

¹⁰ *Aspecto material ratione materiae* da competência do juízo, referente ao bem jurídico tutelado.

¹¹ *Aspecto material ratione loci* da competência do juízo, referente ao local de consumação da infração penal.

¹² Porque, se houver agente com prerrogativa de função, a competência é do Tribunal (de Justiça, Regional Federal, Superior ou Supremo) indicado por norma constitucional específica.

¹³ Porque, em caso contrário, a competência seria de um júri federal.

¹⁴ *Aspecto material ratione personae* da competência do juízo, referente aos protagonistas (agressor e vítima) do litígio.

¹⁵ A discriminação envolve, por exemplo, as respostas aos quesitos, que cabem aos jurados, e não ao juiz-presidente; e, a solução das questões preliminares formais suscitadas em Plenário, a fixação da pena, e a lavratura da sentença, que cabem ao juiz-presidente, e não aos jurados.

¹⁶ Os juízes presidente (togado) e integrantes do Conselho de Sentença (jurados leigos).

¹⁷ *Aspecto funcional* da competência do juízo, referente aos “objetos do juízo”.

E, isso ocorre, etapa a etapa.

Assim, todos os mencionados critérios incidem, de início, para fixar a **Justiça competente** (Justiça federal ou estadual, comum ou especializada), na forma do que dispõem as *normas constitucionais* cabíveis.

Consultam-se, em seguida, *normas legais ordinárias nacionais*¹⁸, que orientam a incidência de todos aqueles mesmos critérios, para a fixação do **foro competente** (comarca, seção judiciária, zona eleitoral *etc.*). E, para isso, é preciso que se tenha identificado, de antemão, a Justiça competente. Afinal, foro é a unidade territorial mínima de organização de uma dada estrutura judiciária. Assim, na Justiça estadual, o foro é a *comarca*. Mas, na Justiça federal, o foro é a *seção judiciária*; e, na Justiça eleitoral, o foro é a *zona eleitoral*. Como saber, então, que foro é o competente, sem, antes, definir a Justiça apta para o julgamento da causa?

Somente após as duas etapas anteriores é que se alcança, por fim, a fixação do **juízo competente** – para o que, incidem todos os mesmos critérios referidos, de acordo com as *normas legais ordinárias e administrativas de organização judiciária federais ou estaduais*, conforme o caso¹⁹. E, a prévia definição do foro é premissa imprescindível para essa última etapa do processo de fixação da competência, uma vez que, o juízo natural, legalmente apto para o processo e julgamento da causa, deve ser encontrado nos limites geográficos de um determinado foro – uma comarca, uma seção judiciária, ou uma zona eleitoral.

Cabe repetir, pois, para maior clareza da exposição: todos os critérios legais acima mencionados incidem em cada uma das três etapas de fixação da competência. Eles interagem para definir a Justiça, o foro e o juízo competentes – nessa ordem, e, sempre, de acordo com as diretrizes firmadas pelas normas jurídicas cabíveis (constitucionais²⁰, nacionais²¹ e federais²² ou estaduais²³).

¹⁸ São as normas editadas pelo Congresso Nacional cujo âmbito de incidência supera os limites da órbita federal do Estado brasileiro – o Código de Processo Civil, ou o Código de Processo Penal, por exemplo.

¹⁹ Por exemplo, o Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado, ou a Lei n.º 5.010/66, bem como, as Resoluções e Regimentos internos dos Tribunais estaduais ou federais.

²⁰ Aplicáveis à Justiça competente.

²¹ Aplicáveis ao foro competente.

²² Aplicáveis ao juízo competente. *Normas federais* são as editadas pelo Congresso Nacional cujo âmbito de incidência se restringe aos limites da órbita federal do Estado brasileiro – como a Lei n.º 5.010/66, por exemplo.

²³ Aplicáveis ao juízo competente.

Assim, por exemplo, é perfeitamente possível convir com a incidência do critério *ratione loci* nos três níveis de fixação da competência.

A fixação da Justiça competente é influenciada pelo critério territorial²⁴, v.g., na situação apontada pela norma do artigo 109, parágrafo 3º, da Constituição da República. Uma causa previdenciária pode ser ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social, perante a Justiça estadual, se o demandante tem domicílio em comarca que não é sede de juízo federal. O aspecto do litígio que permite a fixação da competência da Justiça estadual, na situação do exemplo, é o *domicílio do demandante* – um dos locais relacionados ao conflito de interesses.

O mesmo critério *ratione loci* opera efeitos óbvios na fixação do foro competente. É o que pode ser extraído, por exemplo, na situação indicada pela norma do parágrafo 1º do artigo 94 do Código de Processo Civil: “Tendo mais de um **domicílio**, o réu será demandado no foro de qualquer deles”²⁵.

E, por fim, o mencionado critério territorial influencia, também, a fixação do juízo competente nas situações indicadas no artigo 16, alínea c, do Código de Organização Judiciária do Estado do Rio de Janeiro – que ensejou a instalação de juízos regionais na comarca da Capital desse Estado²⁶:

“A criação de novas varas, nas comarcas da capital e de segunda entrância, será feita:

(...)

c) por descentralização, quando o exigir expressiva concentração populacional em núcleo urbano situado em região ou distrito afastado do centro da sede da comarca, cuja distância em relação ao foro local torne onerosa ou dificulte a locomoção dos jurisdicionados.”

É forçoso reconhecer, por conseguinte, a inexistência da chamada “competência territorial”, ou “em razão do território” – expressões empregadas em normas como a do artigo 111 do Código de Processo Civil. O conceito de “competência territorial” é incompreensível – a não ser que se pretenda extrair da expressão a idéia de eficácia territorial da competência,

²⁴ *Ratione loci.*

²⁵ O grifo foi acrescentado.

²⁶ Artigo 94, inciso X, e parágrafos 3º e 4º, do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro.

o que, no entanto, é absolutamente inconstitucional, já que, por a jurisdição ser expressão da soberania nacional, a eficácia espacial da competência abrange todo o território nacional²⁷.

Cabe repetir: **Não faz sentido tratar de uma suposta competência territorial. Possível, isso sim, é considerar o aspecto territorial de fixação da competência.** Isso porque, como visto nos exemplos acima indicados, o aspecto *ratione loci* influencia os três níveis básicos da competência. Em outras palavras, **há um aspecto territorial na fixação da competência da Justiça, da competência do foro, e da competência do juízo.**

Assim, a rigor, nada significa afirmar que a competência territorial é relativa ou absoluta. *Rogata venia, o que importa é saber se o aspecto territorial da competência da Justiça, do foro ou do juízo pode ou não ser modificado.*

É costume denominar de competência absoluta aquela insuscetível de prorrogação, pelo que, não pode ser modificada por acordo entre as partes. Relativa é, pois, a competência prorrogável, passível de alteração por convenção entre as partes.

Cumpra, porém, interpretar adequadamente essas afirmações. A competência (de Justiça, de foro ou de juízo) resulta da interação de seis fatores básicos, muitos dos quais não podem ser objeto de modificação, por acordo entre as partes, mesmos nos casos da chamada competência relativa.

Assim, na verdade, **competência relativa** é aquela em que é juridicamente viável modificar, mediante consenso, apenas, alguns aspectos de sua fixação. Contrariamente, **competência absoluta** é aquela cujos aspectos de fixação não podem ser modificados por acordo entre as partes.

Indicados pelo artigo 111 do Código de Processo Civil, os aspectos de fixação da competência passíveis de modificação consensual tratam do valor da causa²⁸ e do local relacionado ao ilícito²⁹.

²⁷ Ou seja, definido o juízo competente – para o que, concorre, entre outros, um aspecto concernente ao local relacionado ao litígio (territorial, ou *ratione loci*) –, suas decisões terão eficácia em *tudo* o território nacional, onde for necessário. Lamentavelmente, já existem, no entanto, exemplos da mencionada inconstitucionalidade em leis ordinárias nacionais, como se pode verificar na atual redação do artigo 16 da Lei nº 7.347/85, introduzida pela Lei nº 9.494/97.

²⁸ O aspecto *ratione valorum* de fixação da competência é um exemplo de aplicação do critério *ratione materiae*. O valor da causa indica, basicamente, a expressão econômica do dano resultante do ilícito. Ele denota, por conseguinte, a maior ou menor gravidade econômica da infração, um aspecto determinante da *natureza do litígio (ratione materiae)*. Cumpra lembrar, porém, que a modificação da competência, relacionada ao aspecto *ratione valorum*, pode operar, tão-somente, “de mais para menos” – isto é, um juízo competente para julgar causas acima de determinado

Cumpra observar, desde logo, que a alteração viabilizada pela referida norma do *codex* de Processo permite a eleição do **foro** competente – isto é, *influencia a fixação da competência do foro*:

*“A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, **elegendo foro** onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.”*³⁰

E, *data venia*, não poderia ser de outro modo. Afinal, a competência da Justiça é definida por normas constitucionais, e, a de juízo, por normas federais ou estaduais de organização judiciária. Não caberia, portanto, à lei ordinária nacional dispor sobre tema que não se cingisse, efetivamente, à competência do foro – sob pena de violação da reserva constitucional respectiva: incumbe à própria Constituição da República dispor sobre a competência da Justiça³¹; ao Estado-Membro dispor sobre sua própria organização judiciária – e, por isso, disciplinar a competência dos juízos estaduais³² –; e à lei federal dispor sobre a competência do juízo, no âmbito da organização judiciária federal³³.

Assim, vale repetir: *a alteração do aspecto **ratione loci** de fixação da competência, admitida pela lei ordinária nacional, permite que as partes escolham, consensualmente, o foro onde o processo se deve desenvolver.* A norma do artigo 111 do Código de Processo Civil é clara: **Autor e réu podem eleger a comarca ou a seção judiciária competente – o foro –, não a Justiça ou o juízo capaz de exercer jurisdição no processo.**

A única possibilidade de modificação da competência do juízo federal, acatada mediante interpretação sistemática das normas dos artigos 111 e 114, ambos do Código de Processo Civil, é aquela fundada no aspecto *ratione valorem* – para permitir que um determinado órgão judiciário, com-

valor pode decidir, também, causas que se situem abaixo dessa alçada; mas, um juízo que só possa julgar causas até certo nível econômico não pode fazê-lo, em relação a causas que se enquadrem acima desse mesmo valor.

²⁹ O aspecto *ratione loci* de fixação da competência.

³⁰ Artigo 111 do Código de Processo Civil. O grifo foi acrescentado.

³¹ Artigos 92 a 126 da Carta.

³² Artigo 25, *caput*, da Constituição da República.

³³ Artigo 22, inciso XVII, da Constituição da República.

petente, em princípio, para julgar causas acima de determinado valor, possa também fazê-lo, em relação a causas que se situem abaixo dessa mesma alçada. Atualmente, porém, essa hipótese não incide, no âmbito da Justiça federal, ante a inexistência de previsão legal de fixação da competência de juízo federal mediante o concurso do critério *ratione valore*³⁴.

Cabe concluir, portanto, que, em relação à competência federal, é juridicamente viável que as partes elejam, tão-só, a seção judiciária competente para o processo e julgamento do litígio – jamais, o juízo nela situado. E, o mesmo pode ser afirmado, também, no que toca à Justiça estadual: as partes podem escolher, consensualmente, a comarca onde a causa será processada e julgada – não o juízo competente, ali localizado.

Hoje, os limites da seção judiciária equívalem aos do território de um Estado-Membro: “Cada um dos Estados e Territórios, bem como o Distrito Federal, constituirá uma Seção Judiciária, tendo por sede a respectiva Capital.”³⁵

Ocorre que, por efeito do recém iniciado processo de interiorização por que passa a Justiça Federal, no País, instituíram-se juízos federais em Municípios diversos das Capitais dos Estados. Essa medida foi considerada útil para melhor observância do princípio constitucional do acesso à justiça, e resultou na implantação de uma estrutura judiciária federal extremamente similar àquela já existente na Justiça de alguns Estados – como, por exemplo, nas comarcas da capital de São Paulo e do Rio de Janeiro, onde existem, hoje, vários juízos regionais ou distritais, situados em circunscrições periféricas, dentro dos limites geográficos daqueles Municípios.

Cumprir observar, porém, que, do mesmo modo como ocorreu no contexto da organização judiciária dos referidos Estados, o mencionado processo de interiorização da Justiça federal cuidou de melhor distribuir os órgãos judiciários federais *no espaço geográfico das respectivas seções judiciárias* – ou seja, implicou, não a instituição de novos foros, mas a implantação (ou redistribuição) de juízos no âmbito espacial do mesmo foro já existente (a seção judiciária).

Assim, por exemplo, no que toca à seção judiciária do Estado do Rio de Janeiro, não há distinção **de foro** entre as Varas localizadas na capital e aquelas que se situam nas cidades de Niterói, São João de Meriti ou Nova

³⁴ E, isso pode ser afirmado, mesmo após a instalação do Juizado Especial Federal, noticiada para breve.

³⁵ Artigo 3º da Lei nº 5.010/66.

Friburgo. São, todas elas, juízos federais distribuídos no espaço geográfico do mesmo foro – a seção judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Qualquer questão, pois, que diga respeito à competência desses órgãos é tema concernente à **competência de juízo**, não à competência do foro. Afinal, este é o mesmo, para todas elas.

Vale lembrar que foro é a unidade territorial mínima com que se organiza, administrativamente, uma estrutura judiciária: é a comarca, na Justiça estadual; a seção judiciária, na Justiça federal comum; e, a zona eleitoral, na Justiça eleitoral.

Indagar, pois, v.g., acerca da competência de uma Vara federal da cidade do Rio de Janeiro e outra da cidade de Niterói, para o processo e julgamento de uma certa causa, implica questionar, não a competência do foro – pois, ambas as Varas situam-se na mesma seção judiciária –, e sim, a competência do juízo.

É fácil convir com a efetiva influência do aspecto *ratione loci* para a fixação da competência de uma Vara federal central, ou daquela situada em um Município do interior do Estado, para o processo e julgamento de uma determinada causa.

E, já se verificou que o aspecto *ratione loci* das competências da Justiça³⁶ e do juízo não pode ser modificado por acordo entre as partes. Estas somente podem fazê-lo **para eleger foro**³⁷.

*A conclusão que se impõe é, pois, a da natureza absoluta do aspecto **ratione loci** de fixação da competência, sempre que se cuidar da distribuição do ofício jurisdicional entre Varas federais do interior e da capital.* A questão trata do aspecto territorial da **competência do juízo – tema que, renovadas as vênias, não diz respeito, em absoluto, à norma do artigo 111 do Código de Processo Civil.**

Considerando, pois, a natureza absoluta do aspecto territorial da competência do juízo, cumpre admitir a possibilidade de o tema ser objeto de apreciação jurisdicional *ex officio* – sem necessidade, pois, de provocação do réu mediante exceção instrumental. Esse é o sentido indicado pelas normas dos artigos 113, 267, parágrafo 3º, e 301, parágrafo 4º, todos do Código de Processo Civil.

³⁶ A hipótese do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição da República permite que o autor escolha, como direito potestativo, entre as Justiças federal e estadual, para o processo e julgamento da causa.

³⁷ Artigo 111 do Código de Processo Civil.

Em síntese:

1. Competência é a possibilidade legal de exercício da função jurisdicional, por um órgão do Poder Judiciário, em um determinado processo. Incumbe à lei fixar a competência.

2. Os critérios *materiais* de fixação legal da competência – isto é, aqueles fundados em elementos da relação jurídica *material* litigiosa submetida ao exame jurisdicional – são: **1.** a natureza do litígio posto em causa (*ratione materiae*); **2.** a qualidade das pessoas envolvidas no conflito de interesses (*ratione personae*); e, **3.** o local relacionado ao litígio (*ratione loci*).

3. Os critérios *funcionais* de fixação legal da competência – ou seja, aqueles pertinentes à relação processual (funcional) que viabiliza o exercício da jurisdição – são: **1.** as fases por que passa o processo (postulatória, instrutória, decisória e executória); **2.** os atos processuais praticados em cada fase processual – denominados, pela doutrina, de “objetos do juízo”; e, **3.** os graus por que passa o processo.

4. A fixação legal da competência atravessa três etapas, cuja ordem lógica implica uma gradativa especialização: em primeiro lugar, a definição da Justiça competente; em segundo lugar, a fixação do foro competente; e, por fim, a indicação do juízo competente.

5. Todos os critérios mencionados – isto é, os três de natureza material e os três de caráter funcional, referidos nos itens 2 e 3 – são utilizados pela lei, para a fixação da competência, em cada um de seus três níveis sucessivos: a fixação da competência da Justiça, da competência do foro e da competência do juízo.

6. É uma impropriedade técnica aludir, pois, a conceitos como competência material, funcional, hierárquica, horizontal, territorial, *ratione personae*, *ratione materiae*, ou *ratione valorem*. Tais expressões referem-se a fatores que interagem, *cumulativamente*, para a fixação da competência da Justiça, do foro ou do juízo: são aspectos (materiais e funcionais) de cada uma dessas três competências.

7. A fixação da Justiça competente resulta da interação dos referidos critérios, na forma do que dispõem as normas constitucionais cabíveis.

8. A fixação do foro competente resulta da interação dos referidos critérios, na forma do que dispõem as normas legais ordinárias nacionais cabíveis, no âmbito da Justiça competente, antes definida.

9. A fixação do juízo competente resulta da interação dos referidos critérios, na forma do que dispõem as normas legais ordinárias e administra-

tivas de organização judiciária federais ou estaduais cabíveis, no âmbito do foro competente, antes definido.

10. O critério territorial (*ratione loci*) opera efeitos para a fixação de cada uma das três competências apontadas – a competência da Justiça, do foro e do juízo.

11. Foro é a unidade territorial mínima com que se organiza, administrativamente, uma estrutura judiciária: é a comarca, na Justiça estadual; a seção judiciária, na Justiça federal comum; e, a zona eleitoral, na Justiça eleitoral.

12. Competência relativa é aquela em que é juridicamente viável modificar, mediante consenso, apenas, alguns aspectos de sua fixação.

13. Competência absoluta é aquela cujos aspectos de fixação não podem ser modificados por acordo entre as partes – suscetível, pois, de conhecimento jurisdicional de ofício.

14. Por força da norma do artigo 111 do Código de Processo Civil, as partes podem modificar, consensualmente, o aspecto territorial da competência do foro.

15. A norma do artigo 111 do Código de Processo Civil não afeta o aspecto territorial das competências da Justiça e do juízo. Se o fizesse, incorreria em inconstitucionalidade.

16. O aspecto territorial das competências da Justiça e do juízo é, pois, absoluto – passível, assim, de conhecimento *ex officio*.

17. A relação existente, na Justiça estadual, entre as varas situadas nos centros e nas circunscrições periféricas das comarcas de entrância especial é a mesma estabelecida entre as Varas federais localizadas nas capitais e nos Municípios do interior dos Estados: todas situam-se no mesmo foro, pelo que, qualquer questão que diga respeito à competência desses órgãos é tema concernente à competência de juízo.

18. O aspecto territorial é decisivo para a fixação da competência de uma Vara federal central, ou daquela situada em um Município do interior do Estado.

19. O tema concerne à fixação da competência de juízo – não de foro.

20. Cumpre admitir, pois, que, à semelhança do que ocorre com as varas centrais e regionais da Justiça estadual, o aspecto *ratione loci* da competência dos juízos federais da Capital e do interior é absoluto, suscetível, assim, de exame jurisdicional *ex officio*. ♦

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ENSINO DA ÉTICA NAS ESCOLAS DE DIREITO

JOSÉ EDUARDO NOBRE MATTA

Juiz da 6ª Vara Federal de Execução Fiscal do Rio de Janeiro e Professor de Ciência Política e Direito Constitucional.

I. INTRODUÇÃO

Recentes acontecimentos na história política de nosso país têm levado toda a sociedade a refletir sobre a ética. A grita pela ética na política aparece como verdadeiro movimento de cidadania. Governos e antigos caciques eleitorais caem, não tanto pelos males que causaram à democracia em si, ou em decorrência de suas más administrações, mas pelas agressões que teriam perpetrado aos valores morais e éticos acolhidos pela sociedade. Assim foi com o ex-Presidente Collor¹, ou mesmo, mais recentemente com o ex-Senador Antônio Carlos Magalhães.

Esta cíclica visitação aos valores éticos na política abre espaço para o seu debate também em outras áreas do convívio social. Fala-se, assim, muito mais, hoje, em ética na administração, na economia, no comércio, no desporto, na ciência, na educação e no ensino², bem como na ética dentro do direito e também na ética profissional.

É a partir da cumulativa experiência de profissional do direito, professor universitário, aluno e cidadão, que pensamos em participar desses debates, meditando especificamente sobre o ensino da ética profissional nas Escolas de Direito.

¹ Sobre o caso Collor, vale conferir as palavras do eminente professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, proferidas na nota 7 da p. 61, da 11a. edição de seu **Curso de Direito Administrativo**.

² Vale lembrar do ocorrido na Escola Parque, no Rio de Janeiro, quando adolescentes foram expulsos, por terem reconhecido junto à direção do colégio que teriam fumado maconha num passeio. Dignos de referência os artigos publicados no jornal **O Globo** de 4 de maio de 2001, na p. 7, de MARIA DA FRANÇA CEZAR COELHO, FERNANDO GABEIRA e LUIZ GARCIA, todos refletindo sobre o episódio, a função da escola e da família junto aos adolescentes, a questão das drogas, e a própria questão ética no ensino.

II. ÉTICA, MORAL E DIREITO

Costuma-se diferenciar moral de ética.

Segundo Aristóteles, no seu **Ética a Nicômacos**, “*toda arte e toda indagação, assim como toda ação e todo propósito, visam a algum bem; por isto foi dito acertadamente que o bem é aquilo a que todas coisas visam*”³.

Os filósofos gregos distinguiram uma ciência do bem (moral) da própria prática desta ciência (ética). Pode-se dizer, então, que a ética exercita os valores morais.

LEONARDO BOFF⁴, com clareza e poesia, demonstra a existência de uma unidade complexa entre ética e moral.

Primeiramente, demonstra a diferença existente entre ambas. Para tanto, parte da etimologia das palavras. Ética, que vem do grego *ethos*, diz o grande teólogo, “*designa a morada humana*”⁵. E prossegue: “*A ética, como morada humana, não é algo pronto e construído de uma só vez. O ser humano está sempre tornando habitável a casa que construiu para si*”⁶. De outro turno, a moral, que vem do latim *mos, mores*, “*designa os costumes e as tradições*”⁷. Assim, “*quando um modo de se organizar a casa é considerado bom a ponto de ser uma referência coletiva e ser reproduzido constantemente, surge então uma tradição e um estilo arquitetônico. Assistimos, ao nível dos comportamentos humanos, ao nascimento da moral*”⁸. Desta forma, a moral estaria “*ligada a costumes e tradições de cada povo, vinculada a um sistema de valores, próprio de cada cultura e de cada caminho espiritual*”⁹.

Em seguida, o autor trata de articular moral e ética, demonstrando a existência de uma unidade complexa dos dois fenômenos, no qual um contribui para a atualização do outro, em perfeita simbiose. Diz: “*a ética assume a moral, quer dizer, o sistema fechado de valores vigentes e de tradições comportamentais. Ela respeita o enraizamento necessário de cada ser humano na realização de sua vida, para que não fique de-*

³. Tradução de Mário da Gama Kury, p. 17.

⁴. In **A Águia e a galinha - Uma metáfora da condição humana**. Petrópolis: Vozes, 1997.

^{5 e 6}. Op. cit., p. 90.

^{7 e 8}. Op. cit., p. 91.

⁹. Op. cit., p. 92.

pendurada das nuvens. Mas a ética abre esse enraizamento. Está atenta às mudanças históricas, às mentalidades e às sensibilidades cambiáveis, aos novos desafios derivados das transformações sociais. Ela impõe exigências a fim de tornar a moradia humana mais honesta e saudável. A ética acolhe transformações e mudanças que atendam a essas exigências. Sem essa abertura às mudanças, a moral se fossiliza e se transforma em moralismo. A ética, portanto, desinstala a moral. Impede que ela se feche sobre si mesma. Obriga-a à constante renovação no sentido de garantir a habitabilidade e a sustentabilidade da moradia humana: pessoal, social e planetária”¹⁰. E arremata: “A moral deve renovar-se permanentemente sob a orientação e a hegemonia da ética. Cabe à ética garantir a moradia humana, sob diferentes estilos, para que seja efetivamente habitável”¹¹.

Cientes, pois, da diferença ontológica de moral e ética, mas valendo-nos deste sentido de unidade complexa existente entre ambos os conceitos, acima referida, permitimo-nos neste estudo referirmo-nos indiscriminadamente a um ou outro termo.

Quanto à relação existente entre moral e direito, como bem salienta GEORGES RIPERT, citado por MIGUEL REALE, “*não há entre a regra moral e a regra jurídica diferença alguma de domínio, de natureza e de fim. Nem pode haver, porque o Direito deve realizar a justiça, e a idéia do justo é uma idéia moral. Entre elas existiria apenas uma diferença de caráter (sic), pois a regra moral torna-se regra jurídica, consoante expressão de Gény: ‘graças a uma injunção mais enérgica e a uma sanção exterior necessária ao fim a ser alcançado’*”¹².

O mesmo professor MIGUEL REALE, ao assentar o valor, ao lado do fato e da norma, como elemento integrador do Direito, em sua teoria tridimensional do Direito, obriga ao reconhecimento de que mais interessa saber distinguir um conceito de outro, que a própria distinção em si. Vale transcrever a lição do eminente jusfilósofo a respeito, no seu **Lições Preliminares de Direito**, *verbis*: “*Encontramo-nos, agora, diante de um dos problemas mais difíceis e também dos mais belos da Filosofia Jurídica, o da diferença entre Moral e o Direito.(...) Nesta matéria devemos lem-*

¹⁰. Op. cit., p. 93 e 94.

¹¹. Op. cit., p. 96.

¹². In **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 487.

brar-nos de que a verdade, muitas vezes, consiste em distinguir as coisas, sem separá-las. Ao homem afoito e de pouco cultura basta perceber uma diferença entre dois seres para, imediatamente, extremá-los um do outro, mas os mais experientes sabem a arte de distinguir sem separar, a não ser que haja razões essenciais que justifiquem a contraposição”¹³.

Destarte, diante de alguns casos, é certo, interessar-nos-á distinguir e separar o que é moral e o que é direito. Mas, na maioria dos casos, o que irá importar, de fato, é a intimidade existente entre ambos, quer no que se refere ao processo de elaboração da norma jurídica, quer no processo de sua aplicação mesma.

Com efeito, até os neopositivistas tendem a argumentar em torno da influência da moral, mesmo como um elemento metajurídico, na formulação e na aplicação do direito. Basta conferir obras de autores do quilate de HERBERT HART¹⁴, por exemplo. Trata-se de tendência mundial verificada principalmente após a Segunda Guerra Mundial. PAULO BONAVIDES¹⁵, em estudo sobre os fins do Estado, aborda tal tendência do resgate dos valores do direito natural, principalmente na Alemanha, como verdadeiro remédio para sarar as feridas e as inseguranças jurídicas ocasionadas pelo holocausto nazista.

Hoje, as sociedades contemporâneas não mais se satisfazem com o modelo de Estado legalista dos séculos XVIII e XIX, e tampouco com o Estado Democrático, paulatina e lentamente desenhado durante o século XX. O novo milênio impõe um modelo de Estado Ético, ou, na feliz expressão de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹⁶, do Estado de Justiça. Dignas de referência as palavras do eminente publicista: *“A sujeição da sociedade e depois a do Estado moderno à lei foram as primeiras conquistas, conformando o sistema da legalidade, como ‘o mínimo ético indispensável que a sociedade exige de seus membros’, marcando a transição histórica do Estado Absolutista para o Estado de Direito. A sujeição do Estado à vontade da sociedade foi, a seguir, a extraordinária conquista política realizada pelas revoluções francesa e*

¹³. Op. Cit., p. 41.

¹⁴. HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Calouste GulbenKian, 1994.

¹⁵. BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

¹⁶. “Moralidade Administrativa: Do conceito à Efetivação”. **RDA** n° 190.

americana, dotando o ordenamento jurídico de um sistema de legitimidade e permitindo o surgimento e a disseminação do Estado Democrático. Finalmente, a sujeição do Estado à moral, a mais ambiciosa e demandante das conquistas éticas, está apenas começando, incorporando-se lentamente à ordem jurídica como um sistema de licitude e possibilitando, onde o Estado Democrático já se está sedimentando, o advento do Estado de Justiça”¹⁷.

Assim, mais do que nunca, ética e direito devem caminhar juntos nos novos tempos.

III. A CONSTITUIÇÃO ÉTICA - DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO DE JUSTIÇA

Riquíssima em princípios, a Constituição de 1988 incorpora valores morais, jurisdicizando-os.

Válida para o Brasil, a afirmação de Gomes Canotilho para o ordenamento jurídico português. Ou seja, o sistema jurídico brasileiro é também um “*sistema aberto normativo de normas e princípios*”¹⁸, sendo um sistema aberto “*porque tem estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’*”¹⁹.

Com efeito, a conformação específica da Constituição brasileira, muito próxima da portuguesa, ante a riqueza de princípios, permite a tal “*capacidade de aprendizagem*”, referida pelo grande constitucionalista luso, na medida em que possibilita ao aplicador da norma constitucional valorar tais espécies normativas, atualizando-as no tempo.

Pelo que se disse, já aqui pode-se identificar a forte influência da ética no nosso ordenamento jurídico constitucional vigente. Afinal, como deixamos claro acima a partir da lição de BOFF, cabe à ética exatamente a função de acolher as mudanças e transformações necessárias ao aperfeiçoamento da sociedade. É dizer com aquele teólogo, que a ética “*está atenta às mudanças históricas, às mentalidades e às sensibilidades cambiáveis, aos novos desafios derivados das transformações sociais*”.

¹⁷ Artigo citado, p. 17.

^{18 e 19} CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1085.

Mas não é só pelo fato de ser rica em princípios que se impõe reconhecer que a Constituição de 1988 inaugura uma ordem jurídica ética em nosso país. Como bem salienta DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO no estudo já referido, “*é indubitável que, por força dos inúmeros princípios e preceitos em que o referencial moral da licitude vem consignado, também lá se expressa a vocação ao Estado de Justiça*”²⁰.

O eminente administrativista fluminense anota nada menos que 58 normas constitucionais, entre princípios e regras, dirigidas ao Estado, à sociedade ou a ambos, que tratam direta ou indiretamente de referir-se à moralidade social.

O presente estudo não comporta uma análise detalhada de cada um desses dispositivos constitucionais. O que se pretende, todavia, é que fique registrado que a Constituição de 1988 é intrinsecamente uma Constituição Ética, quer seja pela sua riqueza de normas principiológicas, quer pelo fato de referir-se direta ou indiretamente à moralidade social.

IV. O ENSINO DA ÉTICA NO DIREITO

Sendo, como vimos, a Constituição de 1988 uma constituição de vocação ética, e sem esquecer, ainda, o que dissemos em relação ao nexo existente entre moral e direito, até mesmo intuitivamente salta aos olhos a relevância do estudo da ética na formação do futuro profissional do Direito, quer venha ele a seguir a carreira de advogado, juiz ou membro do ministério público.

Contraditoriamente, porém, os currículos das Escolas de Direito costumam limitar o estudo da ética a uma única disciplina, usualmente denominada deontologia jurídica, ética profissional ou simplesmente ética.

Nesta disciplina, usualmente, há duas ordens de abordagem da ética: a) a geral (deontologia geral), na qual se estuda o fenômeno da moral em si mesmo, desprovido de vínculo com o atuar específico em uma dada profissão; b) a deontologia jurídica, na qual se estuda a atuação específica do profissional do direito - advogado, juiz e membro do Ministério Público.

Quanto à deontologia geral, dada a sua natureza eminentemente filosófica, não se costuma fazer um maior aprofundamento sobre ela. Até porque, muitos de seus conceitos já foram abordados na cadeira de Filosofia do Direito.

²⁰. Artigo citado, p. 22.

Em relação à Deontologia Jurídica, diversos fatores práticos levam as Faculdades de Direito a abordar precipuamente a ética da advocacia.

Com efeito, não há um código de ética escrito específico para juízes e promotores. As linhas de atuação destes profissionais estão traçadas na Constituição Federal, nas respectivas Leis Orgânicas, bem como nos Códigos de Processo. Além disso, apenas uma diminuta parcela dos futuros profissionais do direito ingressarão nas carreiras da magistratura ou do ministério público, cujo acesso é limitado pela estreita porta do concurso público. Assim, impõe-se reconhecer que o grande contingente de estudantes de direito será absorvido realmente pela advocacia, em suas mais diversas modalidades. Mas não é só. Até para aqueles que vierem a optar pelo ingresso nas carreiras da magistratura ou do ministério público, em regra, deverão, precedentemente, inscrever-se nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, pois a maioria dos concursos públicos exige um tempo mínimo de prática forense. Sendo certo, de outro turno, que a OAB exige conhecimentos específicos da ética do advogado no chamado **Exame de Ordem**.

Desta forma, como dito, as Escolas de Direito costumam dar especial relevo aos estudos da ética da advocacia na cadeira de Deontologia Jurídica.

ELIANE BOTELHO JUNQUEIRA, em seu excelente livro **Faculdades de Direito ou Fábricas de Ilusões?**, elabora interessante estudo sobre o ensino da ética nas Escolas Jurídicas, valendo-se dos dados obtidos por intermédio de uma pesquisa feita junto aos alunos de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro no ano de 1996. Tratou a autora, ainda, de formular entrevistas com os dois professores daquela disciplina.

Reconhecendo a influência da OAB na orientação do ensino da ética profissional nas Faculdades de Direito, identifica a pesquisadora aludida dois discursos sobre a ética naquela instituição: o discurso politicamente orientado e o discurso profissionalmente orientado.

O discurso politicamente orientado é aquele ligado ao mister público do advogado, sua função social. Guarda estreito vínculo com as lutas da OAB em prol da democracia e dos direitos do homem. O próprio *status* constitucional alcançado pela advocacia na ordem jurídica inaugurada com a Constituição de 1988 demonstra bem a legitimidade alcançada pela Ordem dos Advogados do Brasil junto à sociedade brasileira.

Já o discurso profissionalmente orientado da ética do advogado dá ênfase ao dia-a-dia do profissional, sua relação com seus pares, membros

do judiciário e ministério público, bem como com o cliente. Sobre esta vertente, houve, segundo a professora JUNQUEIRA, a partir da década de noventa, a substituição do discurso anterior, política e socialmente orientado, por um novo discurso, voltado mais especificamente para o exercício profissional e para o relacionamento entre advogados e seus clientes. Com efeito, observa a eminente autora, tal preocupação com a ética em sua vertente mais profissional que social e política teria razão de ser, em face do crescente desprestígio da figura do advogado, em decorrência do ingresso de profissionais com pouco preparo acadêmico no mercado, “*principalmente em razão da expansão de escolas de caráter mais comercial, não comprometidas verdadeiramente com a qualidade do ensino*”²¹. Assim, a maior preocupação em torno do exame de ordem, bem como a elaboração do novo Código de Ética e Disciplina e o conseqüente cuidado com a sua observância seriam respostas da Ordem dos Advogados à “*demandas da sociedade brasileira, insatisfeita com a qualidade técnica e ética dos serviços advocatícios*”²².

De acordo com o estudo em questão, ao menos junto aos alunos da PUC do Rio de Janeiro²³, há uma nítida preferência por este último enfoque da ética, qual seja, pelo enfoque exclusivamente profissional. Em outras palavras, os alunos daquela instituição prefeririam que a cadeira de ética profissional se restringisse, ou ao menos desse maior ênfase, a uma abordagem dos dispositivos do Código de Ética e Disciplina que dizem respeito ao aspecto estritamente profissional da advocacia. Observe-se o seguinte trecho do estudo em enfoque: “*Os estudantes, principalmente os do último ano, estão, portanto, mais interessados em aspectos práticos que poderão ser úteis no futuro exercício profissional. Como disse um dos estudantes, quando indagado sobre a utilidade do curso: ‘se fosse estudado o Código de Ética, com o conhecimento das leis, haveria alguma utilidade’. Outra resposta, no mesmo sentido: ‘Se o ensino fosse mais responsável e mais bem administrado, serviria para que os futuros profissionais se sentissem mais confortáveis e mais seguros quando se deparassem com situações complexas, anti-éticas, dúbias’; ‘O ensino da ética é muito útil, desde que esteja voltado para questões relevantes, que*

²¹ e ²². JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Faculdades de Direito ou Fábricas de Ilusões?** Rio de Janeiro: IDES: Letra Capital, 1999, p. 138.

²³. A própria autora trata de questionar a validade de generalizações que poderiam ser feitas a partir de seu estudo, dadas as características dos alunos pesquisados.

serão enfrentadas no dia-a-dia de todo o profissional'. E, um aluno reclama: 'até agora, discutimos apenas temas abstratos, sem nenhuma relação mais direta e objetiva com o Código de Ética'. Os estudantes de direito compreendem a ética profissional, portanto, no sentido de conduta no exercício da profissão, ou seja, relacionam ética profissional diretamente ao Código de Ética. Quando solicitados a definir ética profissional, as referências quase necessárias são os clientes e os colegas de profissão”²⁴.

Parece-nos, todavia, que a expectativa dos alunos em relação à ética do advogado encontra-se ligeiramente distorcida, sendo certo que a própria Ordem dos Advogados do Brasil tem retomado nos últimos tempos o discurso social e político da instituição e da figura mesma do advogado. Basta lembrar o recente discurso do Presidente da OAB, Doutor Rubens Approbato, quando da posse do novo Presidente do Supremo Tribunal Federal, no qual, em nome da sociedade, foi cobrada uma postura ética e democrática dos governantes do país. Permitimo-nos destacar um pequeno trecho daquele histórico pronunciamento: “*A sociedade, pela vontade de suas maiorias, pela arregimentação de suas entidades civis, pela força expressiva de figuras ilustres e de comportamento ilibado, tem sinalizado no sentido da modernização institucional e política, cujos eixos repousam numa base moral e ética. Base moral e ética que implicam: na investigação das denúncias de corrupção que mancham a vida de setores da administração pública, de dirigentes, governantes e políticos; na punição dos culpados; no restabelecimento do império da lei e da ordem, freqüentemente vilipendiado pela usurpação das funções do Poder Legislativo por outro e por violações a direitos fundamentais retratadas em despótica forma de legislar..”*

A preocupação da Ordem dos Advogados do Brasil com a discussão mais ampla da ética, sob todos os seus enfoques, inclusive, e talvez principalmente, com a sua vertente social e política, mostra-se presente na obra coletiva **Ética na Advocacia**²⁵, organizada por seu Conselho Federal, no ano de 2000, sob a criteriosa coordenação dos professores SÉRGIO FERRAZ e ALBERTO DE PAULA MACHADO.

²⁴ Op. cit., p. 155.

²⁵ **Ética na Advocacia: estudos diversos**. Coordenadores: Sérgio Ferraz e Alberto de Paula Machado. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Com a intensidade reflexiva que lhe é peculiar, o professor SÉRGIO FERRAZ, em seu estudo “Regras Deontológicas”, contido na obra acima referida, denuncia a “*marginalização de ponderáveis contingentes de nossa população estudantil, do campo da reflexão sobre o fenômeno social e da participação na propositura de soluções para o seu deslinde*”²⁶. Como se vê, a observação do mestre coincide com aquele repúdio ao estudo da vertente social da ética, identificado entre os alunos da PUC do Rio de Janeiro, na pesquisa acima mencionada.

Mas o eminente publicista não se queda ante esta tendência de alienação em face dos problemas sociais verificada nos estudantes do direito. Ao revés, conclama o jovem acadêmico a engajar-se na luta pelo direito, através do direito, ponderando que o advogado é um privilegiado, se comparado à imensa maioria da população brasileira e, como tal, deve prestar um tributo a este contingente populacional de miseráveis. Confirmam-se suas precisas palavras: “...o advogado deve convencer-se, em primeiro lugar, de que é um privilegiado. É um privilegiado de início porque, não obstante toda uma estrutura desestimulante que lhe foi posta à frente, como uma verdadeira provação para a aferição efetiva de sua vocação, ele conseguiu um diploma universitário, e fez desse diploma universitário um escalão para a sua ascensão social. Em segundo lugar também é um privilegiado porque, tendo feito um curso de Direito, não obstante as deficiências notórias deste, conseguiu munir-se do material mínimo para uma consideração crítica sobre os instrumentos de conformação da estrutura social que, como sabido, repousam fundamentalmente no ordenamento jurídico dessa mesma sociedade. O dispor desse instrumental crítico, ainda quando mínimo, e o ter superado os empecilhos sócio-econômicos que barram a ascensão universitária e a utilização profissional dos atributos dessa ascensão, colocando o advogado imediatamente acima de uma ponderável parcela de concidadãos, doutra parte também dele exige um compromisso de retorno ao caldo social, de que destacado de todos aqueles benefícios de que se viu destinatário (nem sempre por méritos próprios, freqüentemente por imperativos decorrentes de dados meramente aleatórios ou familiares e, de toda maneira, raramente imputáveis ao esforço consciente do próprio advogado. Até porque só o tempo provará a densidade e a consistência de sua vocação e de sua opção)”²⁷.

²⁶ Op. cit., p. 26.

²⁷ Op. cit., p. 27.

Por isto mesmo que o ensino da ética não se pode prender às questões estritamente profissionais, relativas ao trato do futuro advogado com seus clientes e pares. Cremos que não se pode reduzir o estudo da ética profissional a mais um exercício de simples técnica jurídica. Afinal, como bem salienta o professor FERRAZ, “o advogado é convocado e impelido a transcender da sua simples banca de advocacia, ou do simples exercício egoístico ou confinado de suas aptidões técnicas e intelectuais em benefício de determinado cliente”²⁸, para atuar “como verdadeiro receptor dos anseios nacionais”²⁹.

Mas como vencer este desafio?

Em primeiro lugar, pensamos, deve-se ter consciência de que uma única disciplina, dê-se a ela o nome que se queira (deontologia jurídica, ética profissional ou simplesmente ética), não se presta para abordar todo o conteúdo ético que deve pautar a atuação do profissional do direito.

De fato, como já dito anteriormente, e considerada até mesmo a cobrança de conhecimento que a OAB faz de seu Código de Ética e Disciplina, talvez seja razoável centrar os estudos de deontologia na ética do advogado, mais especificamente das questões estritamente profissionais, indo ao encontro dos anseios mais imediatos dos alunos. Assim, reservar-se-ia à cadeira de ética profissional essa função.

Todavia, a outra vertente da ética do advogado, qual seja, aquela relacionada a seu *munus* público, esta deverá ser abordada em todas as disciplinas jurídicas, principalmente as de direito público, tais como Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Processual (principalmente Teoria Geral do Processo). Aliás, nestas disciplinas, não apenas deveria ser apreciado o comprometimento social e político do advogado, mas de todo e qualquer profissional do direito, seja advogado, juiz, ou membro do ministério público.

Os professores das Faculdades de Direito devem despertar esta responsabilidade social no aluno, já naquelas disciplinas introdutórias, verdadeiramente resgatando, ou construindo, uma nova cidadania através do ensino jurídico.

Devem os mestres permitir ao aluno o conhecimento da vida profissional e da luta política e social de nossos juristas históricos. É inconcebível, por exemplo, a pouca referência que se faz ao mito Rui Barbosa em nossas

^{28 e 29.} Op. cit., p. 27 e 28.

Escolas de Direito. É impensável que um estudante possa graduar-se sem ter lido **Oração aos Moços**. Deve ser dada ao acadêmico a oportunidade de conhecer a atuação dos grandes advogados na defesa de presos políticos durante a Era Vargas ou na ditadura militar de 1964: nomes como o de Sobral Pinto, Evaristo de Moraes e Evandro Lins e Silva, v.g. O acadêmico de direito deve conhecer, ainda, a história do Supremo Tribunal Federal, os seus grandes julgamentos, os grandes juízes.

Com efeito, a figura paradigmática desses grandes juristas brasileiros ajudará sem dúvida a formar aquele comprometimento político e social do futuro profissional do direito. O contato com as lutas históricas vivenciadas por tais expoentes da cidadania permitirá ao graduando *despertar a águia*³⁰ que existe em cada um deles, bem como, por certo, nos próprios professores. Deveras, como bem salienta LEONARDO BOFF, “*os mestres referenciais despertam em nós virtualidades latentes. Ajudam-nos a evitar enganos e erros. Sustentam a esperança de que sempre vale a pena seguir lutando. Impedem que o desânimo tome conta de nossa vida. Alimentam permanentemente com o óleo da confiança, da solidariedade, do perdão e do enternecimento a lamparina sagrada que arde em nós. Assim sempre haverá luz em nosso caminho. A águia que somos não se mediocrizará e erguerá vôo sempre de novo*”³¹. ◆

³⁰. Expressão de LEONARDO BOFF na obra citada.

³¹. Op. cit., p. 143.

PARTICIPARAM DA REVISTA Nº 16

- Álvaro Mayrink da Costa, 192
Andrea Proto Pisani, 23
Antonio do Passo Cabral, 206
Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos, 133
Geraldo da Silva Baptista Júnior, 121
Humberto Dalla Bernardina de Pinho, 174
José Jayme de Macêdo Oliveira, 150
Leonardo Greco, 105
Letícia de Faria Sardas, 52
Luiz Felipe da Silva Haddad, 100
Luiz Roldão de Freitas Gomes, 43
José Carlos Barbosa Moreira, 11
José Eduardo Nobre Matta, 236
Nagib Slaibi Filho, 73
Oswaldo Henrique Freixinho, 127
Plauto Faraco de Azevedo, 165
Roberto de Abreu e Silva, 60
Wilney Magno de Azevedo Silva, 225