

ISSN 1415-4951
(versão impressa)



Revista da **EMERJ**

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Vol. 8 - Nº 31 - 2005



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 8 - n. 31 - 2005

Julho/Agosto/Setembro

Rio de Janeiro



DIRETORIA DA EMERJ

Diretor-Geral

Des. Paulo Roberto Leite Ventura

Conselho Consultivo

Des. Roberto Wider

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Murilo Andrade de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Presidente da Comissão Acadêmica

Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira

Presidente da Comissão de Iniciação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Des. Índio Brasileiro Rocha

Coordenador dos Núcleos de Representação e da Revista da EMERJ

Des. Décio Xavier Gama

Secretária-Geral de Ensino

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Assessora do Diretor-Geral

Maria Alice da Cruz Marinho Vieira



APRESENTAÇÃO

Nesta edição da REVISTA DA EMERJ damos destaque para a publicação de artigos de eminentes membros da ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS, que visitaram a ESCOLA DA MAGISTRATURA e nos deram a honra de aqui proferir palestras para Juízes e nossos estagiários.

A presença dos Professores Ivan Junqueira (Presidente da Academia) e Evanildo Bechara* resultou de convite especial que lhes foi dirigido, atendendo ao programa cultural especialmente para juízes em curso de aperfeiçoamento, bem como para os nossos estagiários matriculados em cursos de formação. Na verdade a Academia de Letras, ao longo de seus mais de 100 anos de existência, tem mantido uma tradição de relacionamento com a sociedade do Rio de Janeiro, por ter seus salões de conferências, de alto nível cultural, abertos às pessoas interessadas. Na Associação de Magistrados (AMAERJ), estiveram conosco outros acadêmicos que trouxeram o brilho de seus conhecimentos na série de atividade cultural para juízes. Lembramos do Professor Alceu de Amoroso Lima, há bem mais tempo e, posteriormente, do Professor Josué Montello, que discorreu sobre tema histórico-literário, ambos ainda nos salões da Associação de Magistrados, no primeiro andar do Palácio da Justiça. Mais recentemente visitaram a Escola da Magistratura, para conferências ou participação em debates, os escritores acadêmicos João Ubaldo Ribeiro e Carlos Heitor Cony (em 2003), Moacyr Scliar, em 2004. Todos participaram do Programa LIVRO ABERTO, em 2002 e 2004, do CULTURAL EMERJ.

No passado, muitos foram outros membros da Academia que também pertenceram aos quadros da magistratura do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Depois de se tornarem notáveis juristas, se consagraram como escritores ou poetas. Alguns, depois de percorrerem Comarcas do interior do Estado, vieram a ocupar, por promoção, funções mais altas da carreira no Tribunal de Justiça.

Já tivemos a oportunidade de relacionar alguns nomes de ilustres acadêmicos, que se tornaram também juízes do Estado do Rio

de Janeiro, alguns até à aposentadoria, como se verifica da REVISTA DA EMERJ, nº 25, p. 5. Na ocasião mostramos que:

“Importantes referências são feitas, no seio da classe, às obras, no campo das letras e, principalmente, da escultura, do grande magistrado e também acadêmico, Deocleciano de Oliveira, com razão denominado “O Escultor da Justiça”.

A obra de Deocleciano de Oliveira é objeto de uma exposição especial inaugurada em janeiro de 2005, no MUSEU DA JUSTIÇA, para comemorar o seu centenário de nascimento. Seus trabalhos ornamentam diversos setores do Tribunal.

Foram também membros da Academia Brasileira de Letras: Sylvio Romero, Juiz da Comarca de Paraty; Graça Aranha, na Comarca de Campos dos Goytacazes (e, depois, em Santa Leopoldina, Espírito Santo); Raymundo Corrêa, em Cantagalo; Ataulpho de Paiva, Juiz na Capital (na ocasião Distrito Federal) e, posteriormente, Ministro do S.T.F.; Ademar Tavares, Juiz no Rio de Janeiro e Desembargador no Tribunal da Relação do Estado; Pontes de Miranda, Juiz da Vara de Órfãos e Sucessões e, também, Desembargador do E. Tribunal de Justiça do Estado.

Décio Xavier Gama

Coordenador da REVISTA DA EMERJ

NOTAS:

* A palestra do Professor Evanildo Bechara foi destacada para publicação na próxima edição (REVISTA DA EMERJ 32) em razão de ainda estar sendo revista pelo autor.

¹ Já no próximo número, faremos divulgação de índices gerais da REVISTA DA EMERJ, ou seja, por ordem alfabética dos autores e de assunto.

² Da criação do Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais de Magistratura - COPEDEM, que elegeu o seu primeiro presidente, o Des. Carlos Augusto Guimarães e Souza Júnior, Diretor-Geral da Escola Paulista da Magistratura - EPM/SP, daremos notícia no próximo número da REVISTA DA EMERJ .

SUMÁRIO

A Criação Literária

17

Professor Ivan Junqueira

Poeta, ensaísta e tradutor. Presidente da Academia Brasileira de Letras.

Entende-se por criação literária o conjunto de procedimentos lingüísticos, estéticos e intuitivos a partir dos quais se articula aquilo que costumamos definir como um texto poético, crítico, dramático ou ficcional.

Aplicação da Regra do Artigo nº 366 do Cód. de Processo Penal nos Processos da Competência do Tribunal do Júri - Uma questão controvertida.

30

Paulo Roberto Leite Ventura

Desembargador do TJ/RJ e Diretor-Geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Revelia. Crime da competência do Júri. Princípio da Especialidade. Inaplicabilidade do art. 366 do C.P.P. Prosseguimento do feito até que seja alcançada a fase prevista no art. nº 413 Lei da Processual Penal.

O Órgão Especial na Reforma da Justiça

35

Nagib Slaibi Filho

Desembargador do TJ/RJ. Prof. da EMERJ e da UNIVERSO

1. A criação do Órgão Especial. 2. Objetivo e denominação. 3. O regime jurídico do Órgão Especial. 4. A aplicabilidade imediata da Norma. 4.1. A alternativa de se instituir, ou não, o Órgão Especial. Temporariedade da delegação. 4.2. A fixação do número de Membros. 4.3. A denominação. 4.4. A competência. 4.5. Procedimento das sessões de decisão e de eleição. 4.6. Elegibilidade para o Órgão Especial.

Fundamentos, Limites e Transmissibilidade: 51 **Anotações paara uma Leitura Crítica, Const-** **rutiva e de Índole Constitucional da Perso-** **nalidade no Código Civil Brasileiro.**

Luiz Edson Fachin

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFPR. Membro da Academia de Direito Constitucional

1. Introdução: A Configuração dos Direitos da Personalidade na Travessia do Século XIX ao Século XXI. 2. Dos Fundamentos dos Direitos da Personalidade: Do Direito Natural aos Direitos Humanos. 3. A integridade psicofísica como Direito de personalidade e pilar da dignidade da pessoa humana. 4. Da aplicação direta e imediata dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas e a disciplina infraconstitucional dos Direitos da Personalidade. 5. Da Transmissibilidade dos Direitos da Personalidade: um exemplo da superação de uma Hermenêutica estrita do Código Civil. 6. Questões emergentes complexas. 7. Conclusões.

Transação Penal nos Crimes de Ação Penal 71 **de Iniciativa Privada.**

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

Juiz de Direito no TJ/RJ. Professor do Curso de Mestrado da Universidade Estácio de Sá e da EMERJ.

Flavio Martins Alves Nunes Júnior

Prof. de Direito Processual Penal do Centro Unisal-Lorena (S/P). Advogado em São Paulo.

1. Introdução: A Transação penal. 2. Transação Penal na Ação de Iniciativa Privada. 2.1. 1ª tese: interpretação literal do texto. 2.2. 2ª tese: Ausência de interesse da vítima na sanção penal a ser aplicada. 2.3. 3ª tese: A transação penal como renúncia tácita ao direito de queixa.

Prescrição (pela Pena)Ideal

86

Antonio Carlos dos Santos Bitencourt

Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor de Direito Penal do Centro Geraldo de Biasi - UGB e da ESAJ.

Introdução. Fundamentos. Natureza Jurídica. Espécies. O interesse de agir no processo penal. A justa causa no processo penal. A prescrição ideal e o interesse de agir. Conclusão.

O Sistema de Cotas Raciais como Ação Afir- mativa no Direito Brasileiro

104

Luciana de Oliveira Leal

Juíza de Direito do TJ/RJ, Titular do XVI Juizado Especial Cível. Mestre em Justiça e Cidadania pela Universidade Gama Filho.

Introdução. Ações afirmativas - Conceito. A igualdade nos planos filosófico e jurídico. A igualdade no plano filosófico. A Igualdade no Direito Brasileiro. As ações afirmativas no Direito Brasileiro. Conclusão.

Da Retificação Consensual do Registro e seus Reflexos nos Negócios Imobiliários (Análise das Alterações da Lei nº 10.931/2004)

124

Jairo Vasconcelos do Carmo

Ex-Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor da EMERJ e Delegatário Titular do 4º Reg. Tit. e Documentos no Rio (RJ).

I. Introdução. II. Retificação de ofício e retificação consensual: 1. Retificação de ofício ou a pedido do interessado. 2. Retificação Consensual. 2.1. Retificação com anuência dos confrontantes. 2.2. Retificação com notificação. 2.3. Retificação por escritura pública. III. Do Procedimento Retificatório: 1. Retificação extrajudicial. 2. Retificação judicial por conversão. IV. Nulidade do registro. V. Outras alterações específicas: Áreas remanescentes; Áreas públicas; Regularização fundiária de interesse social e descrição de imóvel rural. Conclusão.

Direito Processual e os Lírios do Campo

138

Cyro Marcos da Silva

Ex-Membro do Ministério Público do E.Sto. e Magistrado do TJ/MG - Magistrado aposentado pelo TJ/RJ. Psicanalista.

Lide ou litígio: conceito de Carnelutti. A pretensão e resistência, alienação e separação; a lide e o sujeito. Os componentes da lide. O texto do autor. A ficção e a verdade real do texto do Autor. O rito no processo. O texto do autor é dirigido ao juiz. O juiz e a sentença procedente esperada pelo autor. A lide é o pão nosso de cada dia.

Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo

153

Gustavo Binenbojm

Procurador do Estado do Rio de Janeiro - Professor da EMERJ, da UERJ, e da Fundação Getúlio Vargas. Mestre master of Laws, Yale Law School.

I. A outra história do direito administrativo: do pecado autotárario original à constituição de uma dogmática a serviço, dos donos do poder. II. A crise dos paradigmas do direito administrativo e a emergência de um novo modelo teórico. III. Construção e demonstração do Princípio da Supremacia do interesse público. III.1. O princípio da supremacia do interesse público, segundo a doutrina brasileira. III. 2. A demonstração do princípio da supremacia do interesse público. IV. A Constitucionalidade do Direito Administrativo e a formulação de um novo paradigma da Administração Pública.IV. O dever de proporcionalidade como fundamento e técnica da decisão administrativa. IV.2. A proporcionalidade e as normas instituidoras de privilégios para a Administração. IV.3. A proporcionalidade e as normas restritivas de Direitos Individuais.

Configuração Processual do Novo Regime Falimentar 196

Mario Luiz Ramidoff

Promotor de Justiça no Paraná - professor das Faculdades Integradas de Curitiba e da Faculdade Dom Bosco (PR).

A nova Lei de Falências nº 11.101, de 9/2/2005 e as transformações processuais nas relações falimentares. Rompimento com o sistema anterior. Recuperação das Empresas como forma inicial para a resolução entre empresas apenas de certos conflitos .

Juros Bancários e a Política Monetária do Banco Central 200

Celso Marcelo de Oliveira

Advogado e Consultor Empresarial.

A errônea política do tabelamento dos juros. O poder econômico financeiro e bancário. A lucratividade excessiva dos Bancos, baseada nas taxas elevadas dos juros. A errônea política de conter a inflação com o aumento das taxas de juros.

Aspectos Relevantes da Reforma do Judiciário (EC nº 45/04) 208

Jansen Amadeu do Carmo Madeira

Juiz de direito do TJ/RJ.

José Maria Pinheiro Madeira

Professor da EMERJ e da Faculdade Estácio de Sá.

1. Introdução. 2. Celeridade Processual. 3. Tratados e Convenções internacionais. 4. Jurisdição Penal internacional. 5. Recusa à execução da Lei Federal. 6. Criação do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério Público. 6.1. Do Conselho Nacional do Ministério Público. 7. A Magistratura após a reforma do Judiciário. 7.1. Atividade Judiciária. 7.2. 7.3 e 7.4. Promoção e Desempenho. 7.5 Voto fundamentado e ampla defesa. 7.6. A não promoção do juiz. 7.7. Acesso aos Tribunais de 2º grau. 7.8/9/10. Cursos. Remoção e aposenta-

doria do Juiz. 7.11.Publicidade dos julgamentos. 7.12. Decisões motivadas. 7.13. Vagas para o O.E. 7.14. Férias Coletivas. 7.15. Número de Juizes . 7.16. Distribuição de processos. 8. Destinação exclusiva das custas e emolumentos. 9.10 e 11. Criação do Órgão Oficial, de Ouvidorias e da Justiça itinerante. 12. Câmaras Regionais. 13.1. e 2. Varas Agrárias. 14. Defensorias Públicas. (15 e 16). 17.1.2.3.4 Súmulas. vinculantes. 18. Competência do S.T.F. 19. a 19.14. Justiça do Trabalho. 20. Justiça Militar após a Ementa nº 45/04. 21.Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIN's) propostas em face da EC 45/04. As ADINs que se seguiram..

Ação Civil Pública e Acesso à Justiça

267

Hugo Filardi

Advogado militante no Rio de Janeiro.

1.Evolução da Tutela coletiva no Direito Brasileiro. Ação Civil Pública e democratização do acesso à Justiça. 2. Interesses tuteláveis. 3. Legitimação. 3.1. O Ministério Público na defesa dos interesses homogêneos. 3.2. Princípio da obrigatoriedade da ação civil pública para o Ministério Público. 3.3. Associação e a dispensa do requisito temporal para sua legitimação em virtude do interesse social. 4. Competência. 5. Inquérito Civil e compromisso de ajustamento de conduta. 6.Tutela de urgência em sede de ação civil pública. 7. Coisa julgada e a manifesta inconstitucionalidade da Lei nº 9.494.97 no que tange aos limites subjetivos na ação civil pública.

Juizado Especial Cível - Problema de Conscientização

292

Luiz Guilherme Marques

Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Juiz de Fora-MG

Desconhecimento das regras processuais. Indevida aplicação indiscriminada das regras do CPC aos processos do JEC. A celeridade como objetivo da Lei. O acordo entre as partes. A oralidade e a ausência de formalismo. Dispensa

de advogado. As regras de nulidades mitigadas. O pedido oral na Secretaria. A conciliação tentada. O Juízo arbitral. Colheita de provas e sentença de imediato. Contestação oral ou escrita. Apelação só por advogado.

Os Crimes Falenciais no Direito Intertemporal 300

Arthur Migliari Júnior

Promotor de Justiça da Capital (São Paulo). Professor da Universidade S. Francisco (São Paulo). Mestre em Direito Penal e em Direito Processual Penal.

1. Introdução. 2. Do nome correto: falencial ou falimentar? 3. A história da persecução penal falencial no Brasil 4. Os crimes em alguns países. 5. A existência dos crimes falenciais nas recuperações de empresa. 6. Natureza jurídica dos crimes falenciais. 7. Elemento subjetivo do injusto: dolo. 8. Sujeitos do delito. Crimes próprios e impróprios. 9. Consumação e tentativa. 10. Sentença como condição objetiva de punibilidade. 11. Prescrição penal dos crimes falenciais. 11.1. Prescrição em relação ao crime falencial decorrente da extensão dos efeitos da falência. 12. A pluralidade dos crimes falenciais. 13. Os efeitos da condenação. 14. Dos Crimes em Espécie. Generalidades. 15. Do processo penal falencial. 15.1. Da forma de investigação. 15.2. Da competência para a ação penal. 15.3. Da natureza da ação penal. 15.4. Rito processual: sumário. 16. Conclusão.



COLABORARAM NESTE NÚMERO

Antonio Carlos dos Santos Bitencourt, 86

Artur Migliari Júnior, 300

Celso Marcelo de Oliveira, 200

Cyro Marcos da Silva, 138

Flávio Martins Alves Nunes Júnior, 71

Gustavo Binenbojm, 153

Hugo Filardi, 267

Ivan Junqueira, 17

Jairo Vasconcelos do Carmo, 124

Jansen Amadeu do Carmo Madeira, 208

José Maria Pinheiro Madeira, 208

Luciana de Oliveira Leal, 104

Luiz Edson Fachin, 51

Luiz Guilherme Marques, 292

Luiz Gustavo Grandinetti, 71

Mario Luiz Ramidoff, 196

Nagib Slaibi Filho, 35

Paulo Roberto Leite Ventura, 30



A CRIAÇÃO LITERÁRIA*

Ivan Junqueira

Poeta, ensaísta e tradutor. Presidente da Academia Brasileira de Letras.

Entende-se por criação literária o conjunto de procedimentos lingüísticos, estéticos e intuitivos a partir dos quais se articula aquilo que costumamos definir como um texto poético, crítico, dramático ou ficcional. O fenômeno da criação literária, que nem sempre foi compreendido nesses termos, remonta, na história da cultura ocidental, aos primórdios da civilização grega, o que nos remete aos tempos homéricos, ou seja, à época em que nasceu a poesia dos aedos. O étimo grego *poiésis* envolve diversos sentidos. Em Aristóteles, por exemplo, aparece como “criação”, “produção”, “exame” e “projeto”; em Xenofonte equivale à “ação de compor obras poéticas”; em Heródoto corresponde à “fabricação” ou “faculdade de compor obras poéticas, arte da poesia, a poesia”; e em Platão alcança a condição de “gênero poético”, compreendendo esta expressão as duas vertentes poéticas então conhecidas: a tragédia e a comédia. Mas é preciso advertir que a palavra grega *poiésis* estava associada ao verbo *poien*, cujo sentido originário era “fazer”. Qualquer modalidade desse “fazer” pertencia, portanto, ao âmbito da poesia, nele se incluindo até mesmo os trabalhos manuais. É somente com Platão, no século V a.C., que esse conceito vai se desenvolver mais claramente como atividade criadora em geral, mas sem adquirir ainda uma acepção especializada. Observe-se ainda que, numa passagem do **Banquete**, Platão relaciona o conceito geral de poesia com os de música e composição métrica, e essa identificação estendeu-se aos tempos modernos.

* Conferência proferida em 6/5/2005 na abertura do projeto *Justiça aos Imortais - Encontros Literários* realizado pelo Cultural EMERJ.

Mas voltemos a Homero. Voltemos ao século IX a.C., durante o qual se supôs que viveu o autor da **Ilíada** e da **Odisséia**, mas de quem também já se disse que jamais existiu, sendo aquelas duas obras de autoria coletiva. O fato, porém, é que não estamos aqui para discutir essa questão, que principia com os depoimentos dos doxógrafos gregos e estende-se até o fim do século XVIII da era cristã, quando o filólogo alemão Friedrich August Wolf, no bojo da voga pré-romântica de exaltação da poesia popular, concluiu pela falta de unidade das epopéias homéricas, denunciando-as como coletivas e anônimas. Seria preferível, entretanto, deixar de lado essas pendências e retornar àquilo que aqui nos interessa: é com Homero que tem início o processo de criação literária no mundo ocidental. Entendam os senhores que evitarei aqui tocar no problema dos textos bíblicos e até mesmo na epopéia do Gilgamesh, que dataria de 2.500 a.C., pois, neste caso, estaríamos lidando com outra espécie de criação literária, se é que assim se podem qualificar essas duas manifestações do espírito humano.

Dominando à perfeição o hexâmetro dactílico e mantendo sempre uma visão realista em que se fundem o fantástico e o real, o histórico e o imaginário, o mítico e o religioso, Homero se vale de uma linguagem que tem por base o dialeto jônico, entremeado de expressões eólias e que representa, sem dúvida alguma, uma fase anterior do grego clássico. É com Homero, portanto, que nasce a poesia e, com ela, o processo da criação literária, já que o tratamento que ele dá aos seus textos revela um senso estético minucioso, refinado e sistemático numa época em que os gêneros literários ainda não haviam se definido. Vemos assim que a poesia se confunde com as origens da criação literária, e o poeta alemão Novalis, invertendo uma proposição conceitual do romântico inglês Samuel Taylor Coleridge, chegou mesmo a afirmar que a “poesia é a religião da humanidade”. E parece não haver mais dúvida, sobretudo entre os filólogos e os lingüistas, de que a poesia precede todas as formas de manifestação literária em qualquer língua culta que hoje se conhece.

E por que seria assim? Por que se identifica a poesia com a infância da palavra e, conseqüentemente, com a criação literária? Talvez porque, muito mais do que ocorre com a prosa ou com a linguagem dramática, prevaleçam na poesia relações muito íntimas

com a música, a magia e o mistério. A poesia lírica, por exemplo, está associada a Orfeu, o mais célebre aedo dos tempos pré-homéricos e que desce aos infernos em busca de sua esposa morta, Eurídice. O mito de Orfeu, a quem se atribui a invenção da lira e dos rituais mágico-divinatórios, está na origem da poesia lírica, ou seja, a que foi composta por um poeta-músico. Mas Orfeu pertence ao mundo da mitologia, a uma época sem registro histórico. Ainda assim, ou talvez por isso mesmo, suas atividades pertenceriam àquele período que se confunde com a misteriosa infância da palavra, dessa palavra que está fora dos dicionários e que, como tal, se restringe apenas ao sentido lúdico de sua utilização. Dizem os poetas que, para preservar dentro de cada um de nós esses vínculos com a infância da linguagem, seria também necessário que jamais desaparecesse a criança que carregamos conosco. Em muitos de seus poemas, Manuel Bandeira explora de maneira admirável esse tema, como é o caso de “Velha chácara”, onde se lê:

*A casa era por aqui...
Onde? Procuro-a e não acho.
Ouço uma voz que esqueci;
É a voz deste mesmo riacho.*

*Ah quanto tempo passou!
(Foram mais de cinqüenta anos)
Tantos que a morte levou!
(E a vida... nos desenganos...)*

*A usura fez tábuas rasas
Da velha chácara triste;
Não existe mais casa...*

- Mas o menino ainda existe.

E foi essa mesma preocupação que me levou a escrever, há cerca de quarenta anos atrás, o poema que leva o título de “Flor amarela”, cujos versos são os seguintes:

*Atrás daquela montanha
tem uma flor amarela.
Dentro da flor amarela,
o menino que você era.
Porém, se atrás daquela montanha
não houver a tal flor amarela,
o importante é acreditar
que atrás de outra montanha
tenha uma flor amarela
com o menino que você era
guardado dentro dela.*

É muito difícil, ou mesmo raríssimo, a ocorrência desses vestígios da infância da linguagem no processo de criação literária em que consiste a prosa de ficção, muito embora os romancistas lidem amiúde com o imaginário, o seu e o de seus leitores. E aqui caberia uma observação que sempre julguei da maior importância: não existe criação literária sem o concurso do leitor, e essa é a razão pela qual um mesmo texto comporta diversos e distintos níveis de leitura, o que deu origem à teoria da estética da recepção. No caso da literatura dramática, por exemplo, esse leitor, já convertido em espectador, constitui um elemento fundamental durante o processo de encenação do texto. Ao contrário do poeta ou do ficcionista, o dramaturgo somente escreve para uma platéia, o que não significa que esteja fazendo nenhuma concessão literária que não seja a de comunicar-se com o seu público. Mesmo no caso de um dramaturgo hermético e obscuro como Samuel Beckett, ou no daqueles que, como Ionesco, cultivam o teatro do absurdo, essa comunicação tem de ocorrer, sob o risco de, caso não se faça, a peça transformar-se num fracasso de bilheteria. Um poeta pode escrever para si mesmo e até permanecer inédito em vida, mas um dramaturgo, não. Se remontarmos a um passado distante, poderemos constatar que os tragediógrafos e comediógrafos da antiga Grécia escreviam não tanto para uma determinada platéia, mas antes para toda a sociedade de seu tempo, ou seja, para o homem grego daquela época, esse homem que é o embrião de tudo o que somos hoje.

A crítica literária, que é também uma forma de criação literária paralela, sempre se ocupou das distinções que se deveriam fazer entre a poesia e a prosa. Mais recentemente debruçaram-se sobre essa questão escritores como Paul Valéry e Jean-Paul Sartre. Aquele primeiro cava um verdadeiro abismo entre os dois gêneros, situando-os como os dois grandes modos da criação literária. Valéry exagera essa oposição e coloca a linguagem entre os limites da música, de um lado, e da álgebra, de outro. Para ele, a poesia é, entre todas as artes, a que coordena o maior número de funções e fatores independentes: o som, o sentido, o real, o imaginário, a lógica, a sintaxe e a dupla invenção do fundo e da forma. E dessa atividade complexa resulta uma linguagem em que as palavras não são mais as palavras do uso prático ou científico. Elas se associam segundo novas atrações e assumem valores sonoros e semânticos que a linguagem comum não possui. Já para Sartre é característico da poesia servir-se de uma palavra opaca ou imagem, em oposição à palavra transparente ou signo, próprio da prosa. Sartre identifica a prosa com a linguagem utilitária, na qual as palavras são instrumentos ou designações de objetos, isto é, signos, ao passo que a poesia se coloca ao lado da imagem.

Isto se explica porque, sendo a mimese poética basicamente uma atividade da imaginação, o produto dessa atividade é um conglomerado de imagens. Poesia e imagem tornaram-se noções praticamente coextensivas e quase tautológicas nos modernos estudos de poética, decorrendo dessa implicação diversos usos e significados. O termo imagem tanto pode designar uma simples metáfora ou o conjunto de todas as figuras de linguagem quanto a própria referência poética. Devido à ampla elasticidade do termo, fala-se igualmente das imagens do poema quanto do poema como imagem. E por mais que nos empenhemos em precisar-lhe o sentido, restarão sempre inúmeras franjas de ambigüidade. É que a natureza da imagem poética confunde-se, em última instância, com a natureza da própria poesia, ou seja, com algo que reúne num grupo de palavras aquilo que não existia e que existe agora nas palavras do poema.

Tudo o que se disse aqui sobre a imagem poética vale também para a metáfora, que não passa de um caso particular e privilegiado de imagem. A metáfora, vista no quadro geral da imagem, não será

apenas adorno retórico, figuração alegórica ou simples transferência de um termo para um âmbito de significação que não é o seu. E essa é a razão pela qual o poeta e ensaísta inglês T. S. Eliot chegou a admitir que toda a **Divina Comédia** não é mais do que uma metáfora amplificada. É importante acrescentar ainda, para que melhor se compreenda a essência do processo de criação literária relativo à poesia, que a metáfora é produto de uma concepção do mundo em que tudo é comparável com tudo e tudo é substituível por tudo. Em Homero, por exemplo, os primeiros raios de sol que indicam o rompimento do dia são descritos como os "róseos dedos da aurora". É também próprio da imagem e da metáfora valerem-se do conflito estabelecido pelo oposto, como sugeria no século XVII o maneirista espanhol Baltazar Gracián quando define essa idéia como uma "conexão de extremos". Três séculos depois, o surrealista André Breton foi capaz de afirmar que "a mais forte das imagens é aquela que apresenta o grau mais elevado de arbitrário". E é isso o que se vê num dos versos mais lembrados de Paul Éluard: "*La Terre est bleu comme une orange.*"

Ao longo dos séculos, o processo de criação literária específico da poesia passou por muitos estágios evolutivos, mas nenhum foi mais revolucionário e transgressor do que aquele que se instalou na segunda metade do século XIX, quando a poesia desafiou as exigências da sintaxe normativa e centralizou sua força no léxico. É em Baudelaire, Edgard Poe e Rimband que ocorre a ruptura definitiva e sistemática da dicção melodiosa do Classicismo. E na esteira destes surgirão Verlaine e, logo depois, Mallarmé, que, animado pelo ideal de uma poesia pura, irá praticar uma dicção obscura, polivalente, plástica e musical. Enquanto Verlaine sustenta que a poesia é uma atividade que deveria reger-se pelo princípio "*De la musique avant tous les choses*", Mallarmé diz que é preciso "*donner un sens plus pure aux mots de la tribu*". Instalam-se assim a ruptura do discurso, a descontinuidade semântica, a mistura heteróclita de coisas disparatadas, a desautomatização das associações e os choques verbais que iriam modificar para sempre a face da poesia. Se o Romantismo elegeu a palavra diretamente expressiva, saturando-a de uma plenitude vital em que se reconhecia o timbre pessoal do autor, o Simbolismo, depurando a palavra de suas implicações cotidianas e ba-

nais, aspirou à pureza etérea da música, enquanto ao Modernismo coube desarticular a seqüência das imagens e o encadeamento das idéias, descobrindo assim a poética das palavras grosseiras e vulgares, ou seja, aquela “estética do feio” a que se referia Baudelaire.

Tomei aqui a liberdade de me ocupar até agora do processo de criação literária que caracteriza a poesia porque é dele que, em boa parte, se nutrem os fundamentos da prosa. A civilização grega conhecia a poesia e o teatro, mas não a prosa de ficção como hoje a entendemos. A prosa do mundo helênico é a do relato histórico de Xenofonte e Heródoto, dos fragmentários poemas filosóficos dos pensadores pré-socráticos, dos diálogos de Platão e dos tratados de Aristóteles. Em Roma, por sua vez, a prosa que predomina é a da jurisprudência, da retórica e da oratória, e toda a prosa da Idade Média é antes doutrinária e filosófica do que propriamente ficcional. O romance de cavalaria ainda não é prosa de ficção, mas sim uma narrativa arbitrária e heroicizante dos fabulosos feitos e façanhas dos cavaleiros andantes. Não há ainda nesses textos o que se poderia definir como criação literária. Estamos no reino do romance pícaro e pastoral que dominaram a literatura durante todo o século XVI e boa parte do século XVII, onde vingou, ao lado daqueles, o gênero hoje quase extinto da epopéia, que se confunde e até mesmo dá origem à novela de cavalaria.

Comemora-se neste ano o quarto centenário de publicação da primeira parte daquele que, para quase toda a crítica contemporânea, constitui o primeiro romance moderno, ou seja, aquele em que já podemos distinguir o processo de criação literária que identificamos como a gênese da ficção ocidental. Refiro-me a *O engenhoso fidalgo Dom Quixote de la Mancha*, de Miguel de Cervantes Saavedra. Se é com Shakespeare que nasce o inglês moderno, com Montaigne e Pascal, o francês que hoje se fala, com Dante e Petrarca, o italiano que atualmente se conhece, com Camões, o português de que nos servimos aqui e do outro lado do Atlântico, é com Cervantes que se cristaliza a língua espanhola de nossos dias. O autor de **Dom Quixote** cria não apenas o moderno castelhano, mas também o romance realista como hoje o conhecemos. Na verdade, como nos ensina o escritor mexicano Carlos Fuentes, Cervantes inaugura a própria modernidade quando seu personagem, ao deixar em 1605 a

sua aldeia e ganhar o mundo, “descobre que o mundo não é parecido com o mundo sobre o qual ele andara lendo”. Após a queda de Constantinopla para os turcos em 1453, a descoberta do Novo Mundo por Colombo em 1492 ou a publicação, por Copérnico, de seu **Das revoluções das esferas celestes** em 1543, muitas coisas começaram a mudar no início do século XVII, ao passo que outras haveriam de sobreviver. E é por isso que o **Dom Quixote** nos parece tão moderno, mas também tão antigo e mesmo eterno. É que ele simboliza a ruptura de um mundo baseado na analogia e mergulhado na diferenciação, tornando evidente um desafio que consideramos peculiarmente nosso, ou seja, como diz Carlos Fuentes, o de “como aceitar a diversidade e a mutação do mundo, conservando ao mesmo tempo o poder do espírito para a analogia e a unidade, de modo que esse mundo em mutação não perca o sentido.”

A obra-prima de Cervantes foi escrita naquele período crucial de transição entre a baixa Idade Média e as primeiras luzes do Renascimento, quando a Contra-Reforma já denunciava os primeiros sinais de fraqueza e o Barroco começava a ganhar corpo em quase todas as manifestações artísticas. E o processo de criação literária em Cervantes reflete toda essa transformação. Claro está que esse processo já vinha sendo anunciado por Geoffrey Chaucer, na Inglaterra, e François Rabelais, na França, mas é com Shakespeare e Cervantes que ele chega ao apogeu. É Cervantes que permite o aparecimento, em meados do século XVIII, do romance realista inglês de Richardson, de Fielding e de Smolett. Sua influência sobre o espírito e a técnica da narrativa ficcional é de tal ordem que o crítico norte-americano Lionel Trilling foi capaz de afirmar, em pleno século XX, que “toda prosa de ficção é uma variação sobre o tema do **Dom Quixote**”, ou seja, “o problema da aparência e da realidade”. E o ensaísta inglês Harry Levin nos assegura que o **Dom Quixote** é “o protótipo de todos os romances realistas” porque trata da “técnica literária da desilusão sistemática”.

Mas, segundo André Malraux, Cervantes não estava sozinho no início dessa revolução ficcional, pois em 1678, cerca de setenta anos depois da publicação do **Dom Quixote**, Madame de Lafayette escrevia **La Princesse de Clèves**, que é o primeiro romance moderno psicológico, interior, construído em torno das razões do cora-

ção. Mas o que irá prevalecer na obra dos romancistas dos séculos XVIII e XIX é mesmo o tema cervantino daquele mundo dividido entre a realidade e a ilusão, a sanidade e a loucura, o erótico e o ridículo, o visionário e o escatológico, o realismo barroco e pessimista das novelas picarescas e o idealismo renascentista do romance pastoril e de toda a literatura da cavalaria andante. E dessas formas dialéticas de conflito serão herdeiros os romancistas ingleses do século XVIII, os russos Turgueniev, Gogol e Dostoievski, os franceses Flaubert e Stendhal, os alemães Schlegel, Goethe e Heine e toda uma plêiade de escritores que mudaram para sempre os destinos da literatura, incluindo-se aqui até mesmo o nosso Machado de Assis.

Depois de Cervantes, o processo da criação literária no Ocidente nunca mais será o mesmo, pois é com ele que se inicia um divórcio entre as palavras e as coisas. Como nos ensina Michel Foucault, o **Dom Quixote** “procura desesperadamente por uma nova coincidência, uma nova semelhança num mundo onde aparentemente nada se parece com o que antes parecia”. E o curioso é que estão presentes na obra cervantina todos os gêneros que se cultivavam em sua época e mesmo antes dela, o que estabelece um diálogo literário entre o picaresco, o pastoral, o romance de cavalaria e o bizantino, de modo que o passado e o futuro estão ali organicamente fundidos, e o romance se torna um projeto crítico ao mesmo tempo em que deixa de ser uma história contada em voz alta e se transforma numa narrativa escrita, do verso para a prosa e da taverna para a gráfica. Assim, embora seja o primeiro romance moderno, sua dívida para com a tradição é enorme, já que seu propósito, como todos sabemos, é a sátira à novela de cavalaria. No entanto, na medida em que é o último dos romances medievais, também celebra a sua própria morte, tornando-se o seu próprio réquiem.

Se aqui me detive talvez um pouco demais do que devia em Cervantes, foi porque não se pode entender sem o **Dom Quixote** as profundas e radicais transformações de forma e de estilo pelas quais, a partir dele, haverá de passar o processo da criação literária no campo da ficção. E nesse passo convém que se faça logo uma distinção que me parece crucial: até o século XVI, o termo *romance*, de origem espanhola, era utilizado para definir um breve poema narrativo de conteúdo lendário ou histórico; somente no século XVI

é que surge o termo *novela*, que designa uma narrativa extensa em prosa. Para os ingleses, entretanto, o romance seria uma narração em prosa cujo enredo é fantástico ou meio fantástico, reservando-se o termo *novela* para os romances de fundo realista. Mas essa diferença entre o romance e a novela foi sempre muito flutuante, e mais flutuante ainda se tornou a partir do século XIX, quando saíram de moda os romances muito extensos, em três ou quatro volumes. O que importa salientar aqui é que, para além dessas nuances, o romance é o gênero literário mais importante dos tempos modernos, ocupando o lugar deixado vago pela extinção da epopéia, e já foi definido como epopéia em prosa, o que não deixa de ser antes uma comparação do que propriamente uma definição.

No caso do romance, o processo da criação literária opera a partir de uns tantos elementos constitutivos fundamentais, a começar pelo enredo, que é talvez o mais importante deles. Pode-se pensar num conto sem enredo, como o admitem algumas teorias mais recentes, mas um romance sem enredo é inconcebível. Ainda assim, a partir da segunda metade do século XIX alguns escritores enveredaram pelo traiçoeiro caminho de tentar converter o gênero numa estrita obra de arte verbal, o que ocasionou forte reação por parte dos formalistas russos e da chamada escola de críticos de Chicago, que voltaram a destacar a importância e a dignidade literária do enredo. A crítica literária do século XIX insistiu muito na importância do comportamento e do caráter das personagens bem definidas, o que refletia uma preferência inspirada pela crítica da literatura dramática, especialmente das obras de Shakespeare. Mas essa visão do romance foi minada pelo aparecimento dos heróis fracos, indecisos ou mesmo medíocres, como em **Madame Bovary**, de Gustave Flaubert, ou em **Middlemarch**, de George Eliot. E no século XX surge até o anti-herói, sendo o primeiro plano ocupado por forças sociais ou de outra índole que o dominam. Exemplos de anti-heróis são, na literatura brasileira, as personagens machadianas de Dom Casmurro, de Rubião, de Brás Cubas ou de Quincas Borba, e o Macunaíma, de Mário de Andrade, é, como sabemos, um “herói sem nenhum caráter”.

Outro elemento de suma importância na estrutura do romance é o narrador. Em considerável parte dos romances, o enredo é

narrado na primeira pessoa, pela própria personagem principal, de modo que a obra nos dá a impressão de uma autobiografia imaginária. O romance moderno prefere, em geral, a narração na terceira pessoa, conduzida pelo próprio romancista, mas, enquanto em grande parte dos romances do século XIX o romancista-narrador intervéem com freqüência na narração, interrompendo-a por meio de reflexões sobre os acontecimentos e as personagens, prefere-se, em tempos mais recentes, o narrador neutro e invisível, que não tem opinião própria. E escritores como Henry James e Joseph Conrad esfacelaram o conceito do “narrador onisciente”, que sabe tudo do enredo, e entregaram a narração a um (ou mais de um) narrador intermediário, que ignora parte dos acontecimentos e só conta o que sabe, interpretando-o à sua maneira.

A relativa importância do enredo e das personagens e o papel do narrador determinam a forma do romance, que pode ser, segundo um crítico como Percy Lubbock, cênico ou panorâmico. Disso depende, por sua vez, a maior ou menor incidência do diálogo no processo da narração. Mas esta e outras teorias sobre o romance não nos permitem classificar de maneira mais pormenorizada os vários subgêneros da criação romanesca. Isto só seria possível se considerássemos não apenas o modo de tratamento dispensado aos materiais do enredo, mas também esses próprios materiais. Pode-se definir (e tratar separadamente) certas formas ficcionais, como, por exemplo, a do “romance histórico”, mas “romance realista”, aquele cujas raízes nos remetem a Cervantes, ou “romance psicológico”, que nos faz recuar até a obra de Madame de Lafayette, são expressões tão amplas e vagas que desafiam as definições. Apesar disso, temos de levar em conta que certa dose de realismo é indispensável ao gênero, pelo menos nos tempos modernos, e realistas foram, antes mesmo de Cervantes, escritores como Rabelais, Bunyan e Swift.

No longo e tortuoso transcurso de sua existência como uma das mais opulentas formas de criação literária, o romance adquiriu diversas e distintas feições de estrutura e de estilo. Assim, nos séculos XV e XVI prevaleceu o romance de cavalaria, entre os quais se incluem **A morte de Artur**, de Thomas Malory, **Tirant lo Blanch**, de Johanot Martorell, o **Amadís de Gaula** e o **Palmeirim de In-**

glaterra. Os romances galantes, pastoris e picarescos dominam o século XVII, e suas maiores expressões talvez sejam o **Lazarillo de Tormes** e a **Vida de Buscón**, este último de Quevedo. O século XVIII assiste ao aparecimento de diversas vertentes da criação ficcional, como as do romance sentimental, do romance de educação, do romance gótico, histórico e policial, do romance rural, do romance urbano, do romance político, do romance psicológico, do romance-ensaio e, afinal, do **nouveau roman** francês. É no cultivo desses subgêneros que avultam os nomes dos maiores romancistas dos tempos modernos, como os do Abade Prévost, Samuel Richardson, Goethe, Ugo Foscolo, Dostoievski, Turgueniev, Gogol, David Herbert Lawrence, Fielding, Balzac, Flaubert, Zola, Stendhal, Hardy, George Eliot, Dickens, Eça de Queirós, Castilho, Thomas Mann, Gorki, Malraux, Musil, Broch, Conrad, Calvino, Svevo, Pavese, Isak Dinesen, Gide, Proust, Robbe-Grillet e Nathalie Sarraute, entre muitíssimos outros.

Dizem alguns que, com a publicação do **Ulysses**, de James Joyce, em 1922, o romance teria entrado em colapso, já que essa obra tangencia não apenas a fímbria do esgotamento de todos os possíveis desdobramentos do gênero, mas também os limites da língua em que foi escrito. Tampouco seria possível prolongar a experiência do romance alegórico-metafísico de Franz Kafka. E já existe uma corrente de escritores alemães, liderada por Hans Magnus Enzensberg, para os quais a solução do impasse estaria no chamado “romance-documento”. Argumentos semelhantes lançam também alguns escritores franceses encabeçados por Philippe Sollers. Pessoalmente, não acredito nesse impasse, pelo menos nos termos em que atualmente ele é colocado, e aqui seria o caso de lembrar que a produção de romances, seja no estilo tradicional, seja de acordo com o que propõem as vanguardas, permanece inalterada.

Condenar à morte a poesia ou a prosa de ficção corresponde a assumirmos a condição de algozes da própria criação literária, e não foi para isso que aceitei o desafio de fazer esta conferência, como acredito que não foi esse o ânimo que trouxe todos os senhores a este auditório. Não creio, também, que estejamos vivendo as agruras e as incertezas de um período a que chamam, ao meu ver erroneamente, de pós-modernidade. Estamos, isto sim, num período

agônico, mas agônico naquele sentido de luta que lhe confere o espírito cristão, e que aqui prefiro chamar de baixa modernidade ou de modernidade tardia. Todos sabemos que, na história da humanidade, houve uma baixa Idade Média ao se apagarem as luzes do século XV, quando entraram em colapso não apenas a arte gótica e a filosofia escolástica, mas também os próprios destinos da cristandade. A esse desastre seguiram-se o Renascimento e o Iluminismo, que mudaram para sempre a face do homem. Quem sabe o Terceiro Milênio não nos reserve um outro Renascimento ou um novo Século de Luzes que nos liberte do imediatismo pragmático e do desenfreado hedonismo em que hoje nos consumimos? ☐

Aplicação da Regra do Artigo 366 do Código de Processo Penal nos Processos da Competência do Tribunal do Júri (Uma Questão Controvertida)

Paulo Roberto Leite Ventura

*Presidente da 1ª Câmara Criminal - TJ/RJ
e Diretor-Geral da EMERJ.*

Após o advento da Lei 9.271/96, que deu nova redação ao art. 366 do Código de Processo Penal, e que disciplinou o caráter legislativo misto ao encerrar comandos indissociáveis, de natureza penal e processual penal, um, benéfico ao réu quando cuida da suspensão do processo e, outro, a ele maléfico quando cuida da suspensão do prazo prescricional, a matéria vem agitando os Tribunais especialmente quando se discute sobre a aplicação ou não do referido dispositivo da lei processual penal, especificamente nos processos da competência do Tribunal do Júri.

Após meditar sobre o alcance da nova norma processual, rendendo todas as homenagens àqueles que pensam de modo contrário, cheguei à conclusão, que me parece não só lógica como razoável, dentro do campo da hermenêutica, que não se aplica o disposto

no art. 366 do Código de Processo Penal no processo especial do Júri, não só dada sua natureza bifásica como, principalmente, por estar preso a um rito e tramitação especiais.

A respeito, averbe-se, a Constituição Federal, recepcionando o Júri Popular, no seu art. 5º, inciso XXXVII, assim dispõe:

“É reconhecida a instituição do Júri, com a organização que lhe der a lei”, e demais consectários.

Partindo-se, pois, da própria norma constitucional, dúvida não há, a meu juízo, de que quando o legislador constituinte, com a mais absoluta clareza, faz referência expressa à *“organização que lhe der a lei”* desde logo disciplinou a norma infraconstitucional na medida em que excepcionou o Júri, tornando o seu processo diferente dos demais outros de rito ordinário, transformando o processo da competência do Júri Popular em um processo bifásico especial, de rito próprio, daí porque a norma de caráter geral nele não incide e com ele não pode conviver na sistemática processual.

Ora, bom é refletir que, quando a lei processual, com relação ao Júri, estabelece que se trata de processo bifásico, com um juízo de mera admissibilidade de acusação primária e em que a acusação secundária resultará concretizada por meio de libelo-crime acusatório que é deduzível da pronúncia transitada em julgado, decisão que põe termo à primeira fase processual, dando início ao juízo da causa, não há dúvida alguma de que está estabelecendo, também, que a citação para se ver processar tem finalidade bem diversa da citação própria para o processo de rito ordinário comum.

Com efeito, como regra inteligente de interpretação, quando um réu é citado para se ver processar, nos feitos da competência do Júri Popular, na realidade o que acontece é que *“o réu está sendo citado para se ver acusar”*, isto porque a colheita da prova na fase primeira, a do ***judicium accusationis***, tem por objetivo, apenas, formar contra o réu uma acusação meramente deduzível para que, ao depois, já agora na segunda fase, a do ***judicium causae***, venha o réu a ser efetivamente acusado, tendo como fonte de acusação não mais a denúncia, mas a pronúncia.

Averbe-se que o legislador processual penal cuidou do momento em que o processo da competência do júri deve ser suspenso, exatamente quando estatuiu, no art. 413 do Código de Processo Penal, a seguinte regra:

“O processo não prosseguirá até que o réu seja intimado da sentença de pronúncia”

“Parágrafo único: se houver mais de um réu, somente em relação ao que foi intimado prosseguirá o feito.”

Portanto, as providências previstas no artigo acima referido são exatamente aquelas que a lei nº 9.271/96 determina para os processos comuns, modificativos do art. 366 citado, só que destinadas ao julgamento da causa do Júri, isto é, determinadas para ser processadas depois da pronúncia, em sede do **judicium causae**.

A questão aqui posta em debate doutrinário está presa a princípios gerais de interpretação, na medida em que a lei processual não está redigida nem como mandamento, nem como **status**; nem tampouco está escrita como uma delimitação jurídica para determinar a ilicitude da conduta humana. A lei processual, não há dúvida, é uma descrição, porque o legislador ao editá-la descreve como o processo se realizará no futuro, estabelecendo uma relação dinâmica, em marcha desde a inicial até a sentença e sua execução. A lei processual de ritos se mostra tal como fosse a descrição de um itinerário a ser percorrido, sob pena de subversão da ordem processual, capaz de viciar o feito por nulidade.

Portanto, não se compreenderia que o réu, citado por edital com processo suspenso, em crime doloso de natureza inafiançável, até então foragido, viesse a ser capturado antes da pronúncia e, depois de pronunciado, nova fuga intentasse, fosse, por conseqüência, uma segunda vez beneficiado com a paralisação do processo, agora em nível do juízo da causa, por incidência da regra processual insculpida no art. 413 da Lei Processual Penal.

O argumento de que inexistente conflito entre a norma do art. 366 citado, inserida no título X – “Das citações e intimações” – Capí-

tulo I – “Das citações”, e aquela preceituada no art. 413 do Código de Processo Penal, contemplada no Capítulo II – “Do processo dos crimes de competência do júri”, distinguindo a suspensão do processo por ser o réu revel, com o não prosseguimento do processo, até que o réu seja pessoalmente intimado da sentença de pronúncia, intimação esta que se aplica, também, aos réus não revéis, com o maior respeito a esta respeitabilíssima opinião, tenho que não se amolda a uma boa exegese, posto que, a todas as luzes, parece indubitoso que a solução está pacificada na própria regra da especialidade, na medida em que o art. 366 do Código de Processo Penal é de aplicação geral, no procedimento comum e a regra do art. 413 do mesmo **codex** diz respeito ao procedimento especial do Júri que, por força do princípio da especialidade, se sobrepõe àquela outra, cabendo realçar que o procedimento comum culmina com o decreto de condenação ou absolvição, ao tempo em que o procedimento especial do Júri, na fase primeira de sumário ou instrução, culmina com um juízo de mera admissibilidade da acusação, sem que o Juiz decida **pro et contra**, mas apenas **secundum eventum litis**. Ademais, a instrução criminal no procedimento comum é peremptória, ao passo em que no Júri ela é dilatória, podendo ser toda refeita, se for o caso, por ocasião do julgamento pelo Juiz Natural da causa, que é o Conselho de Sentença.

Com relação ao processo do Júri, o legislador criou uma situação díspar quanto à necessidade de ser o réu intimado pessoalmente da sentença, o que traduz a conseqüência, freqüentemente apreciada na realidade, de poder continuar a causa, quanto a um ou alguns dos réus pronunciados, ficando, entretanto, estacionária, em relação a outro ou outros, que foragidos ou de paradeiro ignorado, não podem ser intimados pessoalmente da pronúncia, como se exige, no caso de infração inafiançável, isto porque um dos efeitos da pronúncia é sujeitar o réu a julgamento pelo Tribunal do Júri e, para que tal ocorra só poderá o processo prosseguir se exaurida a intimação pessoal do réu.

Rematando, entendo que o art. 366 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.271/96, não se aplica aos procedimentos do Júri, os quais obedecem a forma, rito e

tramitação próprios, daí porque, não obstante revel o réu, o processo, na fase de instrução, que culminará com o exercício do juízo de mera admissibilidade (**judicium accusationis**), há que prosseguir até alcançar o momento processual que contempla o art. 413 do Código de Processo Penal, se for o caso.☰

O ÓRGÃO ESPECIAL NA REFORMA DA JUSTIÇA

Nagib Slaibi Filho

Desembargador TJ/RJ

Professor - EMERJ e UNIVERSO

Art. 93.....

XI - nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.

1. A CRIAÇÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL

A Emenda Constitucional nº 7, de 14 de abril de 1977, outorgada pelo Presidente Ernesto Geisel no bojo da crise em que colocou o Congresso Nacional em recesso, acrescentou o inciso V do art. 144 da Constituição de 24 de janeiro de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, com a seguinte dicção (formulação):

V - nos Tribunais de Justiça com número superior a vinte e cinco desembargadores será constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais de competência do Tribunal Pleno, bem como para a uniformização da jurisprudência no caso de divergência entre seus grupos ou seções;(...)

Note-se a redação do dispositivo, com o imperativo a dominar o núcleo da norma (será constituído), assim sem permitir a alternativa aos tribunais de deixar de criar o mencionado órgão.

Em consequência, desde a redação da Emenda Constitucional nº 7, de 1977, o órgão especial tornou-se órgão fracionário natural, de direito próprio (*sui iuris*), na organização dos tribunais com número superior a vinte e cinco membros, idéia-matriz que levou às disposições da LOMAN, abaixo transcritas, a exigir até mesmo a observância do quinto constitucional na sua composição.

A Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979 (LOMAN), repetiu o texto constitucional no art. 16, dedicado aos Tribunais de Justiça,¹ dizendo mais adiante:

Art. 99 - Compõem o órgão especial a que se refere o parágrafo único do art. 16 o Presidente, o Vice-Presidente do Tribunal de Justiça e o Corregedor da Justiça, que exercerão nele iguais funções, os Desembargadores de maior antigüidade no cargo, respeitada a representação de advogados e membros do Ministério Público, e inadmitida a recusa do encargo.

§ 1º Na composição do órgão especial observar-se-á, tanto quanto possível, a representação, em número paritário, de todas as Câmaras, Turmas ou Seções especializadas.²

§ 2º Os Desembargadores não integrantes do órgão especial, observada a ordem decrescente de antigüidade, poderão ser convocados pelo Presidente para substituir os que o compo-nham, nos casos de afastamento ou impedimento.

Na redação originária, dispõe a Constituição de 1988, mantendo o mesmo padrão da constituição revogada e assim levando à repristinação das disposições da LOMAN sobre o tema, somente

¹ Na Constituição anterior, a referência ao órgão especial somente poderia se dar quanto aos tribunais estaduais, pois os tribunais federais então existentes tinham a sua regulamentação na própria Constituição e nas leis federais. A Emenda Constitucional nº 7, de 1977, a despeito de sua origem outorgada, e a LOMAN, lei complementar que regulamentou os dispositivos constitucionais sobre o Poder Judiciário, tiveram a inexcusável qualidade de representar o grande passo na integração da Justiça brasileira, com a sua nacionalização e unificação, vencendo a dicotomia até então existente com a divisão entre Justiça federal e Justiça estadual.

² A pretendida representação paritária no órgão especial de todos os órgãos fracionários do tribunal tornou-se letra morta nos tribunais de grande número de integrantes, bastando notar que, no início de 2005, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, depois de absorver os tribunais de alçada em 1998, contava com 160 integrantes, 18 câmaras cíveis e 8 câmaras criminais. Como se deve obedecer à proporção do quinto constitucional, referido no caput do art. 99 da LOMAN, no caso 5 desembargadores, e como os órgãos diretivos integram necessariamente o órgão especial (no Rio de Janeiro, um Presidente, três Vice-Presidentes e um Corregedor) sobriariam 15 cargos para atender a 26 órgãos fracionários...

prevendo, diversamente, a facultatividade da instituição do órgão especial:

XI - nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do tribunal pleno.

2. OBJETIVO E DENOMINAÇÃO

O objetivo da criação do órgão especial foi evitar que se tornasse praticamente impossível nos tribunais com grande número de integrantes o processamento e julgamento das causas, bem como a deliberação administrativa.

Contudo, foi arbitrária a escolha do número vinte e cinco integrantes para autorizar a instituição do órgão, pois se o tribunal contar com vinte e seis membros e se constituído o órgão especial com onze membros, os seus quinze juízes mais modernos dele ficarão excluídos, embora possam ser convocados para substituir os juízes efetivos nos seus afastamentos e impedimentos atendida a ordem de antiguidade.

A instituição do órgão especial, se atendeu ao objetivo de racionalização, por outro lado criou uma distinção entre os membros do tribunal, distinção esta que a Emenda Constitucional pretende minorar com a eleição da metade de seus integrantes.

Além do mais, uma Corte de Justiça com vinte e cinco integrantes oferece imensas dificuldades para o processamento e julgamento das causas, principalmente ações penais originárias, lembrando-se que todos os integrantes, não só o relator e o revisor, podem suscitar argüições preliminares, pedir vista dos autos, além de ter o dever de fundamentar o voto.³

³ O julgamento por tantos integrantes não raras vezes demora muitos dias seguidos, como se viu, por exemplo, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nas ações penais por fraudes previdenciárias. Em face do disposto no art. 29, X, da Constituição, que atribui ao Tribunal de Justiça competência para a ação originária contra o Prefeito Municipal, no Tribunal do Rio de Janeiro prevê o regimento interno que tal competência incumbe à Seção Criminal, que, no entanto, tem quorum mínimo de 9 juízes. Note-se, ainda, somente é possível a decisão monocrática nas hipóteses previstas no art. 557 do Código de Processo Civil, também aplicável ao processo criminal (Súmula 69 do TJ-RJ): Aplicase ao processo penal, por analogia, o art. 557 do Código de Processo Civil, Súmula da Jurisprudência Predominante (Art. 122 RI) nº 2002.146.00001 (Enunciado Criminal nº 01, do TJRJ) - Julgamento em 04/08/2003 - Votação: por maioria - Relator: Des. J. C. Murta Ribeiro - Registro de Acórdão em 05/03/2004 - fls. 565/572.)

Como se vê nas transcrições dos dispositivos constitucionais e legais, a denominação deste órgão judiciário não constituiria nome próprio, mas mera designação especial de um órgão fracionário.

No entanto, a prática dos tribunais em um quarto de século levou à adoção da denominação de Órgão Especial na maioria dos tribunais, utilizando-se, também, a expressão Corte Superior e Corte Especial, como no Superior Tribunal de Justiça.

3. O REGIME JURÍDICO DO ÓRGÃO ESPECIAL

Por este sucinto histórico se vê que a Emenda Constitucional nº 45 introduziu, no regime jurídico do órgão especial, viscerais alterações.

A primeira grande alteração diz respeito à própria natureza jurídica do órgão especial, pois no regime constitucional anterior podia afirmar o Supremo Tribunal Federal que, em face do inciso V do art. 144 da Constituição, não é o órgão especial dos Tribunais de Justiça grau de carreira da magistratura, mas apenas mais um órgão que estes comportam.⁴

Antes, o órgão especial era apenas mais um órgão fracionário dos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores.

Agora, pela nova redação do art. 93, XI, o órgão especial poderá ser constituído, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.

Note-se: antes, no derogado regime constitucional, o órgão especial era órgão natural nos tribunais com expressivo número de integrantes; com a Constituição de 1988 foi dito que poderia ser instituído ou não; e, agora, com a Emenda Constitucional nº 45, afirma-se que exerce atribuições delegadas do plenário.

Enfim, antes o órgão especial existia por direito próprio (*sui iuris*), como órgão natural e obrigatório em tribunais com número

⁴ Revista Trimestral de Jurisprudência nº 109, p. 1.128.

expressivo de integrantes; agora constitui órgão facultativo, a exercer atribuições derivadas, por delegação (*alieni iuris*).

Com a Emenda Constitucional nº 45, a competência de instituição e organização do órgão especial passou a ser do Tribunal Pleno (o conjunto de todos os juizes do Tribunal), em processo com diversas fases que se sucedem de acordo com a decisão tomada na fase anterior:

1º) constituir ou não o órgão especial. No regime constitucional anterior era obrigatória a instituição; no regime da Constituição de 1988, a instituição é facultativa, embora tal opção seja muito restrita em face do império das circunstâncias de cada caso concreto. Imagine-se o tempo que custaria o julgamento de uma causa por centenas de juizes, os quais são juizes de fato e de direito, com o dever de fundamentar cumpridamente os seus votos, nos termos do art. 93, IX, da Lei Maior, diferentemente do Senado, com 81 integrantes, no julgamento das causas referidas no art. 52, I e II, da Constituição, os quais votam simplesmente respondendo às perguntas *sim* ou *não*.

2º - escolher o número de integrantes, entre onze e vinte e cinco membros, inclusive dizendo se o presidente somente vota em caso de empate ou de necessidade de formação do *quorum* como exigido, por exemplo, no art. 97 da Constituição. Ressalte-se que não é obrigatório que o órgão especial tenha número ímpar de integrantes, a despeito de o texto constitucional mencionar números ímpares, ao dizer que será composto de onze a vinte e cinco membros. Aliás, pelo dever de ser constituído paritariamente entre juizes mais antigos e eleitos, melhor que sua composição se faça com número par, assim se evitando a sobra. Em face da prevalência atual do art. 102 da LOMAN,⁵ a exigir que os órgãos diretivos do tribunal (Presidente, Corregedor, Vice-Presidente) integrem a cota de anti-

⁵ A eleição de metade dos integrantes do órgão especial, como previsto na EC 45, representa um sério golpe na orientação adotada pelo art. 102 da LOMAN no sentido de que sejam os órgãos diretivos escolhidos entre os mais antigos, pois, em tese, poderá a metade eleita ser constituída pelos integrantes mais modernos, em contraposição à metade mais antiga, na qual se integram os órgãos diretivos. A orientação do art. 102 da LOMAN tem sido mantida pelo Supremo Tribunal Federal e até mesmo estendida aos tribunais que não sejam os estaduais, mas merecerá, na prometida Lei da Magistratura, um amplo debate que desde logo se adivinha imprevisível nos seus resultados.

guidade, naturalmente os integrantes eleitos não compreenderão os órgãos diretivos;

3º - entre as suas competências jurisdicionais e administrativas, escolher quais serão delegadas ao órgão especial. Evidentemente, tal escolha não se mostra arbitrária, devendo as causas ser escolhidas de acordo com a relevância do órgão, que representa a cúpula ou Corte Superior do Tribunal, pois irrazoável seria dedicarlhe competência para processar e julgar causas consideradas de menor importância, como as apelações nas ações sumárias e nas ações de despejo, a que o Código de Processo Civil até mesmo dispensa a revisão.

Então, o centro de atuação dos tribunais deixou de ser o órgão especial e retornou ao plenário, assim completando o círculo histórico, como alguns não deixam de observar: até 1977, a totalidade dos juízes exprimia a vontade coletiva do tribunal e o governo autoritário, sob o argumento de que era necessário agilizar a Justiça, restringiu o poder de deliberação, inclusive em relevantes temas administrativos, a um corpo bem menor e que possivelmente seria mais bem controlado.

A expressão delegação, que se encontra no novo dispositivo, é a chave para a compreensão da norma constitucional e não foi ali colocada acidentalmente, mas devolve ao pleno dos Tribunais, por sua maioria, a responsabilidade de decisão sobre as questões mais importantes da sua organização.

Assim, aos tribunais, pelo conjunto de seus juízes efetivos, incumbe originariamente, pelo disposto nos arts. 96, I, e 93, XI, da Constituição, ao menos o seguinte:

- elaborar os regimentos internos, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; e
- eleger os órgãos diretivos;

Pode o pleno delegar ao órgão especial a elaboração do regimento interno e a eleição dos órgãos diretivos?

Embora a matéria admita controvérsia, a resposta é afirmativa, pois a Constituição não impede tal, mesmo porque somente exige, mas não limita, a delegação no mencionado dispositivo.

Quanto à eleição, o voto direto e secreto, como instrumento da democracia indireta ou representativa, ou como meio de escolha da democracia direta, não pode ser tirado do cidadão-eleitor, e pode até servir de paradigma para os órgãos estatais, mas não se torna, por si só, direito com fundamento em cláusula pétrea em se tratando do funcionamento de órgãos estatais, quaisquer que sejam, ainda que tribunais cuja primeira característica é a independência pessoal de seus juízes.

Enfim, os órgãos estatais admitem a eleição indireta ou representativa, pois somente constitui cláusula pétrea, nos termos do disposto no art. 60, § 4º, da Constituição, o voto direto e secreto do titular da soberania popular, não daqueles que, por derivação, exercem o poder.

A se considerar que, juiz é o titular do poder, ou representante do titular do poder, e assim não poderia delegar suas atribuições, constitui entendimento que, levado às últimas conseqüências, conduziria a um resultado absurdo, exigindo que todas as causas fossem processadas e julgadas conjuntamente por todos os integrantes do tribunal sem possibilidade de se atribuir competência a órgão fracionário.

Poderia a lei complementar que regulamentar o art. 93, IX - no caso, a Lei da Magistratura -, dispor que a elaboração do regimento interno e a eleição dos órgãos diretivos sejam feitas pelo órgão especial existente no momento da entrada em vigor de suas regras?

É possível que sim, mas ficará faltando, na instituição do órgão especial e de sua competência, a manifestação do plenário, o qual é o único com o poder de delegação, pois o órgão especial hoje nada mais é do que objeto de uma delegação.

Insista-se: a nova redação coloca o pleno do tribunal como titular do poder de delegação, e o órgão especial deixou de ser órgão fracionário obrigatório para ser opcional.

Veja-se o significado jurídico de delegação:

*Derivado do **latim delegatio**, de **delegare** (confiar, enviar, atribuir, constituir), exprime na linguagem jurídica, em sentido amplo, a concessão ou a transmissão de um poder, atribuído*

ou inerente a uma pessoa, promovida por esta a outrem para que pratique atos, que lhe eram confiados, ou exerça função, que lhe era atribuída ou confiada.

A delegação, assim, em sentido genérico de substituição de pessoa, na execução de determinados atos, ou na atribuição de poderes a uma pessoa para o exercício de certas funções, confunde-se, ou equivale, aos institutos da comissão ou do mandato, tomados, também, em lata significação, pois que, em própria acepção, em qualquer aspecto, delegação revela sempre transmissão ou constituição de poderes. E, neste sentido, delegação possui a mesma equivalência de representação e outorga de poderes.

No entanto, embora o mandato, propriamente, indique uma delegação, análogos no efeito representativo que ambos têm, a delegação conduz acepção muito mais ampla, pois que, na representação que atesta não se conferem, em princípio, somente os poderes anotados e restritos, que formam objeto do mandato jurídico.

Os poderes contidos na delegação são mais extensos, abrangendo maior soma de atos.

(, , ,)

A delegação pública, conferida a autoridades ou aos poderes públicos, é sempre autorizada pela própria lei, em virtude de princípio instituído no Direito Constitucional. E se indica a soma de poderes atribuídos a um poder ou autoridade pública para desempenho de suas funções políticas ou administrativas.⁶

Enfim, somente o plenário de tribunal tem competência funcional para instituir, ou não, o órgão especial, à ele delegando, em caso afirmativo, as atribuições jurisdicionais e administrativas que entender cabíveis, inclusive, querendo, a elaboração de regimento interno, a eleição dos órgãos diretivos e demais órgãos administrativos, como o Conselho da Magistratura e as Comissões de Regimen-

⁶ **Vocabulário Jurídico**, de Plácido e Silva, atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, verbete "delegação".

to, normas, orçamento e outras, o processamento e julgamento das ações e recursos, bem como o poder de deliberar administrativamente.

E tanto é assim que não mais os integrantes do órgão especial se resumem aos juízes mais antigos, mas metade deles devem ser escolhidos por eleição.

Se aceitas as afirmações constantes do parágrafo anterior, chegar-se-á a dois níveis de regimento interno:

- o fundamental ou originário ou primário ou institucional, em que o pleno do tribunal, pelo voto da maioria de seus integrantes⁷, resolve o que delega ao órgão especial⁸ ; e

- o derivado, secundário ou orgânico, a ser elaborado pelo órgão especial de acordo com a delegação recebida do plenário.

Distinguindo-se o regimento interno, como acima descrito, em ao menos dois níveis, um deles de maior densidade normativa, há necessidade de se prever ao menos no regimento interno secundário o poder do órgão especial de resolver os eventuais conflitos que possam existir entre tais normas regimentais

Em conseqüência, deverão os tribunais, com mais de vinte e cinco juízes, realizar sessão plenária para decidir sobre o regimento interno fundamental, atividade que é privativa, ou melhor, é de competência funcional pelo fundamento constitucional, do Plenário.

4. APLICABILIDADE IMEDIATA DA NORMA

Como o que se vê nos demais incisos do art. 93, a maioria das normas ali decorrentes tem aplicabilidade imediata, inclusive a referente ao inciso em comento.

Aliás, tanto a norma tem aplicabilidade imediata que parece muito restrito o campo de normatização da futura lei complementar, ou de resolução do Conselho Nacional de Justiça ou de resolução interna do pleno do tribunal sobre o exercício do seu poder de delegação e de eleição da metade dos integrantes do novo órgão.

⁷ A regra geral do *quorum* de deliberação e de votação é a constante do art. 47 da Constituição, que, mais que regra ou preceito aplicável somente ao Congresso Nacional, constitui um princípio de orientação da atuação dos órgãos colegiados em qualquer dos Poderes e até das entidades privadas.

⁸ Poderá até mesmo o plenário deliberar que fica mantido o vigente regimento interno, sem alterações, mas a ele é que caberá tal nível de decisão.

Vejam-se alguns pontos que podem aflorar nos processos antes referidos, sendo certo que estes e outros deverão ser resolvidos incidentalmente pelo pleno e, ainda que existisse complementação legislativa ou normativa, certamente não ficarão imunes ao controle judicial que será feito, afinal, pelo Supremo Tribunal Federal em face do disposto no art. 102, I, n, da Carta Magna, porque é causa de interesse da magistratura nacional.

Entre 8 de dezembro, dia da Justiça, data da promulgação da Emenda Constitucional 45 e o dia 31 de dezembro, quando foi publicada, em todos os tribunais que contem ou pudessem contar com o órgão especial, ocorreram intensos debates no sentido de saber se haveria necessidade de convocar o pleno para os fins explícitos na norma constitucional, resultando, após consultas com a Presidência do Supremo Tribunal Federal, que a norma constitucional mereceria complementação posterior, o que dispensaria, ao menos por enquanto, a pretendida convocação.

Tal solução - a de se aguardar a complementação ou da Lei da Magistratura, referida no *caput* do art. 93 da Constituição, ou de resolução do Conselho Nacional de Justiça - mereceu de todos o imediato cumprimento, assim se evitando debates que certamente vão desaguar, afinal, no Plenário do Supremo Tribunal Federal.

4.1. A alternativa de se instituir, ou não, o órgão especial

Somente os tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores têm o poder de escolher sobre a instituição de órgão especial.

Em caso negativo, *tout court*, basta a manifestação da maioria votando negativamente ao quesito prejudicial deve ser instituído órgão especial? Assim, se negativa a opção pela instituição de órgão especial, evidentemente não carecerá a norma constitucional de complementação pela Lei da Magistratura ou até mesmo resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Em caso afirmativo, passa-se a outro nível decisório.

4.1.1. Temporariedade da delegação

Outro tema que decorre da expressão "delegadas" encontrada no dispositivo constitucional em comento, é a necessidade de se

colher, ao menos periodicamente, a vontade do pleno para se saber se deve, ou não, ser instituído o órgão especial. Se os atuais integrantes entenderem de não constituir tal órgão, sua manifestação de vontade não tem o condão de vincular todos os demais integrantes do tribunal ***ad perpetuam rei memoriam***.⁹

A decisão que a Constituição ora imputa ao pleno caracteriza-se certamente por alguma estabilidade, mas certamente não por um grau de perenidade equivalente ao da Constituição originária (se houvesse tal perenidade...).

Nem, evidentemente, quanto à escolha dos membros eleitos, o que se deve repetir periodicamente¹⁰, pois a idéia da perpetuidade de mandato é incompatível não só com a temporariedade e responsabilidade que caracterizam o regime republicano¹¹, como da própria expressão constitucional em comento, desacolhendo o direito pátrio a delegação perpétua.¹²

Cessando o mandato, cessa também a competência funcional do juiz para prosseguir no processamento e julgamento da causa que lhe foi anteriormente distribuída, não incidindo os princípios da conexão e da perpetuação da jurisdição porque estes não podem vulnerar a vontade constitucional da temporariedade do mandato. A se admitir a prevenção a deflagrar a competência do juiz cujo mandato já expirou, teríamos em conseqüência de admitir que o mesmo se manteria competente até mesmo depois de extinto o mandato pelo decurso do prazo eletivo ou pela aposentação

⁹ Aliás, tive a oportunidade de me surpreender com a afirmação de um colega no sentido de que a nova regra constitucional somente se aplicaria para os tribunais que alcançassem número superior a 25 integrantes após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, como se existisse "direito adquirido" dos integrantes atuais do órgão especial a manter a situação jurídica anterior. Ora, a EC nº 45 não estabelece situações individuais, mas constitui, neste aspecto, norma de conteúdo organizatório e, assim, de caráter instrumental para a consecução dos seus objetivos. A se admitir tal entendimento, estariam imunes ao Conselho Nacional de Justiça todos aqueles magistrados que entraram na carreira antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45...

¹⁰ A Constituição não diz sobre o prazo da delegação, tema que poderia ser enfrentado por norma infraconstitucional. Enquanto esta não chegar, pode-se adotar por analogia, como decorre no art. 126 do Código de Processo Civil, o prazo de dois anos de duração do mandato dos órgãos diretivos, como estipulado no art. 102 da LOMAN.

¹¹ Neste aspecto, ver Geraldo Ataliba em sua clássica monografia sobre a república.

¹² Se o mandato é irrevogável, trata-se, na verdade, de alienação e não de representação. Em se falando de Direito Público, mais inviável a idéia da perpetuidade da eleição que a muitos fascinou logo na promulgação da Emenda Constitucional nº 45.

compulsória, ou, que voltaria a integrar o órgão especial somente para julgar ações acessórias daquelas que lhes forem originariamente distribuídas.

4.2. A fixação do número de membros

Se decidido instituir o órgão especial, passa-se ao procedimento de decisão da escolha do número de seus integrantes, o que, por si só, também oferece dificuldades, embora o aparente elastério que a disposição constitucional oferece entre onze a vinte e cinco membros.

Pode-se escolher número par, desde que se deixe ao presidente integrar o *quorum* para fins de atender ao número mínimo e somente o de votar em caso de desempate, ou, ao menos, preveja-se a convocação de suplentes para completar o número em caso de impedimento dos efetivos.

Número par resolveria questão decorrente de se fixar a metade de membros por antiguidade e a outra metade por eleição, embora número ímpar possa admitir solução análoga à hoje prevista no art. 100, § 2º, da LOMAN: nos tribunais em que for ímpar o número de vagas destinadas ao quinto constitucional, uma delas será, alternada e sucessivamente, preenchida por advogado e por membro do Ministério Público, de tal forma que, sucessiva e alternadamente, os representantes de uma dessas classes superem os de outra em uma unidade.¹³

Como os órgãos diretivos estão sempre entre os mais antigos, como exige o art. 102 da LOMAN¹⁴, não haverá nenhuma dificulda-

¹³ A norma do § 2º do art. 100 da LOMAN, Lei Complementar nº 35/79, é aplicável quando, ocorrendo vaga a ser preenchida pelo quinto constitucional, uma das classes se acha em inferioridade na composição do Tribunal. No preenchimento, então, dessa vaga, inverter-se-á a situação: a classe que se achava em inferioridade passa a ter situação de superioridade, atendendo-se, destarte, ao princípio constitucional da paridade entre as duas classes, Ministério Público e advocacia. Precedente do STF: MS 20.597-DF, Octavio Gallotti, Plenário, RTJ 120/75. V. - Mandado de Segurança indeferido (STF, Pleno, MS 23.972 - DF, Carlos Velloso, julgado em 12 de setembro de 2001).

¹⁴ Embora o art. 102 da LOMAN, ao estabelecer o procedimento e as condições de elegibilidade dos órgãos diretivos (Presidente, Vice-Presidente e Corregedor) esteja topograficamente situado na parte da lei que trata dos tribunais de justiça dos Estados, desde a vigência da Constituição de 1988, e certamente por falta de outra regra melhor, o Supremo Tribunal Federal tem galhardamente aplicado suas disposições a todos os tribunais, independentemente do número de integrantes.

de para situá-los na quota da antiguidade referida na nova disposição constitucional.

Por outro lado, se admitido o órgão especial com número menor haverá dificuldades, pois os antigos presidentes e os que já exerceram por duas vezes as funções de órgãos diretivos não dispõem mais de elegibilidade, mas, sendo antigos, integram o órgão especial e excluem outros, inclusive até mesmo órgãos diretivos que não possam se localizar na quota de antiguidade.

Outro tema é o de se saber se na composição do órgão especial deve ser obedecido o critério de proporcionalidade do quinto constitucional, como referido no art. 94 da Constituição e no transcrito § 2º do art. 100 da LOMAN.

Pode-se dizer que a nova disposição constitucional revogou tal quota-parte, pois somente prevê quotas pela antiguidade ou pela eleição, embora deva ser notado que geralmente os integrantes do quinto constitucional alcancem antiguidade no tribunal com idade menor que a dos integrantes da carreira.

Há precedente da Suprema Corte, no que se refere ao quinto constitucional, que pode ser adotado como paradigma de atuação em caso de se saber quanto incide a alternatividade se exigida a quota parte do quinto constitucional: Tribunal de Justiça. Se o número total de sua composição não for divisível por cinco, arredonda-se a fração restante (seja superior ou inferior à metade) para o número inteiro seguinte, a fim de alcançar-se a quantidade de vagas destinadas ao quinto constitucional destinado ao provimento por advogados e membros do Ministério Público.¹⁵

4.3. A denominação

Tema que não deixa de ser importante, e que o legislador constituinte deixou ao alvedrio dos tribunais, é a denominação do órgão especial, lembrando-se, como dito acima, que hoje são utilizadas expressões como Corte Superior ou Corte Especial.

De qualquer forma, admite-se que a denominação não pode perder de vista que se trata de órgão fracionário, integrante de um

¹⁵ STF, Pleno, Ação originária 493, do Pará, relator Octávio Galloti, julgada em 6 de junho de 2000.

tribunal, não parecendo adequado utilizar-se expressões que indicassem até mesmo alguma autonomia em face do poder delegante, no caso, o plenário.

4.4. A competência

Neste aspecto, pode-se resolver que o órgão especial terá a mesma competência prevista no regimento interno, o qual poderia ser simplesmente ratificado em todos os seus termos, salvo, evidentemente, quanto às atribuições do pleno.¹⁶

Se, no entanto, resolver-se pelo debate da nova competência, caberá indagar quais as competências jurisdicionais e administrativas, sendo certo que, enquanto não cessada a votação de tais itens, não se poderá passar para a eleição dos membros.

Quanto à eleição dos membros do órgão especial, decidido quantos serão os seus membros, desde logo se sabe que a metade será composta dos mais antigos e a outra metade eleita.

4.5. Procedimento das sessões de decisão e de eleição?

Ainda que se faça somente uma sessão do Pleno do Tribunal para decidir se haverá órgão especial e sua competência (temas que exigem alteração do Regimento Interno) e sobre a escolha dos membros eleitos, o procedimento será diferenciado.

A decisão sobre a existência do órgão especial e a competência ocorrerá na votação da resolução do plenário sobre o regimento interno, em procedimento normativo, de elaboração da norma regimental; já a decisão quanto à escolha dos membros eleitos constitui ato concreto, de conteúdo executivo.

O procedimento será aquele escolhido pela maioria absoluta dos presentes, necessário que compareçam ao menos mais da metade dos integrantes do pleno para o início da sessão, valendo a re-

¹⁶ A despeito do poder que lhe foi concedido pelo art. 96, I, a, da Constituição, de dispor sobre o seu regimento interno, há tribunais estaduais que pela força do hábito ainda atendem à orientação de remeter à Assembléia Legislativa projeto de lei alterando o código de organização judiciária para dispor sobre a competência dos órgãos dos tribunais através de lei estadual. A criação de cargos, com aumento de despesa, é atribuição do Poder Legislativo, mas a organização do próprio tribunal é tema que se insere não só no disposto no art. 96, I, a, como no art. 99, da Constituição, este a assegurar a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário.

gra geral do *quorum* do art. 47 da Constituição, que se aplica à deliberação dos órgãos colegiados, salvo se *quorum* diverso tiver sido estabelecido.

Como os tribunais com grande número de integrantes geralmente colocam em seus regimentos que cabe somente ao pleno a eleição de órgãos diretivos e a posse dos novos dirigentes, neles não há previsão para a convocação da sessão que deliberará sobre a instituição, ou não, do órgão especial, e sobre a eleição da metade dos seus integrantes.

Embora sem previsão regimental, ao menos em homenagem ao papel de cabeça do tribunal, caberá ao Presidente do Tribunal o poder de convocar o pleno para tal fim, dispondo previamente sobre os procedimentos.

Das decisões presidenciais sobre procedimento, caberá recurso ao plenário, a ser julgado na forma determinada pelo regimento interno quanto aos atos presidenciais que não sejam judiciais; não havendo previsão, adote-se como paradigma de atuação o regimento interno do Congresso Nacional se não se preferir utilizar subsidiariamente o regimento interno do Supremo Tribunal Federal, se acaso prever a situação.

4.6. Elegibilidade para o órgão especial

São inelegíveis os mais antigos até o número dos integrantes natos do Órgão Especial, mesmo porque eles integrarão o órgão não por delegação, mas por direito próprio de antiguidade.


Se adotado por analogia o mesmo procedimento do art. 102 da LOMAN¹⁷ - critério que, de resto, deve ser atendido, como prevê a regra geral do art. 126 da lei processual civil, embora outro possa

¹⁷ Ação direta de inconstitucionalidade: inadmissibilidade da declaração de suspeição de Ministro do Supremo Tribunal. II. Poder Judiciário: elegibilidade para a direção dos Tribunais: LOMAN, art. 102: recepção pela Constituição, segundo a jurisprudência do Tribunal. Firmou-se a jurisprudência do STF no sentido da recepção pela Constituição de 1988, à vista do seu art. 93, do art. 102 da LOMAN de 1979, que restringe a eleição dos dirigentes dos Tribunais aos "seus juízes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção" (ADIn 1422-RJ, precedente, 09.09.89, Galvão, DJ 12.11.99; ADIn 841, precedente, 21.09.94, Velloso, DJ 24.03.95; MS 20911, 10.05.89, Gallotti, RTJ 128/1141; ADInMC 1152, 10.11.94, Celso, DJ 03.02.95; ADInMC 1385, 07.12.95, Néri, DJ 16.02.96): os precedentes - sem prejuízo da divergência do relator (voto na ADIn 1422, cit) - bastam à afirmação da plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade de norma regimental de Tribunal de Justiça que faz elegíveis todos os seus Juízes (Medida cautelar na ADI 2370 - CE, Sepúlveda Pertence, julgado em 13 de dezembro de 2000).

ser previsto no Estatuto da Magistratura ou resolução do Conselho Nacional de Justiça -, não se poderá apontar como inelegível o juiz que até então integrou o órgão especial por antiguidade, pois a inelegibilidade do art. 102 tem fundamento diverso.

Não se permite a recusa ao exercício da função de integrante do órgão especial por antiguidade, porque o exercício integra o feixe de direitos e deveres do juiz mais antigo.

O texto constitucional não prevê a hipótese da recusa à eleição, como permite o art. 102 da LOMAN, para os órgãos diretivos que exige que a mesma seja manifestada antes da votação; contudo, desde logo se prevê que tal recusa será comum para aqueles que estejam em vias de integrar o órgão especial pela cota de antiguidade.

O Estatuto da Magistratura poderá prever, até mesmo, a admissibilidade e o procedimento da recusa, bem como estabelecer o procedimento da eleição, com as respectivas condições de elegibilidade. 

FUNDAMENTOS, LIMITES E TRANSMISSIBILIDADE

ANOTAÇÕES PARA UMA LEITURA CRÍTICA, CONSTRUTIVA E DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL DA DISCIPLINA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Luiz Edson Fachin

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná; Doutor em "Direito das Relações Sociais" pela PUC/SP; membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional, da "International Society of Family Law", do IBDFAM, do IAB, do IAP e da APLJ - Academia Paranaense de Letras Jurídicas; autor de diversas obras e artigos.

1. INTRODUÇÃO: A CONFIGURAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA TRAVESSIA DO SÉCULO XIX AO SÉCULO XXI.

Construção teórica relativamente recente, a categoria dos direitos da personalidade é proveniente especialmente de elaborações doutrinárias germânicas e francesas da segunda metade do século XIX.

A oposição tradicional à existência conceitual dos Direitos da Personalidade, fundada em uma concepção patrimonialística do

Direito Civil, além de questionar a natureza desses direitos, pois marcados essencialmente por valores existenciais, vacilava sobre o seu conteúdo e a extensão da sua disciplina jurídica.

A crítica à existência dos direitos da personalidade sustenta ainda que, se a personalidade for identificada com a titularidade de direitos, ela não poderia, ao mesmo tempo, ser considerada como objeto deles, sob pena de se entrar em uma contradição lógica.¹

Para Savigny, que adotava essa via, que ora posiciona a pessoa humana como sujeito, ora como bem da personalidade, a admissão dos direitos da personalidade levaria à legitimação do suicídio ou à automutilação.

Jellinek, ao seu turno, também foi um dos doutrinadores que objetaram a adoção da categoria dos direitos da personalidade, sob o argumento de que a vida, a saúde, a honra não se enquadram na categoria do ter, mas do ser, o que os tornariam incompatíveis com a noção de direito subjetivo, predisposto à tutela das relações patrimoniais e, em particular, do domínio.²

Após a superação das controvérsias históricas sobre a conceituação dos direitos tidos como da personalidade, restou amplamente aceito que "o homem, como pessoa, manifesta dois interesses fundamentais, como indivíduo, o interesse a uma existência livre; como partícipe do consórcio humano, o interesse ao livre desenvolvimento da 'vida em relações'. A esses dois aspectos essenciais do ser humano podem substancialmente ser reconduzidas todas as instâncias específicas da personalidade".³

Sob essa perspectiva é que se desenvolveram os substratos teóricos que alicerçaram, na contemporaneidade, os direitos tidos como da personalidade.

Nessa linha, de afirmação da existência de um conteúdo próprio dos direitos da personalidade, Adriano de Cupis, em passagem

¹ ENECERUS. **Tratado de Derecho Civil**. V. I. Parter General. Barcelona: Bosch, 1947. p. 307.

² Como bem anota TEPEDINO, Gustavo. "A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro". In: **Temas de Direito Civil**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 25.

³ GIAMPICOLO, Giorgio. **La Tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza**. Apud.: TEPEDINO, Gustavo. "A Tutela da Personalidade do Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro". In: **Temas de Direito Civil**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 25.

clássica, afirma que "existem direitos sem os quais a personalidade restaria em uma atitude completamente insatisfeita, privada de qualquer valor concreto; direitos desacompanhados dos quais todos os outros direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo: a ponto de chegar-se a dizer que, se esses não existissem, a pessoa não seria mais a mesma".⁴

O estabelecimento e a previsão legal dos direitos tidos como da personalidade se deu, essencialmente, nas constituições do pós-guerra, que passaram a adotar uma perspectiva de proteção integral da pessoa humana e que, por consequência, abrange a personalidade.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da república e os direitos que materialmente emergem da dignidade e da sua afirmação e proteção foram tomados como fundamentais.

Em 2003, com a entrada em vigor do novo Código Civil, a disciplina dos direitos da personalidade passou a se dar, também, por meio da legislação infraconstitucional, que prevê e os rege nos artigos 11 a 21 do capítulo 2 da Parte Geral da codificação.

Embora já houvesse a disciplina constitucional de proteção integral da pessoa humana e, por conseguinte, dos seus correlatos direitos de personalidade, por meio do exame sistemático da dignidade humana e dos direitos fundamentais, em suas múltiplas dimensões, que, por si trazem uma tutela geral da personalidade, optou o legislador ordinário, na edição da Lei 10.406/02 a também disciplinar a matéria nos artigos acima mencionados.

Por conseguinte, nada obstante essa opção legislativa de incluir a disciplina dos direitos da personalidade no interior da codificação, cuja racionalidade é objeto de severa crítica, não é possível, na contemporaneidade, se fazer uma análise mais ampla dos direitos da personalidade desvinculada de um exame de proteção da dignidade humana e dos direitos a ela correlatos.

Esse entendimento fora esboçado, já em 1980, por Francisco Muniz e José Lamartine Corrêa de Oliveira, no sentido da "impossibilidade de uma construção doutrinária que busque construir essa

⁴ CUPIS, Adriano de. **I diritti della personalità**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 18.

cláusula geral e se feche dentro do campo do direito civil, ignorando os fundamentais princípios que asseguram o respeito à dignidade da pessoa humana".⁵

Na mesma toada, sustentam os ilustres civilistas que "no plano doutrinário, isso significa que só através do entendimento da ordem jurídica como um todo, que tem por base uma hierarquia de valores, dentro da qual ocupa lugar primacial a noção de que o ser humano é pessoa, dotada de inalienável e inviolável dignidade, é possível dar à noção de direitos da personalidade a sua real amplitude. Para tal, é necessário vincular a noção de direitos da personalidade à noção de direitos do homem".⁶

Essa é a perspectiva e o horizonte do presente estudo que pretende analisar o conteúdo, os limites e a transmissibilidade dos direitos de personalidade, à luz do exame do conceito, dos limites e da transmissibilidade dos direitos fundamentais, superando a exegese estrita da racionalidade codificada.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: DO DIREITO NATURAL AOS DIREITOS HUMANOS

Tomar esse caminho ora explicitado dos Direitos da Personalidade, significa sustentar a impossibilidade de uma visão puramente privatística de direitos da personalidade, desvinculada dos direitos do homem, e pressupõe um exame acurado da fundamentação da dignidade da pessoa humana que subjaz aos direitos da personalidade.

Denota-se que o Direito, na contemporaneidade, marca-se pelo reconhecimento da necessidade de tutela dos valores essenciais para o ser humano, que outrora foram relegados a uma proteção indireta, quando existente.⁷

Argumenta-se, assim que, "para demonstrar que uma e outra categoria (direitos da personalidade e direitos do Homem) só podem

⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. MUNIZ, Francisco José Ferreira. "O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade". In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. nº 19. ano 19. Curitiba, UFPR, 1980. p. 228.

⁶ Idem. *Ibidem*.

⁷ CORTIANO JÚNIOR. Eroulths. "Alguns Apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade". In: FACHIN, Luiz Edson *et alii*. |(coord) **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ser entendidas à luz de uma noção de pessoa que supere o esvaziamento a que tal noção foi submetida pela carga histórica de uma educação jurídica positivista a pesar sobre sucessivas gerações de cultores do Direito".⁸

Nessa linha, embora o surgimento de questões relacionadas à dignidade do homem, entendida como valor intrínseco da pessoa humana, tenham raízes longínquas⁹ no pensamento clássico¹⁰ e na doutrina cristã, pode-se afirmar, consoante lição de Ingo Wolfgang SARLET que "no pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade"¹¹, e que somente após o fim da segunda grande guerra a concepção contemporânea da intangibilidade da dignidade da pessoa humana veio a se consolidar.

Nos séculos XVII e XVIII, período fértil no pensamento jusnaturalista, Ingo Wolfgang SARLET salienta que a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a idéia do direito natural

⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. MUNIZ, Francisco José Ferreira. "O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade". In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. nº 19. ano 19. Curitiba, UFPR, 1980. p. 230.

⁹ No período medieval, profundamente influenciado pelos pensamentos eclesiástico e estóico, destaca-se São Tomás de Aquino, que trouxe a lume o termo "dignitas humana". Expressão essa que veio a ser, inclusive, cunhada no período renascentista e na idade moderna. Foi com o pensamento cristão que a idéia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo, foi concebida. Neste diapasão pode-se afirmar que São Tomás de Aquino compreende a dignidade sob dois prismas diferentes: "a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe in actu só no homem enquanto indivíduo, passando desta forma o homem deve agora não mais olhar apenas em direção a Deus, mas voltar-se para si mesmo, tomar consciência de sua dignidade e agir de modo compatível. Mais do que isso, para São Tomás, a natureza humana consiste no exercício da razão e é através desta que se espera sua submissão às leis naturais, emanadas diretamente da autoridade divina". SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 29.

¹⁰ Nos séculos XVII e XVIII, período fértil no pensamento jusnaturalista, Ingo Wolfgang SARLET salienta que a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a idéia do direito natural em si passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Destacaram-se nesse período, Samuel PUFENDORF, para quem "mesmo o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada esta como a liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção" e Immanuel KANT, um dos grandes expoentes do desenvolvimento da temática. A concepção Kantiana acerca da dignidade tem como pressuposto a autonomia ética do ser humano, que engloba a liberdade de que dispõe a pessoa humana de optar de acordo com a razão e de agir conforme o seu entendimento e opção.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 30.

em si passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade¹². Destacaram-se nesse período, Samuel PUFENDORF, para quem "mesmo o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada esta como a liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção"¹³ e Immanuel KANT, um dos grandes expoentes do desenvolvimento da temática.¹⁴

A concepção Kantiana acerca da dignidade tem como pressuposto a autonomia ética do ser humano, que engloba a liberdade de que dispõe a pessoa humana de optar de acordo com a razão e de agir conforme o seu entendimento e opção.¹⁵

As constituições contemporâneas passaram adotar a dignidade da pessoa humana como fundamento, caso da CF/88, ou como um princípio, após a segunda metade do século XX, quando no âmbito do Direito Internacional, começa a delinear-se um sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos.¹⁶

Merece relevo o fato de que as bandeiras do movimento constitucionalista europeu, levantados no final do século XVIII, coincidem exatamente com a limitação do poder do Estado e a preservação de direitos individuais, Não obstante, somente cerca de duzentos (200) anos após esses direitos vieram a ser positivamente albergados, sendo que, a sua efetivação, ainda pode ser questionada. Nesse sentido, interessante a transcrição do artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "Toda sociedade, em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição".¹⁷

¹² Idem. *Ibidem*.

¹³ PUFENDORF, Samuel. *Apud*. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 32.

¹⁴ ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. "O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social". In: **Revista Interesse Público**, nº 4, 1999. Outubro/dezembro 1999. São Paulo: Notadez, 1999. p. 27.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 33.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 52.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia e VIEIRA, Renato Stanzola. **A Força Normativa dos Princípios Constitucionais: A Dignidade da Pessoa Humana**. p. 357.

No Brasil, somente em 1988, com a promulgação da atual constituição é que se erigiu "um sistema constitucional consentâneo com a pauta valorativa afeta à proteção ao ser humano, em suas mais vastas dimensões, em tom nitidamente principiológico, a partir do reconhecimento de sua dignidade intrínseca".¹⁸ Sistema esse, já assegurado pela Lei Fundamental Alemã desde 23 de maio de 1949; pela Constituição Portuguesa, desde 2 de abril de 1976 e pela Constituição Espanhola desde 29 de dezembro de 1978.

Inaugura essa fase de proteção internacional dos direitos humanos a Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948 e a Carta das Nações Unidas de 1945.¹⁹

Na Carta Magna de 1988, o legislador constituinte brasileiro, consentâneo com as influências das Constituições européias, já nomeadas, erigiu a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental da república, no artigo 1º, inciso III.

Além de fundamento da República (artigo 1º, III), o texto constitucional brasileiro recepciona a dignidade da pessoa humana, em outras três ocasiões: (i) como a finalidade assegurada no exercício da atividade econômica, tanto pelo Estado quanto pelos particulares (artigo 170, *caput*); (ii) como princípio essencial da família (artigo 226, § 7º) e (iii) como direito fundamental da criança e do adolescente (artigo 227, *caput*).

É preciso afirmar, ademais, que a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, é um valor que foi edificado ao longo da evolução histórica da humanidade. A essa espécie de juízo, opõem-se concepções jusnaturalistas, que entendem dignidade, como um valor superior, fundado em um modelo abstrato ou ideal, e

¹⁸ *Ibid.*, p. 358.

¹⁹ Esta última em seu preâmbulo, faz referência à dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos: "Nós, os povos das Nações Unidas, resolvemos preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indivisíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como nas nações grandes e pequenas (...)". No mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, deduz no seu artigo 1º: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros num espírito de fraternidade".

que possui validade independentemente de considerações espaciais ou temporais.²⁰

Sobre a dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que, no sentido em que é compreendida contemporaneamente como princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas, não foi constituída como valor fundamental desde os primórdios da história. Ou seja, não derivou de algum direito ideal constituído previamente ao ordenamento jurídico e válido perenemente. Ao contrário, a sua validade e eficácia como norma que foi elevada acima das demais regras e princípios, deriva da necessidade própria da sua integração e sua proteção nos sistemas normativos.

Essa perspectiva principiológica da dignidade humana informa e conforma todo o ordenamento jurídico, servindo de substrato normativo e axiológico para todos os demais direitos não patrimoniais, como os direitos da personalidade. O que permite, assim, afastar as concepções jusnaturalistas sobre as fontes dos direitos da personalidade.

É nessa linha, pois, que a vida deixa de ser apenas o primeiro e mais fundamental direito tutelado pelo ordenamento jurídico para se tornar condição essencial de possibilidade dos outros direitos. Desenvolve-se aí a concepção da supremacia da vida humana e, que, para ser entendida como vida, necessariamente deve ser digna.

Este paradigma impõe pensar a vida (existência) sob um aspecto material, ou seja, o ponto de partida deste modelo é a vida enquanto um conteúdo material, pois, a princípio, a vida é também biológica. Assim sendo, pode-se afirmar que a vida nunca irá reduzir-se a uma mera abstração, haja vista seu substrato concreto, físico e biológico.²¹

²⁰ Considerações importantes acerca de concepções jusnaturalistas dos Direitos Humanos, pode ser extraída da obra de Nelson Saldanha. Ver: SALDANHA, Nelson. "Direitos Humanos: Considerações Históricas - Críticas". In: **Arquivos de Direitos Humanos**. Celso D. Albuquerque Mello e Ricardo Lobo Torres diretores. V. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

²¹ MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001.

As críticas apresentadas à dignidade da pessoa humana, como uma concepção puramente abstrata, baseiam-se, ainda, no ideário cartesiano, que suprime uma visão física e biológica do seu pensamento, pois esteve sempre imbuído de uma índole essencialmente racionalista, própria do Iluminismo: "penso, logo existo".

Nesta perspectiva, portanto, este paradigma filosófico demonstra o fundamento material da dignidade da pessoa humana, soterrando as críticas quanto a sua feição abstrata e intangível.

Ultrapassados, então, estes temperamentos acerca da materialidade da dignidade da pessoa humana, convém, neste momento, a apresentação do núcleo do princípio em questão, que não visa apenas a garantir o respeito e a proteção da dignidade apenas no sentido, de assegurar um tratamento humano e não degradante e, tampouco conduz ao mero oferecimento de garantias à integridade física do ser humano.²² Ao contrário, pela sua amplitude não abstrata, é que a dignidade do ser humano deve ser assegurada. Nesse sentido, manifesta-se Maria Celina BODIN DE MORAES:

*Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os diretos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiências físicas e mentais, os não-proprietários, os consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade, os membros da família, os membros de minorias, dentre outros.*²³

Sob este olhar, não é possível olvidar que a dignidade da pessoa humana abrange todos os setores da ordem jurídica, inclusive os

²² BODIN DE MORAES, Maria Celina. Op. cit., p. 116.

²³ *Ibid.*, p. 117.

que disciplinam mais especificamente esses direitos, como o Código Civil, ao tratar dos direitos da personalidade.²⁴

A partir destas premissas, a doutrina intentou viabilizar o substrato conceitual do princípio-fundamento em tela, novamente a partir da concepção kantiana. Baseou-se nos postulados filosóficos do autor alemão para determinar que o conceito de dignidade, como um valor intrínseco à pessoa humana, deve afastar e mitigar tudo aquilo que puder reduzir a pessoa à condição de um objeto direcionado a um fim.

Enquanto conceito plurívoco e aberto torna-se impossível "reduzir a uma fórmula abstrata e genérica aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana". Assim, esta discussão acerca da dignidade e a delimitação do escopo que esta toma por base apenas pode ser levada a cabo no caso concreto. Deve-se haver a "verificação no caso concreto uma efetiva agressão contra a dignidade da pessoa humana".²⁵ Não obstante a dificuldade de delimita-

²⁴ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária..

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 107.

ção, Ingo Wolfgang SARLET identifica a integridade física, a isonomia, a proteção da vida e o resguardo da intimidade enquanto pilares fundantes do conceito hodierno de dignidade da pessoa humana.

Esses pilares que delimitam a dignidade da pessoa humana se aproximam dos direitos da personalidade, os quais, quando integrados, compõem uma noção que pode ser dita como conformadora da dignidade humana. Nesse diapasão, a integridade psicofísica, tida pela doutrina como um dos pilares que integram a noção da dignidade da pessoa humana, representa forte exemplo como direito da personalidade.

Ao tutelar a integridade psicofísica, dá-se um exemplo de como o ordenamento jurídico desloca-se de um lugar em que atuava como mero protetor de interesses patrimoniais, para postar-se agora como protetor direto da pessoa humana. Ao proteger (ou regular) o patrimônio, se deve fazê-lo apenas e de acordo com o que ele significa: suporte ao livre desenvolvimento da pessoa.²⁶

3. A INTEGRIDADE PSICOFÍSICA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE E PILAR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Por longa data, esteve plasmada a idéia de que o princípio da dignidade da pessoa humana reportava-se ou significava diretamente e exclusivamente a compreensão da integridade psicofísica de qualquer pessoa.

Os direitos da personalidade, tal como designados inicialmente, restringiam-se, de algum modo a tão-só tutelar os interesses e direitos relacionados a uma noção de integridade psicofísica, excluindo os direitos referentes à tutela do nome e do cadáver, por exemplo.

Nos últimos anos, entretanto, a noção de integridade psicofísica, nomeadamente no direito privado, tem recebido especial atenção, haja vista que a sua compreensão tem servido de garantia a diversos direitos de personalidade, como a vida, o nome, a imagem, a honra, a privacidade, o corpo, a identidade pessoal entre outras.

²⁶ CORTIANO JÚNIOR. *Eroulths*. Idem. p. 33.

A exegese da problemática atual no tocante à integridade psicofísica depende em grande parte, da compreensão da formação e do entendimento da racionalidade moderna.

Assim sendo, o sujeito moderno é concebido enquanto ser que se autodetermina, que decide livremente sobre a sua vida, com vistas ao autodesenvolvimento da personalidade, já que este possui capacidade de dominar a si e à natureza através da razão.

Neste influxo, afirma Ingo Wolfgang SARLET que "não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo"²⁷. Adiciona ainda o referido professor que é justamente esta centralidade que permite o desenvolvimento e manutenção da integridade corpórea e psíquica enquanto "momento de sua própria, autônoma e responsável individualidade"²⁸.

Aduzindo à acuidade da proteção à integridade da pessoa, José Antônio Peres GEDIEL, argumenta que "o direito à integridade física, do mesmo modo que o direito à vida e todos os demais direitos da personalidade, prescinde de expressão puramente econômica para ver afirmada sua existência, conforme anteriormente destacado. Pela mesma razão, a tutela a esses direitos não deve se limitar a conferir mera reparação econômica do dano a eles causados".²⁹

Embora a noção de que a proteção à integridade psicofísica do ser humano tenha se desenvolvido sobremaneira nos últimos anos, a noção de que a Dignidade da Pessoa Humana restringe-se à integridade psicofísica não deve ser levada em conta, haja vista os outros direitos e garantias que ela também engloba, como a igualdade, por exemplo, tanto formal, quanto substancial.

Consignou-se durante toda a exposição que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe (em um primeiro momento) limites à atividade estatal, uma vez que impede a violação, por qual-

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...* p.109.

²⁸ *Ibid.*, p.108.

²⁹ GEDIEL, José Antônio Peres. "Os Transplantes de Órgãos e a Tutela da Personalidade". Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Curitiba, UFPR, 1998. p.80.

quer dos poderes veiculados pelo Estado, da dignidade pessoal de qualquer particular. Em um segundo estágio, o princípio fundamento da dignidade da pessoa humana também vincula os poderes públicos a sua efetivação, não apenas de modo programático, mas também concreto.

4. DA APLICAÇÃO DIRETA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS E DA DISCIPLINA INFRACONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

Nada obstante a inserção na legislação infraconstitucional dos direitos da personalidade no capítulo 2 da parte geral do Código Civil de 2002, não se pode descuidar de que, desde a promulgação da Constituição de 1988, já existia uma sistemática de proteção integral dos direitos da personalidade, erigida a partir, como antes sustentado, da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, cujos direitos correlatos, tidos por fundamentais, espriam sua eficácia direta e imediatamente sobre todo o ordenamento jurídico.

A doutrina vem gradativamente acolhendo essa perspectiva de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, haja vista que ela é derivada da própria natureza intrínseca da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e que promove a integração normativa do ordenamento jurídico. Consoante com esse entendimento, pode-se transcrever de José Antonio Peres Gediel:

(...) a dignidade humana, então, não é criação da ordem constitucional, embora seja por ela respeitada e protegida. A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática. Com efeito, da mesma forma que Kant estabeleceu para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apóia e constitui-se.³⁰

³⁰ *Ibid.*, p. 115.

Daí deriva, portanto, o fato de que a dignidade da pessoa vincula o Estado a ter como meta permanente, "a proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos".³¹

Essa seria uma dimensão positiva da atuação do Estado, em uma perspectiva que também é dotada, como anteriormente asseverado, de plena eficácia como a outra que se apresenta, que se trata de ação impeditiva, pelo Estado, de que o Poder Público e os particulares venham a violar a dignidade pessoal.

Estas duas dimensões: negativa (de proteção) e positiva (de concretização e implementação) da atuação estatal se fundamenta no fato de que a dignidade da pessoa humana constitui-se na "concepção que faz da pessoa fundamento e fim do Estado".

Reforçando esta concepção assevera, ainda, RIZZATTO NUNES: "Assim também o Estado, incumbido de proteger esses direitos e fazer que se respeitem as ações correlativas, não só é por sua vez obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação positiva de manutenção da ordem. Ele tem também a obrigação de criar as condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania".³²

A vinculação não só do ente estatal, mas também dos particulares, ao amparo e à realização da dignidade da pessoa humana também encontra forte embasamento doutrinário, haja vista a dedicação, nos últimos anos a justificar a necessidade de vinculação da comunidade e dos indivíduos na implementação de direitos fundamentais, nomeadamente da dignidade da pessoa humana.³³

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade..., p. 108.

³² RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. Op. cit., p. 53.

³³ Com este horizonte, imperativa a citação de Wilson Antônio STEINMETZ: Seja como norma-princípio constitucional fundamental autônoma, seja como conteúdo que se expressa ou se concretiza nos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa vincula os poderes públicos. Mas não exclusivamente eles. Vincula também os particulares à medida que a CF normaliza âmbitos de vida nos quais o Estado não participa ou não participa diretamente e à medida que os particulares - de modo especial, quando detentores de poder econômico, social e ideológico - são potenciais violadores da dignidade da pessoa. Dado o fato de que a dignidade da pessoa é fundamento da República Federativa do Brasil, é inaceitável, por falta absoluta de consistência normativa e justificação racional, teórica e dogmática, a não vinculação dos particulares à dignidade da pessoa como princípio objetivo autônomo e a não vinculação a direitos fundamentais, direitos que, repita-se, são a expressão, em nível menos abstrato, da dignidade da pessoa. STEINMETZ, Wilson Antônio. "Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais. Eficácia Jurídica". Tese aprovada no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2003. p. 83.

Para além de vincular o Estado e os particulares em um dever de proteção e implementação dos direitos fundamentais, com destaque à dignidade humana, a doutrina ainda estabelece instrumentos jurídicos como garantia do cumprimento destes deveres tanto positivos como negativos. Nesse sentido, pode-se assegurar, consoante Paulo Mota Pinto, que da "garantia da dignidade humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa das refracções essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado".³⁴

5. DA LIMITAÇÃO E DA TRANSMISSIBILIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: UM EXEMPLO DA SUPERAÇÃO DE UMA HERMENÊUTICA ESTRITA DO CÓDIGO CIVIL.

Dispõe o artigo 11 do Código Civil que, "com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária". Ou seja, a regra é que os direitos da personalidade, por sua própria natureza não são passíveis de limitação, de transmissibilidade e de renúncia.

É esse, pois, o entendimento da doutrina, a partir de uma exegese literal da nova codificação: "por serem também denominados direitos personalíssimos, eis que imanentes à pessoa humana e dela indissociáveis, são intransmissíveis. A inseparabilidade dos direitos da personalidade da pessoa do seu titular decorre mesmo de leis naturais; qualquer ato ou negócio jurídico que cogitasse da transferência de quaisquer desses atributos personalíssimos e inalienáveis constituiria atentado contra a ordem natural das coisas e seria, por isso, absolutamente nulo, de pleno direito, por impossibilidade física, objetiva".³⁵

³⁴ MOTA PINTO, Paulo. O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Apud.* SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade...**, p. 88.

³⁵ **Comentários ao Código Civil Brasileiro.** V. I. Coord.: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro, Editora Forense: 2005. p. 113.

Nada obstante isso, o STJ, em uma das Jornadas de Estudos sobre Direito Civil, trouxe a lume o enunciado, segundo o qual: "O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral".

Esse entendimento, destarte, parte de uma compreensão dos direitos da personalidade a partir da sua dimensão, em igual medida, como direitos fundamentais. Isto é, parte da premissa de que os direitos da personalidade, assim como os direitos fundamentais, não são garantidos ilimitadamente, mas que, quando em conflito com outros direitos fundamentais, podem, eventualmente, ceder, uns aos outros, para que, todos, tenham sua eficácia garantida.

À luz de uma hermenêutica estrita da codificação, os direitos da personalidade não seriam passíveis de qualquer forma de limitação, interpretação essa que, poderia, inclusive, inviolabilizar a sua tutela.

Eis porque se reafirma a importância de que a problemática dos direitos da personalidade seja analisada à luz dos grandes princípios constitucionais, que fornecem inclusive critérios de valor e que devem inspirar uma releitura do próprio texto da lei ordinária à luz dessa inspiração global que a Constituição acolhe.³⁶

Sustenta-se, portanto, sobre os direitos da personalidade que, embora intransmissíveis em sua essência, os efeitos patrimoniais dos direitos da personalidade são transmissíveis. A utilização dos direitos da personalidade, se tiver expressão econômica, é transmissível, respeitado sempre o princípio da dignidade da pessoa. Este é o sentido do artigo 12 do Código, segundo o qual, "pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei".

Essa análise torna-se evidente a partir de uma exemplificação prática. A autoria de obra literária, nesse passo, é intransmissível, mas o recebimento de valores pela comercialização da referida obra pode ser negociado livremente, sendo, portanto, transmissível inclusive por herança.

³⁶OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. MUNIZ, Francisco José Ferreira. "O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade". In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. nº 19. ano 19. Curitiba, UFPR, 1980. p. 229.

Por sua vez, o direito a alimentos é irrenunciável porque respeita o direito à vida, mas seus efeitos patrimoniais, o valor da pensão, v.e., podem ser objeto de transação.

A jurisprudência sustenta, do mesmo modo, a transmissibilidade do direito de personalidade, exatamente na hipótese em que a passagem desse direito a terceiro se faz necessária para a garantia desse direito e tutela da dignidade humana a ele inerente.³⁷

A transmissibilidade dos efeitos patrimoniais dos direitos da personalidade, por conseguinte deve passar a ser entendida a partir de uma interpretação construtiva e de índole constitucional, que supera uma hermenêutica estrita da literalidade do código.

6. QUESTÕES EMERGENTES COMPLEXAS

Como já reiterado, a ordem constitucional brasileira tem como fundamento básico a dignidade da pessoa humana, o que significa dizer que a sociedade brasileira assumiu o compromisso de construir o seu direito sob esse horizonte.

A aplicabilidade concreta da norma constitucional, não obstante se dê direta e imediatamente sobre as relações privadas, traz questões que, em si, acarretam alguma complexidade.

Uma dessas situações é a aplicação da eutanásia a pacientes terminais (ou que padecem de atrozes sofrimentos), cuja discussão voltou à cena contemporânea com o caso recente da norte-americana Terri Schiavo.

³⁷ Esse é o entendimento do STJ, *in verbis*: Intransmissibilidade dos direitos de personalidade. Sucessão do direito à imagem. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção à imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem de sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e à qualquer agressão que possa lhe trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo". (STJ, 4ª Turma. Resp. 268660-RJ, Rel. Min. César Asfor Rocha. DJU: 19/02/2001). E mais: Direito de Ação por Dano Moral. Transmissibilidade. O direito que, na situação analisada, poderia ser reconhecido ao falecido, transmite-se indubitavelmente, aos seus pais. A regra, em nossa ordem jurídica, impõe a transmissibilidade dos direitos não personalíssimos, salvo expressão legal. O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima. (RSTJ 71/183).

A questão, que se coloca nesse caso, pode ser sintetizada da seguinte maneira: se a vida vale ser vivida, valerá ser vivida não importa em que terríveis condições? Qual a vida com dignidade? Esse questionamento tem sido feito há muito e não há lugar para ele nessas breves notas. Todavia, é fundamental que seja feita uma abordagem não sobre a questão em si, mas sobre a discussão que se tem colocado acerca da questão, que se dá na esfera do presente estudo.

A discussão em torno da eutanásia transita em torno da opção pessoal (pela morte aliviadora do sofrimento ou pela manutenção da vida, ainda que em condições adversas). Contudo, não se tem discutido sobre a morte e seu significado e menos ainda sobre políticas públicas para essas figuras.³⁸ Na verdade, como destaca Eroulths Cortiano Júnior, entrelaça-se, no caso, a mentalidade individualista, exigidora de autonomia e controle sobre a própria vida e os progressos da moderna medicina. Assim é necessário repensar o conceito do eu, da natureza e da sociedade e nossas vidas.³⁹

Dito de outra forma, a questão da eutanásia não deve ser limitada apenas à tradicional questão da legitimidade da morte consentida, justificada por razões humanitárias. Há que se pensar o que a moderna medicina tem feito em prol da dignidade humana e, principalmente, o que o homem, está fazendo em relação à sua dignidade.

Outra questão tormentosa diz respeito sobre a indisponibilidade do corpo humano. As novas tecnologias já possibilitam ao indivíduo a disposição de seu corpo ou de partes dele. Forma-se, nesse caso, uma antítese entre a solidariedade humana (que, eventualmente, poderia justificar a disposição do corpo) e o individualismo (onde a disposição se daria para atingir fins particulares, como o proveito econômico), que entrelaça as questões da indisponibilidade do corpo humano como a extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade.

Em geral é admitida a disposição de partes do corpo para fins solidários e humanitários, mas é absolutamente inadmitida a remu-

³⁸CORTIANO JÚNIOR. Eroulths. Idem. P. 51.

³⁹Idem. *Ibidem*.

neração por tais, com a exceção de algumas partes do corpo (ditas renováveis, como os cabelos, leite e esperma), as quais são objeto de retorno econômico. Isso evidencia as diversas formas de disciplina jurídica para a mesma questão, pois envolve a influência de preceitos éticos, morais e, também, econômicos sobre o direito.

A questão que se coloca, por conseguinte, é a de que, ao se atribuir uma patrimonialidade aos direitos de índole existencial, na sistemática de vida ocidental, que se alicerça na lógica de mercado, não haverá a imposição, mais cedo ou mais tarde, na questão do corpo humano?⁴⁰

7. CONCLUSÕES

As notas traçadas no presente trabalho intentam demonstrar que os direitos da personalidade possuem um fundamento material, proveniente da sua relação intrínseca e de sua direta relação com a dignidade da pessoa humana e com os direitos dela correlatos, ditos fundamentais.

Sem embargo da disciplina infraconstitucional e verticalizada dos direitos da personalidade pelo Código Civil de 2002, não se pode olvidar da existência, na Constituição, da cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade na interseção do fundamento da dignidade com os direitos fundamentais, o que, na prática, propicia uma mobilidade necessária para o intérprete e permite uma adequada inserção na discussão relativa aos constantes avanços da biomedicina.


Portanto, nesse passo é que se afirma a necessidade de se colocar os direitos fundamentais como algo vivo e presente no cotidiano de todos nós, de modo a diminuir o fosso abissal existente entre sua afirmação teórica e a prática efetiva. Para dar início a esta caminhada da efetivação prática desses direitos é imperativo que se parta de uma hermenêutica constitucional que efetivamente coloque a Constituição como centro real do ordenamento, buscando, assim, uma aplicabilidade direta das normas e princípios constitu-

⁴⁰ Idem. *Ibidem*. p. 52.

cionais. Destarte, é sob as lentes da dignidade da pessoa humana que esta problematização deve ser focada enquanto escopo e fundamento necessários e presentes no núcleo dos direitos da personalidade.

O Código Civil de 2002 inovou o ordenamento pátrio ao colocar um capítulo específico sobre a disciplina dos direitos da personalidade. Teria sido, porém, muito mais interessante se tivesse elaborado uma cláusula geral do direito da personalidade, como fez com o direito de resguardo da vida privada, no artigo 21, que acaba remetendo o intérprete, invariavelmente, à disciplina constitucional. Nesse sentido é que se subscreve a lição de Lenio Luiz Streck, para quem "a profusão de novos textos pode engendrar um direito meramente simbólico, que pode provocar efeitos nocivos naquilo que representa a Constituição no imaginário social: 'o resgate das promessas da modernidade'. E essa circunstância assume foros de dramaticidade em um país como o Brasil, em que o Estado social foi um simulacro".⁴¹

Essas são algumas questões que, na travessia do nosso tempo, impõem-nos a refletir sobre o direito posto que não mais se encaixa na moldura dos fatos e tampouco nas esperanças do homem.

Esses são pontos de partida. O ponto de chegada, porém, do Direito, e de qualquer Direito, necessariamente há de ser a pessoa humana. 

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. In: AGRA, Wagner Moura. **Comentários à Reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

A TRANSAÇÃO PENAL NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PRIVADA

Luis Gustavo Grandinetti C. de Carvalho
*Coordenador Acadêmico e Professor do
Mestrado da Universidade Estácio de Sá.
Doutor em Direito pela UERJ. Mestre pela
PUC-RJ. Juiz de Direito do TJ/RJ.*

Flávio Martins Alves Nunes Júnior
*Professor de Direito Processual Penal do
Centro Unisal - Lorena (SP). Mestre pela
Universidade Estácio de Sá. Advogado no
Estado de São Paulo.*

1. INTRODUÇÃO: A TRANSAÇÃO PENAL

O Direito Penal é um dos ramos do Direito Público, pois trata da relação entre o Estado (possuidor do ***jus puniendi***) e o indivíduo (titular do ***jus libertatis***). Todavia, embora sempre o direito de punir seja de titularidade do Estado, o indivíduo poderá ser o possuidor do ***jus persequendi in judicio*** (direito de processar). Assim, há a ação penal pública (cujo titular é o Ministério Público) e a ação penal de iniciativa privada (de titularidade da vítima ou seu representante legal).

Ao contrário da ação penal de iniciativa privada, a ação penal pública sempre foi regida pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade. Segundo o princípio da obrigatoriedade, o titular da ação penal pública (o Ministério Público) não poderia deixar de

oferecer a denúncia, estando diante de um ilícito penal. Como dizia a doutrina tradicional exemplificada pelo saudoso Julio Fabbrini Mirabete, "não fica ao seu arbítrio ou discricionariedade mover ou não a ação penal"¹.

Da mesma forma, segundo o princípio da indisponibilidade, o Ministério Público não poderia dispor da ação, ou seja, iniciado o processo, não poderia o Promotor de Justiça desistir, devendo seguir até o término da demanda, ainda que pleiteie a absolvição. Em outras palavras, "instaurada a ação penal, proíbe-se que o Ministério Público desista dela (art. 42 do CPP) ou do recurso já interposto (art. 576), no que se tem denominado princípio da indesistibilidade"².

Assim realmente caminha a doutrina tradicional, mas não se pode olvidar que doutrina mais recente questiona muito o princípio da obrigatoriedade, especialmente destituindo-lhe da importância com que tem sido cultuado. No âmbito de mestrado na UNESA, produziu-se um trabalho acadêmico³ justamente questionando-o profundamente e submetendo-lhe aos dois referidos princípios constitucionais.

Para entender-se tal corrente, é preciso partir dos princípios constitucionais da dignidade e da proporcionalidade que interferem e condicionam o próprio exercício da ação penal.

Se os dois princípios influem sobremaneira no Direito Penal, desdobrando-se em tantos outros subprincípios, o Direito Processual Penal, dele instrumental, também há de sofrer idêntica influência. Desse modo, o princípio da obrigatoriedade da ação penal necessariamente deve passar, também, por uma profunda releitura.

O princípio da obrigatoriedade não é expresso no direito brasileiro. Ele é deduzido especialmente do artigo 24 do Código de Processo Penal. Contudo, com a reafirmação da Constituição como fonte de legitimação de todas as normas jurídicas, o princípio da obrigatoriedade deve conformar-se à interpretação constitucional que

¹ **Processo Penal**, p. 112.

² Op. Cit., p. 112.

³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho *et alli* - **Justa Causa Penal-Constitucional**, 2004, Lumen Juris.

ordena que, para a propositura da ação, deva-se observar os princípios da dignidade e da proporcionalidade, impondo-se, como limites constitucionais, o exame dos subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito para a legitimação da demanda. Ausentes todos ou apenas um deles, não se legitimaria constitucionalmente uma demanda penal.

Sobre o princípio da obrigatoriedade, manifestou-se, com precisão, Luigi Ferrajoli:

*"Por outro lado, por 'obrigatoriedade' da ação penal não se deve entender, como se tem dito a propósito da 'não derrogação' do juízo, um irrealizável dever de proceder em todo o crime 'leve' ou 'oculto', mas só a obrigação dos órgãos de acusação pública de promover o juízo para toda notitia criminis que vier ao seu conhecimento - ainda que para requerer o arquivamento ou a absolvição caso considerem o fato penalmente irrelevante ou faltarem indícios de culpabilidade"*⁴.

Assim, o princípio da obrigatoriedade parece não merecer a incontestabilidade absoluta que lhe credita a doutrina, sendo de reconhecer-se, como já se fez, que "esse dogma, na verdade, não passa de um mito"⁵.

Outro golpe incisivo ao mesmo princípio foi produzido pela mesma Constituição, com a previsão da transação penal. Diz o artigo 98, I, da nossa Lei Maior:

*"A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas **hipóteses***

⁴ Op. cit., p. 457.

⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho *et alli* - **Justa Causa...**, op. cit..

previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau" (grifamos).

É imperioso ressaltar que tal dispositivo constitucional, ao prever a transação penal, inspirou-se no entendimento doutrinário de que o processo penal deveria flexibilizar-se diante das infrações de pequena monta. **Verbi gratia**, afirma a doutrina:

"...a idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de disponibilidade da ação penal pública, havia mostrado, com toda evidência, sua falácia e hipocrisia. Paralelamente, havia-se percebido que a solução das controvérsias penais em certas infrações, principalmente quando de pequena monta, poderia ser atingida pelo método consensual" ⁶.

Quanto ao dispositivo constitucional sobredito, devemos ressaltar tratar-se de uma norma constitucional de eficácia limitada (ou, utilizando-se de expressão do início do século passado, norma constitucional não auto-executável - **not self executing provision**). Isso porque, embora prevista a transação, essa somente poderia produzir efeitos concretos, sendo aplicada em processos penais, a partir do momento que houvesse uma lei regulamentando o artigo constitucional.

Ocorre que, no final do ano de 1995, entrou em vigor a Lei 9.099, que criou efetivamente os Juizados Especiais Criminais no Brasil e regulamentou os institutos da transação penal, da suspensão condicional do processo, deu novos efeitos à composição civil dos danos etc.

A transação penal, nos termos da Lei 9.099/95, consiste na aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa ao suspeito, não havendo o início do processo. Portanto, a transação penal é um "acordo penal" feito entre a acusação e o suspeito da prática de uma infração de menor potencial ofensivo.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini et. al., **Juizados Especiais Criminais**, p. 29.

Em outras palavras, como já se disse:

*"A transação penal consiste, perfunctoriamente falando, em um acordo entre a acusação e o criminoso, na busca de se evitar um processo penal. Baseando-se, com evidência, no **plea bargaining** norte americano, a Lei 9.099/95 permite que o Ministério Público proponha imediata aplicação de pena de multa ou pena restritiva de direitos para o suposto criminoso."*⁷

Portanto, como se vê, alterado radicalmente foi o princípio da obrigatoriedade (ou legalidade) com o advento o instituto da transação penal. É o que diz Fernando Capez:

*"No lugar do tradicional e inflexível princípio da legalidade, segundo o qual o representante do Ministério Público tem o dever de propor a ação penal pública, só podendo deixar de fazê-lo quando não verificada a hipótese de atuação, caso em que promoverá o arquivamento de modo fundamentado (CPP, art. 28), o procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais é informado pela discricionariedade acusatória do órgão ministerial. Com efeito, preenchidos os pressupostos legais, o representante do Ministério Público pode, movidos por critérios de conveniência e oportunidade, deixar de oferecer a denúncia e propor um acordo penal com o autor do fato, ainda não acusado. Tal discricionariedade, contudo, não é plena, ilimitada, absoluta, pois depende de estarem preenchidos os requisitos legais, daí ser chamada pela doutrina de discricionariedade regrada".*⁸

Portanto, o instituto da transação penal tenta evitar o início do processo, que segundo entendimento do mestre Luigi Ferrajoli, já é uma espécie de pena. Afirma o mestre italiano:

⁷ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves Nunes, **Princípios do Processo e Outros Temas Processuais**, p. 129.

⁸ **Curso de Processo Penal**, p. 560.

"A todas essas várias formas e mecanismos de diferenciação interna da pena e de multiplicação das sanções penais atípicas não retribuidoras deve-se, por fim, somar o desenvolvimento inflacional do processo penal, que na sociedade moderna de comunicações de massa tende a se tornar, por si mesmo, uma sanção talvez mais odiosa que a própria pena tradicional. Pense-se no uso da incriminação como um instrumento de culpabilidade preventiva e de estigmatização pública e, por outro lado, em direção à proliferação de milhões de processos a cada ano, aos quais não se segue pena alguma, produtores apenas de certificados penais e de status jurídico-sociais (de reincidente, de perigoso, ou no aguardo de sentença ou similares)"⁹.

Não obstante, a Lei 9.099/95, ao tratar da transação penal, referiu-se apenas à ação penal pública. Tal fato se extrai de uma perfunctória leitura do artigo 76 do sobredito dispositivo legal, que diz:

"Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta".

Diante disso, passamos a estudar a possibilidade da transação na ação penal de iniciativa privada. Verificaremos os argumentos contrários e favoráveis à tese sobredita e, ao depois, firmaremos nosso entendimento.

2. TRANSAÇÃO PENAL NA AÇÃO DE INICIATIVA PRIVADA

Primeiramente, não podemos deixar de partir da premissa que o legislador, através da Lei 9.099/95, limitou a transação penal à ação penal pública incondicionada e à ação penal pública condicionada (depois de oferecida a representação pela vítima ou seu representante legal). Isso porque o artigo 76, primeira parte, da sobredita lei, diz: "havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada...".

⁹ **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**, p. 587.

Assim, se utilizarmos apenas uma interpretação gramatical ou literal, sucumbiremos facilmente à tese de que a transação penal só cabe na ação penal pública. Ocorre que, como veremos adiante, muitos autores desprendem-se da interpretação literal do dispositivo mencionado, adotando tese oposta.

Como se vê, o tema é absolutamente tormentoso, dando ensejo a opiniões doutrinárias absolutamente antagônicas.

De um lado, podemos encontrar autores que defendem a tese da admissão da transação penal nos crimes de ação penal privada. Por exemplo, Fernando da Costa Tourinho Filho dá como certa a admissibilidade da transação penal na ação penal privada:

*"... sabe-se ser possível a transação nos delitos de alçada privada. A propósito, o Enunciado n. 26 do VI Encontro Nacional de Coordenadoria de Juizados Especiais Cíveis e Criminais: 'Cabe transação e suspensão condicional do processo também na ação penal privada'. No mesmo sentido a 11a conclusão da Comissão Nacional da Escola Superior da Magistratura: 'O disposto no art. 76 abrange os casos de ação penal privada'. Assim também, dentre outras, a decisão da 5a Turma do STJ, publicada no DJU, 22-11-1999, p. 164, ao apreciar o **Habeas Corpus** n. 8.480-SP"¹⁰.*

A jurisprudência igualmente tem aceitado a tese da admissibilidade da transação:

*"**Habeas Corpus**. Lei 9.279/96. Crime de concorrência desleal. Ação Penal Privada. Transação Penal. Cabimento. Ordem Concedida. 1. Enquanto resposta penal, a transação penal disciplinada no artigo 76 da Lei 9.099/95 não encontra óbice de incidência no artigo 61 do mesmo Diploma, devendo, como de fato deve, aplicar-se aos crimes apurados mediante procedimento especial, e ainda que mediante ação penal exclusi-*

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa - **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**, p. 99, 2ª edição, 2002, Ed. Saraiva.

vamente privada (Precedente da Corte). 2. Ordem concedida para assegurar a aplicação da transação penal no processo em que se apura crime de concorrência desleal" (STJ - 6a Turma - RESP nº 17601 - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - DJU de 19/12/2002).

Nesse mesmo sentido:

"A lei 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a transação e a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada (Precedentes). **Habeas Corpus Concedido**" (STJ - HC n. 13.1337 - RJ, DJU 13.08.01, Seção 1, p. 841, j. 15.05.01).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro igualmente aprovou enunciado segundo o qual "cabe transação em crimes de ação privada"¹¹.

De outro lado, encontramos vários autores contrários à admissão da transação na ação penal de iniciativa privada, como Damásio Evangelista de Jesus¹², Cezar Roberto Bitencourt¹³, Julio Fabbrini Mirabete¹⁴, Geraldo Prado¹⁵, dentre outros renomados autores.

Basicamente, os argumentos contrários ao uso da transação na ação penal pública incondicionada podem assim ser descritos: a) a literal interpretação da Lei 9.099/95; b) a ausência de interesse da vítima na sanção penal a ser aplicada; c) a transação penal seria uma espécie de renúncia tácita ao direito de oferecer a queixa.

2.1.- 1ª Tese: A Interpretação Literal do Texto

Como vimos acima, se fizermos uma interpretação literal da Lei 9.099/95, chegaremos à conclusão de que a transação penal só é admissível na ação penal pública. É o argumento de parte da dou-

¹¹ TJRJ, Enunciado Consolidado nº 35, DO 18/01/2002.

¹² **Lei dos Juizados Especiais Criminais** Anotada, p. 78.

¹³ **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão**, p. 79.

¹⁴ **Juizados Especiais Criminais**, p. 129.

¹⁵ **Lei dos Juizados Especiais Criminais - Comentários e Anotações**, 3ª edição, 2003, Lumen Juris.

trina brasileira. Por exemplo, o promotor paulista Gianpaolo Poggio Smanio afirma:

"a lei não contempla a hipótese da transação penal para a ação penal de iniciativa privada, uma vez que menciona apenas a possibilidade de elaboração de proposta por parte do Ministério Público".¹⁶

Todavia, é imperioso ressaltar que, como é sabido e consabido por todos, a interpretação gramatical não pode prevalecer sobre outras formas de interpretação igualmente relevantes (como a interpretação sistemática e, principalmente, a interpretação conforme a Constituição). Isso porque, se adeptos somos da tese da supremacia da Constituição, devemos ter a consciência de que a validade das leis depende da compatibilidade destas com a Lei Maior.

Da mesma forma, a interpretação literal da Lei 9.099/95 pode suscitar outras frustrações. Por exemplo, o artigo 85 do mencionado diploma legal afirma: "Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei".

Se interpretarmos gramaticalmente o artigo 85, verificaremos que a multa prevista na transação penal, se não paga, poderá ser convertida em prisão. Ou seja, uma pessoa, sem processo penal, permaneceria presa apenas por não cumprir um acordo com a acusação, numa flagrante lesão do princípio *nulla poena sine iudicio*, o que não tem sido admitido reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal e pela doutrina, ainda que com uma interpretação *contra legem*, mas inteiramente conforme ao sistema penal e processual penal.

2.2.- 2ª Tese: Ausência de Interesse da Vítima na Sanção Penal a Ser Aplicada

Parte da doutrina entende que não pode a vítima oferecer a proposta de transação penal porque ela só teria interesse na reparação do dano causado, jamais pela aplicação da pena.

¹⁶ *Criminologia e Juizado Especial Criminal*, p. 90.

Verbi gratia, o saudoso Júlio Fabbrini Mirabete afirmava em sua obra que:

*"o ofendido não é representante do titular do **jus puniendi**, mas somente do **jus persequendi in judicio**. Não se entendeu possível que propusesse, assim, a aplicação de pena na hipótese de infração penal de menor potencial ofensivo, permitindo à vítima transacionar sobre uma sanção penal" ¹⁷.*

Continua o autor:

"Ademais, numa visão tradicional, o interesse da vítima é o de ver reparados os danos causados pelo crime, o que lhe é possibilitado no instituto da composição, ou com a execução da sentença condenatória penal" ¹⁸.

Todavia, com a devida vênia, tal entendimento está sendo paulatinamente atenuado pela doutrina e pela jurisprudência. Dizer que a vítima possui interesse apenas na reparação do dano causado, é colocá-la em posição de somenos importância, incompatível com a postura do processualista moderno (máxime porque nos encontramos num momento doutrinário denominado por muitos de "redescobrimto da vítima").

Essa tese do exclusivo interesse da vítima apenas na reparação do dano já é debatida há anos, em se tratando da legitimidade recursal do Assistente da Acusação. Indaga-se se o Assistente da Acusação pode recorrer, pleiteando alteração da pena. Parte da doutrina, aliada à vetusta tese de que a vítima tem exclusivo interesse na reparação do dano, afirma que

"o assistente da acusação não tem interesse em recorrer visando a aumento de pena, uma vez que a sua finalidade no

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**, p. 129.

¹⁸ Op. Cit., p. 129.

processo penal se limita à obtenção do provimento condenatório para formação do título executivo judicial".¹⁹

Todavia, é imperioso lembrar que: "O Supremo Tribunal Federal já entendeu que o assistente pode apelar visando aumento de pena, pois a sua função é a de auxiliar da justiça (RTJ, 69/367)".²⁰

Da mesma forma, a doutrina afirma que:

"No entanto, a evolução dos estudos sobre a vítima faz com que por parte de muitos se reconheça o interesse desta não apenas à reparação civil, mas também à punição penal. De outro lado, não existem razões ponderáveis para deixar à vítima somente duas alternativas: buscar a punição plena ou a ela renunciar" ²¹.

Assim, de acordo com essa visão contemporânea da posição da vítima, entendendo ser ela não apenas uma figura interessada na reparação do dano, mas também uma auxiliar da justiça em muitos casos (como na inclusão do assistente da acusação, **verbi gratia**), cremos ser possível a proposta de transação por ela efetuada.

Ora, se a vítima pode fazer o mais (que é renunciar ou oferecer a queixa), certamente pode fazer o menos (que é propor a transação penal).

2.3.- 3ª Tese: A Transação Penal como Renúncia Tácita ao Direito de Queixa

Poder-se-ia dizer que a transação é uma espécie de renúncia tácita ao oferecimento de queixa-crime por parte do ofendido. Como lembra a doutrina, "A renúncia é tácita quando o querelante pratica ato incompatível com a vontade de exercer o direito de queixa (art. 104, parágrafo único, primeira parte, do CP)".²²

¹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, p. 415.

²⁰ Op. Cit., p. 415.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados Especiais Criminais**, p. 137.

²² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**, p. 143.

Ocorre que a renúncia do querelante, sempre anterior à queixa, deve ser um ato claro e inequívoco. Ou seja, a vítima deve efetivamente demonstrar o seu desejo de não mais processar o criminoso. É como diz a doutrina:

"Deve tratar-se de atos inequívocos, conscientes e livres, que traduzam uma verdadeira reconciliação, ou o positivo propósito de não exercer o direito de queixa. São exemplos de renúncia tácita o reatamento da amizade com o defensor, a visita amigável, a aceitação de convite para uma festa etc." ²³

Ora, na proposta de transação penal, a vítima não tem o desejo de abandonar sua pretensão, mas sim impor uma obrigação como forma de satisfação do seu interesse. Assim, entendemos que não se trata de renúncia tácita.

3. NOSSOS ARGUMENTOS E CONCLUSÕES

Como deixamos transparecer acima, somos adeptos à tese da admissão da transação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo quando se tratar de ação penal de iniciativa privada. Isso porque:

a) Como vimos, não podemos nos limitar à leitura do texto legal, sob pena de possuímos uma interpretação extremamente perfunctória e, quiçá, inconstitucional.

b) Da mesma forma, entendemos que a vítima não pode ser vista como detentora apenas do interesse na reparação do dano, possuindo interesse igualmente na punição do criminoso.

c) A proposta de transação penal não configura renúncia tácita ao oferecimento de queixa, por parte da vítima.

E não é só: não admitir a transação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo, apuradas mediante ação penal de iniciativa privada, parece ferir mortalmente o princípio constitucional da igualdade. Ora, se o indivíduo pratica um crime de injúria contra a vítima, por se tratar de ação penal de iniciativa privada, não tem

²³ Op. Cit., p. 143.

direito à transação. Melhor seria se agredisse a vítima, produzindo-lhe lesões corporais de natureza leve. Nesse caso, tratando-se de crime de ação penal pública condicionada, admitir-se-ia a transação penal.

Apercebeu-se de tal incoerência Ronaldo Leite Pedrosa, que, em artigo específico sobre o tema, disse:

*"Imagine-se o pensamento de alguém, intencionando em praticar um delito: 'se eu xingar o meu desafeto, não recebo transação penal; mas, se eu o agredir fisicamente, recebo: então, vamos aos tapas...'. Direito também é bom senso!"*²⁴.

Da mesma forma, a não admissão da transação penal na hipótese ora examinada parece igualmente vergastar o princípio da razoabilidade. Ora, não é razoável admitir-se a transação penal em crimes de ação penal pública, não a admitindo nos crimes de ação penal de iniciativa privada.

A utilização do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade nas normas processuais penais é aceita pela doutrina, como lembra Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho²⁵.

E do princípio da proporcionalidade decorre um outro ainda mais sensível ao tema em exame: o subprincípio da proibição de excessos.

Esse princípio teve origem no movimento iluminista, especialmente pelos criadores da Escola Clássica do Direito Penal: Beccaria, Filangieri²⁶, Romagnosi, Carmignani e outros. O primeiro escreveu,

²⁴ "Ofendido Pode Propor Transação Penal", in www.justicavirtual.com.br.

²⁵ "...o princípio da proporcionalidade, aplicado ao processo penal, foi mencionado pela primeira vez na Alemanha, em 1875, por ocasião do julgamento de jornalistas que haviam se recusado a servir de testemunhas, e para os quais se postulava a aplicação de penas proporcionais em relação aos crimes objeto daquele processo anterior, no qual os jornalistas haviam se recusado a depor. Mas o marco da aplicação do princípio da proporcionalidade do processo penal alemão foi o processo instaurado contra o famoso político Dr. Hoffle, em 1926, que, preso preventivamente, acabou falecendo na prisão. Isso foi o bastante para que se instalasse naquele País uma grande discussão a respeito da proporcionalidade das medidas constritivas de direitos fundamentais. A partir daí, toda a medida processual que de alguma forma limitasse os direitos fundamentais do cidadão, deveria ser analisada sobre o prisma de sua necessidade e proporcionalidade em relação ao fim perseguido" (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de - **O Processo Penal em face da Constituição**, 2ª edição, 1997, Ed. Forense) .

²⁶ Op. cit., p. 211.

segundo Ferrajoli , que era de deduzir-se que os homens cederam, por necessidade, apenas uma parcela mínima de seus direitos em favor da esfera pública.

Com efeito, se o objetivo do Direito Penal é exercer controle estatal sobre a violência, punindo os infratores e evitando que a justiça seja feita pelas próprias mãos das vítimas, não seria justificável o emprego, justamente, de um desmedido arbítrio para controlar a violência.

Por essa razão que Ferrajoli alude como fim do Direito Penal converter-se em instrumento de tutela dos direitos fundamentais²⁷,

*"impondo às proibições e às penas duas finalidades distintas e concorrentes, que, são, respectivamente, o máximo bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes, dentro do objetivo penal da máxima tutela dos direitos de uns e dos outros, da limitação dos arbítrios e da minimização da violência na sociedade"*²⁸.

Evidente se essa é a função do Direito Penal, não poderia ser outra a função do Direito Processual Penal, de natureza instrumental. Assim, as medidas processuais pautam-se também na lógica da estrita necessidade e, conseqüentemente, na proibição de excessos.

Se a imposição de sanção penal precisa ser fundamentada e qualquer causa que afaste a apenação mínima carece de estar provada e igualmente fundamentada, por força do artigo 59 do Código Penal, forçoso concluir que também qualquer medida processual que constrinja além do extremamente necessário, se não for devidamente justificada, deve ser evitada.

Ora, se o ordenamento constitucional assegura o tratamento menos gravoso possível aos indiciados, réus e autores de fato e se a legislação permite, no caso concreto, a transação penal²⁹, seu não

²⁷ *Ibidem*, p. 270.

²⁸ *Ibidem*, p. 271.

²⁹ No mesmo sentido, veja-se CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Comentada e Anotada**, 3ª ed., 2003, Lumen Juris.

oferecimento ofende o subprincípio da proibição de excesso e retira a justa causa para o oferecimento da ação penal, tanto em relação à ação de iniciativa pública, como em relação à ação de iniciativa privada.

Especificamente: se o querelante não oferecer a possibilidade de solução menos gravosa possível, carecerá, sua pretensão, de justa causa, autorizadora da rejeição da queixa-crime³⁰.

Por fim, recorre-se a um último argumento de política legislativa criminal. Quando a Constituição concebeu as infrações de menor potencial ofensivo e impôs a preferência pela transação penal como solução para tais crimes, na verdade, ditou norma de política criminal que se sobrepõe aos institutos tanto da ação pública, como da ação privada. É como se a Constituição, mantendo a titularidade do particular para a ação privada, lhe erigisse mais uma condição para o seu exercício regular, legítimo e proporcional: a tentativa de solução transacional, que deve ser oferecida se presentes os requisitos definidos na lei específica.

Destarte, a admissão da transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo apuradas mediante ação penal de iniciativa privada é, no nosso entendimento, a única tese que se coaduna com os princípios constitucionais da proporcionalidade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.■

³⁰ *Ibidem*.

PRESCRIÇÃO (PELA PENA) IDEAL*

Antonio Carlos dos Santos Bitencourt

Juiz de Direito, Professor de Direito Penal do Centro Geraldo de Biasi - UGB/FERP e da ESAJ

INTRODUÇÃO

Como diz Caio Mário "O tempo domina o homem, na vida biológica, na vida privada, na vida social e nas relações civis."¹ E não poderia ser diferente no campo penal.

Sob o aspecto puramente moral a prescrição é inaceitável, porque importaria na premiação de uma leviandade. Todavia, interessa mais ao Direito a pacificação social, como justificativa política da condição harmônica da vida em sociedade, para daí admitir a temporariedade dos direitos, dada a relatividade da condição humana.

O instituto da prescrição foi desconhecido da legislação antiga, e mesmo o Direito Romano o conheceu apenas em casos isolados, como mencionado por Francisco Vani Bemfica². Atualmente, legislações como a da Rússia o ignoram, ou não o mencionam expressamente com essa específica nomenclatura, como, por exemplo, o Direito Italiano que

* A razão semântica do título é menos pela exatidão técnica, mais pela idéia - força do instituto - mas certo não supor que a prescrição mesma seja virtual, como pura imaginação, quando sustentá-la como realidade jurídica que quer se emancipar, é o propósito deste trabalho.

¹ Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, volume 1, p. 679.

² *Da Lei Penal, da Pena e sua Aplicação, da Execução da Pena*, p. 194.

fala em "extinção da pena pelo decurso do tempo", na lição de Giulio Battaglini³.

No Direito Penal Brasileiro, a prescrição é causa extintiva da punibilidade, prevista no artigo 107, IV, do Código Penal e que, para a maioria dos doutrinadores, importa na perda do *ius puniendi* do Estado pelo decurso do tempo, sabido que com a prática da infração penal, automaticamente, nasce em concreto esse direito de punir para o Estado, que dele era titular apenas em abstrato, como estágio de prevenção geral.

Na realidade, o que o Estado perde é a pretensão, punitiva ou executória, e não exatamente o direito material, que vem a ser atingido, secundária ou reflexivamente, pela impossibilidade do exercício daquela, e que também nada tem a ver com o direito de agir, de natureza abstrata, onde alguém pode exercitá-lo, mesmo não tendo razão, mas que é suficientemente capaz de exigir um provimento que diga isso.

A prescrição, como perda da pretensão, é de antiga e corriqueira dogmática no Direito Penal, e só agora concluído isso pelo Direito Civil, quando no atual artigo 189 da Lei 10.406/02 (Código Civil) ficou estabelecido que: "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição...", não deixando mais dúvida de que o que a prescrição atinge ou alcança é a própria pretensão, e não o direito que dela é subjacente.

A pretensão penal (*Ansprush*) é o interesse da exigência de subordinação do direito de liberdade de alguém ao interesse do Estado de restringi-lo de alguma forma, por força do direito de punir (sanção penal), cujo ministério exerce sobre todos, aos quais se dirige indistintamente, mas que surge concretamente em face do infrator da norma penal.

A prescrição, por assim dizer, não significa a renúncia, que pressupõe um ato de disponibilidade por poder fazê-lo (graça, anistia), mas verdadeira perda, porque não mais é possível exercitar a pretensão penal.

³ **Direito Penal**, 2º volume, p. 688.

FUNDAMENTOS

Atribuem-se diversos fundamentos como justificativas lógicas, e até filosóficas da necessidade da prescrição no mundo jurídico, e como tais: a) o esquecimento; b) a desnecessidade do exemplo social pelo decurso do tempo; c) a dispersão ou dificuldade da prova e d) a tranqüilidade de que a perseguição não se torne perpétua.

Como leciona Zaffaroni, além de mencionar que o fundamento da prescrição está no fato de o tempo apagar a lembrança do delito e suas conseqüências morais no seio da sociedade, ainda acrescenta: "cremos que a razão fundamental da prescrição está em 'não ser o homem que está diante do tribunal aquele que praticou o delito' (Schultz), como também não é o mesmo homem condenado aquele que está frente ao órgão de execução. Se a ressocialização se produz por si só, sem a intervenção da coerção penal, o cárcere fica sem sentido".⁴¹

NATUREZA JURÍDICA

Divergem os autores quanto à natureza jurídica da prescrição ser de direito material, formal ou misto, prevalecendo, hoje, o entendimento do que se trata de instituto de direito material, primeiro, por sua colocação topológica - no Código Penal - e, segundo, porque sempre tem como efeito principal impedir, pelo menos, a incidência da pena como sanção característica do Direito Penal, sendo certo afirmar que na prescrição da pretensão punitiva a extinção da punibilidade se estende aos efeitos penais primários, secundários, e também efeitos civis, eis que: "A consumação da prescrição da pretensão punitiva ocasiona a rescisão de eventual sentença condenatória prolatada, apagando totalmente seus efeitos, passando esta a ser tida como se não existisse e apondo-se à própria absolvição desejada que é um *minus* em relação a ela (RJDTACRIM 20/139. No mesmo sentido, TACRSP: RT 646/299, RJDTACRIM 4/128)"¹⁵.²

⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl e Pierangeli, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral**, 5ª edição, p. 714.

⁵ Mirabete, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**, p. 576.

De igual modo, afirmando a substancialidade da natureza da prescrição, Nilo Batista é categórico: "a prescrição é instituto de direito material; pertence pois ao direito penal.", *in Decisões Criminais Comentadas*, p. 147.

Evidentemente, por ser de direito material, aplica-se na contagem do prazo prescricional a regra do artigo 10 do CP, que manda incluir o dia do começo no cômputo do prazo, outrossim, no terreno da ultra-atividade da lei penal no tempo, aplicar-se-á sempre o princípio da lei mais favorável, isto é, a lei mais gravosa não retroage, e a mais benéfica é ultra-ativa.

ESPÉCIES

A legislação penal brasileira prevê duas espécies de prescrição: a da pretensão punitiva, também chamada equivocadamente de prescrição da ação, e a da pretensão executória, ou da pena, ou da condenação.

Aquela primeira ainda pode ser subdividida em prescrição da pretensão punitiva em abstrato, ou propriamente dita, que toma em consideração a pena máxima cominada em abstrato, e as prescrições retroativa e intercorrente (ou superveniente) que se fundamentam na pena aplicada em concreto com trânsito em julgado para a acusação, ou se improvido o recurso desta (artigo 110, § 1º e 2º, do CP), só que a retroativa é calculada para o passado, entre os termos anteriores à sentença, como de regra o recebimento da denúncia, ou a prática do fato criminoso, e a prescrição superveniente busca no futuro a conformação de seu ciclo de existência, após a sentença condenatória.

Já a prescrição da pretensão executória, também chamada de prescrição da condenação, e identicamente fundamentando-se na pena imposta, pressupõe o trânsito em julgado (artigo 110 do CP.).

Na prescrição da pretensão punitiva impede-se a formação do título executivo penal, e na executória, a eficácia parcial da sanção concretizada na sentença quanto aos efeitos principais, mantidos os demais, como, por exemplo, a configuração da reincidência.

O INTERESSE DE AGIR NO PROCESSO PENAL

Comentando sobre a prescrição da pretensão punitiva, assevera Fragoso que: "Ocorre antes da sentença definitiva transitar em julgado e representa a cessação do direito do Estado à persecução penal. A prescrição nesse caso faz desaparecer o direito de ação"⁶, não é exato dizer isso, porque a prescrição não atinge a direito de agir, mas a pretensão que o anima, uma vez que o direito de ação é público, subjetivo, abstrato, e só vinculado, mas não subordinado, ao direito ou interesse material ao qual supostamente se refira.

O interesse de agir, como condição da ação no processo penal é uma imposição, porque o Estado não pode exercitar o seu poder de punir senão pelo processo (*nulla poena sine iudicio*). O Direito Penal não é de coação direta, e a inafastabilidade da jurisdição não é só uma autolimitação do poder punitivo do Estado, mas também da vontade do infrator, posto que em regra proibida a autocomposição por submissão, desistência ou transação, ressalvadas as hipóteses de tutela diferenciada quanto às infrações de menor potencial ofensivo, ou de tratamento assemelhado e que, mesmo assim, pressupõem o processo como instrumento regulador, e indispensável, mesmo nas hipóteses de "vias despenalizadoras" pela transação penal, ou dos acordos processuais com reflexos materiais (delação premiada, ou acordo de leniência).

Portanto, o interesse de agir é cláusula implícita do processo penal, exurgente do *ius puniendi* que, de abstrato, passa a concreto pela violação do preceito penal primário. Assim, só pelo processo se dirime o conflito penal, surgindo a lide penal com a violação efetiva ou aparente da norma incriminadora.

Desse modo o interesse de agir, além da *necessidade* de estar em juízo, pressupõe, ainda a título complementar do binômio, a *adequação*, e nesta, a *utilidade* do provimento pretendido.

A doutrina brasileira, de regra, apóia-se na leitura de LIEBMAN, que assim discorre sobre o interesse de agir: "a existência do interesse de agir é assim uma condição do exame de mérito, o qual seria evidentemente inútil se a providência pretendida fosse por si

⁶Fragoso, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal, a Nova Parte Geral*, p. 420.

mesma inadequada a proteger o interesse lesado ou ameaçado, ou então, quando se demonstra que a lesão ou a ameaça, que é denunciada, na realidade não existe ou não se verificou, ainda. É claro que reconhecer a subsistência do interesse de agir não significa, ainda, que o autor tenha razão quanto ao mérito; isto tão só quer dizer que pode tê-la e que sua pretensão se apresenta como digna de ser julgada.¹⁷¹

A abstração do direito de agir se limita à exigência, e imposição, de uma *sentença de mérito*, mas pressupondo no terreno penal a *idoneidade* ou *plausibilidade* do pedido para alcançar a tutela requerida, e que não pode prescindir *da utilidade* que, mais que um conceito, é verdadeiro fundamento da pretensão se oferecer como digna de ser julgada.

Se bem que o direito de agir se dirija ao provimento jurisdicional, e o direito subjetivo que lhe é subjacente a um bem ou interesse da vida - diversos portanto os interesses e objetos - não se pode excluir ou seccionar de forma definitiva ou absoluta a chamada autonomia ou abstração do direito postulatório, sob pena de confundi-lo como um fim em si mesmo, quando não o é, e que por vezes pode assim ser visto se, na hipótese, houver falta de justa causa para o processo penal.

A JUSTA CAUSA NO PROCESSO PENAL

Apesar de refutar o *fumus boni iuris* como elemento identificador do interesse de agir, Ada Pellegrini Grinover acaba por mencionar que: "A doutrina pátria, aliás, reconhece que confundir 'justa causa' com legítimo interesse de agir do órgão acusatório significa erigir em condição da ação algo que se situa mui próximo do *meritum causae*. Mas, embora reconhecendo que o *processus iustus* nada tem a ver com a existência do direito de punir (pois este pode inexistir e o processo instaurar-se devidamente), admite que, em algumas hipóteses excepcionais, haja uma deliberação sobre a matéria de fato, a fim de que se verifique a existência do *fumus boni iuris*, na acusação apresentada. Haveria uma zona cinzenta entre *inadmissibilidade* e *improcedência*: sendo que a *imediata*

⁷Liebman, Enrico Tullio. *Corso*, p. 49.

percepção da falta de fundamento serviria como condição negativa para um exame mais aprofundado.¹⁰⁸¹

A questão invoca o exame necessário da *justa causa* como fundamento da ação: em outras palavras, de uma pretensão instrumentalmente conexa com a ação, apesar da autonomia desta última, o que inclusive foi claro objeto do projeto de Lei 633/75, cujo artigo 8º e seu parágrafo único estabeleciam o seguinte: "*Não será admitida ação penal pública ou privada sem justa causa. Parágrafo único: a acusação, que não tiver fundamento razoável, nem revelar legítimo interesse, será rejeitada de plano por ausência de justa causa*"⁹, e a doutrina processual penal, na palavra de Frederico Marques, identifica a justa causa no interesse de agir que, ausente, admite, inclusive, o remédio do *Habeas Corpus* como previsto no artigo 648, I, do CPP, quando a coação passa a ser considerada ilegal.

Mas não é um interesse de agir, "civilmente processualizado", na crítica de Tourinho, posto que qualificado pela necessidade da justa causa, a que Tornaghi se refere como "um mínimo de aparência, um *fumus boni iuris*, para a condenação."¹⁰³

Neste mesmo sentido pondera Fernando da Costa Tourinho Filho, quanto a que:

*"Pelas peculiaridades do Processo Penal, a fumaça do bom direito é condição **sine qua non** para o exercício do direito de ação. E esta, evidentemente, há de subsumir-se no interesse processual.", in **Processo Penal I**, pág. 447.*

A justa causa, portanto, resume-se ao Estado reunir, em concreto, as condições suficientes e necessárias de obter um provimento útil para atender efetivamente o interesse penal primário da sanção perseguida no processo criminal.

⁸ As Condições da Ação Penal, p. 121/122.

⁹ Grinover, Ada Pellegrini. As Condições da Ação Penal, p. 115.

¹⁰ Tornaghi, Hélio, Instituição de Processo Penal, volume 1, p. 37.

A PRESCRIÇÃO IDEAL E O INTERESSE DE AGIR

Prescrição ideal é aquela que pode ser reconhecida antecipadamente, considerada a pena virtual, em perspectiva, que seria a aplicável ao réu (função individualizadora da culpabilidade), tendo por fundamento a falta (por ausência de justa causa) do interesse de agir.

A prescrição antecipada pela pena virtual, também chamada: em perspectiva, em projeção, hipotética, ou ideal, vem sendo refutada pela jurisprudência pelos seguintes argumentos: a) a não previsão legal; b) a referência à sentença é dado aleatório e hipotético para um suposto trânsito em julgado; c) há violação do devido processo legal porque, para reconhecer a prescrição, existiria também suposto juízo de condenação, logo, sem apoio constitucional; d) priva-se o réu de recorrer contra a pena, que só é considerada em expectativa; e e) tratar-se-ia de julgamento antecipado sem garantia do contraditório. Esses os principais fundamentos adotados, tanto pelo STF, quanto pelo STJ, conforme se observa no **Código Penal Interpretado de Mirabete**, p. 591/592. Exemplifiquemos: "*Antes da sentença a pena é abstratamente cominada, calculando-se o prazo prescricional pelo máximo que, na espécie (12 anos), não dá ensejo à prescrição. Não pode ser decretada a extinção da punibilidade pela possibilidade futura de ser concretizada a pena mínima, ante a primariedade e os bons antecedentes do réu*", HC 9210/SP; **Habeas Corpus** 1999/0036244-6, relator Ministro Fernando Gonçalves (1107), órgão julgador - T6 - sexta turma, data do julgamento 18/05/1999.

Os argumentos são ponderáveis de uma ótica positivista restrita, contudo, o direito não se reduz à *regra jurídica*, que lhe dá validade, mas também aos *princípios conformadores do sistema* que lhe conferem, além da validade, o peso suficiente de um ordenamento, na advertência de Canotilho, cuja lição vale transcrever:

*"Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na qualidade de verdadeiras **normas, qualitativamente distintas** das outras categorias de normas - **as regras jurídicas**. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos:*

(1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: **applicable in all-or-nothing fashion**); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de regras é antinômica. Os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se;

(2) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à <<lógica do tudo ou nada>>), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos;

(3) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas <<exigências>> ou <<standards>> que, em <<primeira linha>> (**prima facie**), devem ser realizados; as regras contêm <<fixações normativas>> definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias;

(4) os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).", in **Direito Constitucional** de J. J. Gomes Canotilho, p. 167/168.

Neste tópico, e parecendo prevalecente à ordem conformadora principiológica, ao contrário do estrito positivismo, é na mesma obra de Mirabete que se encontram decisões pioneiras como as a seguir transcritas:

"TACRSP: De nenhum efeito a persecução penal, com dispêndio de tempo e desgaste do prestígio da Justiça Pública, se,

*considerando-se a pena em perspectiva, diante das circunstâncias do caso concreto, se antevê o reconhecimento da prescrição retroativa na **eventualidade de futura condenação**. Falta, na hipótese, o **interesse teleológico de agir**, a justificar a concessão **ex officio** de **habeas corpus** para trancar a ação penal (RT 669/314). No mesmo sentido, TACRSP: RT 668/289. TACRSP: As disposições dos arts. 41 e 43 do CPP não limitam sob exclusividade o exame da peça introdutória da ação penal. O universo jurídico presente à atividade do juiz em tal momento leva-o ao exame de todos os pressupostos processuais e condições do exercício da ação. E no exame do interesse de agir não se pode arredar a verificação da **utilidade** do provimento jurisdicional. Se inútil este, ainda que procedente a ação, de se reconhecer a ausência daquele. Assim, pode o juiz rejeitar a denúncia arrimado na **inutilidade de uma condenação** já de antemão alcançada pela prescrição da ação penal, considerada a pena em perspectiva (RT 668/290).", in **Código Penal Interpretado**, p. 593, grifamos.*

Há quem entenda que a lide não é elemento essencial ao processo penal, que se contenta com uma pretensão insatisfeita, e não controvertida. Todavia, bastando supor que a controvérsia seja suposta abstratamente, pela própria natureza do interesse (indisponível) do réu no processo penal que a ele obrigatoriamente se submete, para concluir que a lide está presente quando nasce a pretensão com o direito de punir em concreto, e eventual confissão do réu, (argumento de não resistência à pretensão estatal) não significa submissão ou renúncia ao interesse de liberdade, posto que admitir a responsabilidade, não significa exatamente o mesmo que aceitar ou concordar com o castigo, em quantidade e qualidade daquela responsabilidade decorrente. A confissão do réu, por exemplo, não impede o seu recurso contra a sentença condenatória, bem como a pretensão de alteração sancionatória, para alternativas como a restrição de direitos ou sursis, apesar da confissão que não exclui a controvérsia.

E se, como visto nas decisões acima citadas, a pretensão estatal é de imediato rechaçada, impedindo a lide penal, não se pode

ver nisto uma violação do devido processo legal, mas antes o reconhecimento de que, nesta hipótese, o Estado verifica que estaria impedido sequer de postular a condenação - qual seja deliberar sobre o próprio *processus iustus*, tomando-se por parâmetro uma cogitável sentença condenatória, apenas como um mecanismo de estratégia do raciocínio premonitório, mas não que efetivamente deveria ocorrer como realidade normativa (lei concreta), senão como item, ou elemento do "esquema" a priori estabelecido e suposto, isto é: contar com a "idéia" de uma pena contida pela prescrição. E a isso se limitando o juízo de valoração.

A já citada processualista Ada Pellegrini Grinover deixa claro isso ao afirmar que: "é a própria natureza do processo penal que leva à necessidade de demonstrar a plausibilidade do direito invocado, para evitar a lide temerária. O processo criminal representa, por si só, um dos maiores dramas para a pessoa humana; exige um sacrifício ingente dos direitos da personalidade, espoliando o indivíduo da intimidade e, freqüentemente, da dignidade mesma. Por isto é que um mínimo de *fumo de bom direito* há de exigir-se, para que se leve adiante o processo, até a solução da lide.", in **As Condições da Ação Penal**, p. 127/128. É o que poderia ser chamado de "a dor maior do remédio" pela "mínima doença" que o prescinde ou dispensa.

É que ao que se observa de uma prescrição reconhecível em face de certa pena aplicável (e que será a aplicada - não importando em exercício de "adivinhação", como no acórdão, H.C. 536/2005 - 4ª Vara Criminal TJERJ, proc. 2005.059.00536 de 08/05/05), passam a faltar, reflexamente e em concreto, os princípios da: *ofensividade* (interface ou projeção instrumental), e *proporcionalidade*, exigíveis para atuação do *ius puniendi* pela perda da *carga de seus efeitos* que corroem o *próprio sentido da relação crime-sanção*, ante o fenômeno de uma prescrição antecipável, posto que só diferida *pro rata tempore*.

Sobre a ofensividade - e na leitura de sua função interpretativa - dogmática - percebe-se que é aquela que "manifesta-se *a posteriori*", isto é, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o Direito Penal, no momento em que se deve aplicar, *in concre-*

to, a norma penal elaborada." (Cezar Roberto Bitencourt, **Tratado de Direito Penal, Parte Geral**, v. 1, p. 21).

Já quanto à proporcionalidade - controlada pela razoabilidade (por exemplo, a pena de talibão é exatamente proporcional, mas não mais razoável no atual estágio do Direito Penal) - e segundo HASSEMER, sua exigência deve ser determinada mediante "um juízo de ponderação entre a carga "coativa" da pena e o fim perseguido pela cominação penal."¹¹

Assim, os que defendem a violação do devido processo legal no reconhecimento da prescrição em perspectiva, a rigor repudiam o conceito do princípio em sua inteireza, porque processo legal é o processo justo não só formal, mas substancialmente, isto é, racional e proporcional a uma utilidade que não signifique, ele mesmo, instrumento de sua própria e exclusiva justificativa final, mas como meio idôneo de efetividade, de aplicação da sanção penal como objeto *mediato* da pretensão punitiva, e que lhe serve de conteúdo e finalidade.

Sobre o aspecto legitimador ou substancial do devido processo legal vale a pena transcrever sua atual leitura: "Com o tempo, acrescentou-se uma nova dimensão ao princípio, passando-se a examinar não apenas o aspecto processual, mas a própria legitimidade dos fins visados pelo legislador ou administrador, bem como a *compatibilidade* entre os meios empregados e os fins visados (**substantive due process**)."¹¹ E mais adiante: "A regra do razoável, ou do equilíbrio de interesses (princípio da razoabilidade) - seria a adequação dos meios aos fins desejados pelo legislador ou administrador, e que esse meios não sejam infundados ou arbitrários, isto é, sejam proporcionais às circunstâncias que os motivaram e aos fins que se propõe alcançar. É a correspondência entre os meios propostos e os fins desejados.", in **Revista da EMERJ**, v. 5 n° 17/2002, p. 185/186.

Partindo da afirmação de que a prescrição ideal *só pode incidir sobre a pretensão punitiva* (a executória já teve a sanção penal determinada no título penal), e inobstante o seu reconhecimento, é errado dizer que impede ao réu eventual absolvição, posto que, por

¹¹ Hassemer, Windfried, **Fundamentos Del Derecho Penal**, Barcelona, Bosch 1984, p. 279.

simples razão lógica aquela - como também a condenação - não podem ser alcançadas por força da prescrição, cujo reconhecimento obsta o seu exame.

Significa, pois, um esforço inútil prosseguir, com vista a uma hipotética *absolvição*, de alternatividade futura e incerta, logo, condicional pela distante expectativa de que possa ou não ocorrer como declaração jurídica, isto é, qual espécie de tutela sobrevirá: condenatória ou absolutória?

Como diz Liebman, a prescrição é uma preliminar de mérito, porque alcança o direito material, e assim etiquetada pela qualidade da coisa julgada, não diferindo em nada dos efeitos e conseqüências de uma sentença absolutória, com a diferença de que nesta se diz que o réu é inocente (mesmo pela dúvida), e naquela, que não se pode sequer dizer isto, ou mesmo se é culpado, porque não verificável tal juízo pela impossibilidade de fazê-lo por força da prescrição, necessária e preliminarmente examinada como matéria de mérito - o haver pretensão - e que importará na rejeição da denúncia, se já oferecida (artigo 43, II, do CPP).

Enfim, quer na sentença absolutória, quer na extinção de punibilidade pela prescrição, *há coisa julgada* - e como dito por Liebman - isto se presta, **tout court** "a garantir o resultado prático e concreto do processo ou, em outras palavras, o seu efeito, apenas isso, devendo considerar sem relevância a amplitude da matéria lógica discutida e examinada no processo"¹², quer dizer, o que interessa é o que o processo possa trazer de *praticamente útil e efetivo* como meio de tutela, na composição do conflito.

Nesta mesma linha de pensamento, concluindo por idênticos efeitos práticos entre a declaração da prescrição e a sentença absolutória, leia-se:

"Como enfatizou o Min. Rodrigues Alckmin, "se o Estado, que deduziu sua pretensão punitiva, não tem mais direito, pelo decurso do tempo, à manifestação jurisdicional que a satisfaça, a isto se limita a declaração do Juiz: a afirmar prescrita a

¹² Liebman, Enrico Tullio. ESTUDOS SOBRE O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, p. 162.

ação e extinta a punibilidade. E nenhum dano trará ao réu, esta solução: a prescrição da ação penal não implica afirmar-lhe a responsabilidade penal, nem estabelecer-lhe a culpabilidade, nem em consignar-lhe antecedentes. A ação penal prescrita é pretensão penal não decidida em sua procedência, mas excluída de exame pelo decurso do tempo." (TFR - AC 4.899 - Rel. Washington Bolivar de Brito - DJU 27.8.81, p. 8.197), in **Código Penal Interpretado e Sua Interpretação Jurisprudencial** de Alberto Silva Franco e outros, p.1283

Logo, é despicienda a discussão de privar-se o réu da possibilidade de se ver absolvido, por falta de objeto e de interesse.

Outrossim, o réu *não exerce pretensão* no processo penal, mas *resiste* à que lhe é movida pelo Estado, importando eventual absolvição no improvimento desta, e não no reconhecimento daquela, que não existe.

A prescrição em projeção toma por base um fato futuro, mas certo, mais próximo da modalidade do *termo*, que é sempre certo, como contar com uma sentença no processo penal, e na pior das hipóteses condenatória, e que assim não é algo hipotético, senão pela futuridade, conquanto certo de ocorrer.

Argumento semelhante pode ser usado no reconhecimento da prescrição etária para o maior de 70 anos, que nos termos do artigo 115 do CP tem o prazo prescricional reduzido pela metade se, na data da sentença já tiver completado aquela idade. Veja-se que o dispositivo não menciona a natureza da sentença ser condenatória ou *absolutória*, e assim, se mesmo antes da sentença, que passa a ser um mero dado, ou marco, o réu completa os 70 anos, certamente que a prescrição pela metade deverá ser reconhecida, independentemente da exigência processual de superveniência da sentença, porque é plausível, razoável admitir que, desde então passa a não existir o interesse de agir do Estado por falta de justa causa, logo, por falta de pretensão punitiva de propor ou prosseguir na ação penal. E quanto a isso, que parece irrefutável, ninguém discute.

A *pari razione* diga-se o mesmo da prescrição dita hipotética, e que, na realidade, é uma mera antecipação de uma futuridade inócua, e por onde se evita considerar o processo como algo desvi-

ado de sua função de instrumento efetivador do direito, e mais que isso da justiça, porque teratologicamente justificado por si mesmo, para exigência de uma sentença futura formalmente "existente", mas substancialmente "espectral", e de conseqüência jurídica nenhuma, valendo apenas como estatística.

O ilustre penalista Rogério Greco enfrenta a questão da seguinte forma:

Primeiro indagando: *"Qual seria a utilidade da ação penal, que movimentaria toda a complexa e burocrática máquina judiciária quando, de antemão, já se tem conhecimento de que ao final da instrução processual, quando o julgador fosse aplicar a pena, a quantidade seria suficiente para que fosse declarada a extinção da punibilidade com base na prescrição da pretensão punitiva estatal."*

Depois, concluindo corretamente: *"Embora como "pano de fundo" se encontra a efetiva possibilidade de ocorrência futura da prescrição, o juiz não a reconhecerá, tampouco o Ministério Público a poderá requerer, mas sim ambos fundamentarão os seus pedidos e decisões na falta de interesse de agir, na modalidade de interesse-utilidade da medida, condição esta indispensável ao regular exercício do direito de ação, que deve existir durante toda a vida processual.*

Assim, se a denúncia ainda não foi oferecida, o Ministério Público deve requerer o arquivamento do inquérito policial; se mesmo com essa aferição antecipada o Promotor de Justiça insistir no oferecimento da denúncia, deverá o juiz rejeitá-la, com base no inciso III do art. 43 do Código de Processo Penal; e, por fim, se a ação penal já estiver em curso, e se for verificada que essa condição da ação já não mais se faz presente, o julgador deve extinguir o processo sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.", in **Curso de Direito Penal, Parte Geral**, p. 838/839.

A justa causa, como visto é um conceito umbilicalmente ligado ao interesse de agir no processo penal, e que se faltar deixa a

relação processual penal vazia, como um *non liquet a priori*, por falta de fundamento jurídico da possibilidade de exame da pretensão, como apta ou digna de ser julgada.

Examinando o assunto, Fernando Capez diz que:

"A prescrição virtual nada mais é do que o reconhecimento da prescrição, ainda na fase extrajudicial, com base na provável pena mínima, que será fixada pelo juiz. Fundamenta-se no princípio da economia processual, uma vez que de nada adianta movimentar inutilmente a máquina jurisdicional com processos que já nascem fadados ao insucesso, nos quais, após condenar o réu, reconhece-se que o Estado não tinha mais o direito de puni-lo, devido à prescrição.", in **Curso de Direito Penal, parte geral**, p. 559.

É um circunlóquio formalista, um circuito inútil para todos da relação processual, de submissão a uma sacralidade técnica da "liturgia do processo"

No Primeiro Encontro de Coordenadores e Juizes das Turmas Recursais dos Juizados Especiais, no Enunciado 23, ficou consignado que: "é cabível o arquivamento do termo circunstanciado ou do inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Ministério Público, baseado na prescrição pela pena ideal."¹³

Os enunciados, tal como as súmulas, são o resumo da uniformidade do entendimento de certa matéria ou assunto de direito, expressados nos verbetes, como se fossem normas abstratas, contendo uma genuína *interpretação intelectual* do direito, como fonte mediata, e neste passo guardando um mesmo valor, ou grau axiológico.

No tema da prescrição ideal, parece a melhor solução já encontrada pelos operadores judiciários do direito, e que valoriza o processo como instrumento de efetiva utilidade, prevendo-se, por

¹³ Revista de Jurisprudência dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro, volume 2/2000.

juízo antecipado, a perda ou cessação da justa causa, em razão de uma situação futura, porém certa, logo, não exatamente improvável ou suposta, de que ao Estado não era mais possível exercer o **ius puniendi**, por contar com um resultado condenatório proporcional e razoável - como resposta justa pelo injusto praticado - suficiente e necessário, para antever a prescrição presentemente antecipada e desde logo declarável, poupando a instância de inútil circuito.

Suponha-se, para finalizar, que um jovem, com o passado imaculado, e conduta social irrepreensível, por um destempero ocasional de sua vida, venha a agredir levemente terceira pessoa, e ainda sendo confesso. Responderá por lesão corporal, que tem por pena em abstrato os patamares de 3 meses a 1 ano de detenção, e cuja prescrição, nos termos do artigo 109, VI, do CP, ocorre em 4 anos.

Abstraído o fato de ser infração de menor potencial ofensivo, e já transcorridos 2 anos e 1 mês, sem solução por sentença ou transação, indaga-se: poderia o juiz aplicar pena superior à mínima? Certamente que não, em face dos princípios constitucionais da culpabilidade (aqui em sua dúplíce função de: fundamento e medida do direito punitivo), individualização, e proporcionalidade. Logo, não seria demais reconhecer, por um juízo *prognóstico ex ante*, aquele resultado punitivo e declarar a prescrição, posto que seria desarrazoado e inútil prosseguir até uma sentença que não mais se justificaria, e que se sobreviesse seria uma **contraditio in terminis**, como que dizendo para si mesma: eu só valho para reconhecer que não deveria existir, qual fênix pelo avesso.

Ainda no sentido deste trabalho, pontificam pareceres do MP deste Estado, nos PAs números 2005.001.13256.00 e 2005.001.0836.00, da lavra dos respeitáveis promotores Adriana Cavalcanti e Eduardo Rodrigues Campos, devidamente aprovados pela Subprocuradora-geral da Justiça Marija de Moura.

Compete que não se deixe morrer o assunto pelo só argumento de autoridade, mas e principalmente, pela autoridade dos argumentos que possam ser postos na discussão de assunto tão palpitante, longe ainda de ser um "Incidente" na hipotética "Antares" de Veríssimo, como aqueles mortos que ressuscitaram para reclamar justiça.

O reconhecimento da prescrição ideal, antes de significar uma regra de impunidade para o réu, é muito mais um tratamento de estímulo e advertência para o Estado fazer valer, dentro de objetivos padrões legais, o direito de punir que lhe foi conferido, a fim de que atenda à efetividade do direito, por via do processo, como ferramenta democrática de sua aplicação, e impedindo o acúmulo na parte "oficial" do problema das chamadas "cifras negras".

CONCLUSÃO

1) A prescrição ideal é espécie de prescrição da pretensão punitiva reconhecida antecipadamente, mas que não é juízo antecipatório porque não dependente de provimento definitivo. A natureza de sentença que a reconhece é terminativa com força de definitiva, ou terminativa de mérito.

2) A prescrição em projeção pode e deve ser reconhecida por falta de justa causa para o exercício do *ius puniendi*, pela ausência de interesse de agir.

3) O juízo hipotético *ex ante* da pena aplicável obedece à lógica do razoável, sempre presente como cláusula ou condição de tratamento no processo penal.

4) A prescrição pela pena em perspectiva não viola o princípio do devido processo legal, antes o respeita, como conceito estruturante e substancial do *processus iustus*.

5) A previsão legal do reconhecimento da prescrição ideal não se resume à estrutura da regra, mas se apóia na norma jurídica penal que também compreende princípios tais como: utilidade da jurisdição, ofensividade (ou lesividade), razoabilidade, plausibilidade da pretensão, celeridade e economia do processo.☐

O SISTEMA DE COTAS RACIAIS COMO AÇÃO AFIRMATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Luciana de Oliveira Leal

*Juíza de Direito do TJ/RJ, Mestre em Justiça e
Cidadania pela Universidade Gama Filho*

INTRODUÇÃO

Atualmente, vem-se discutindo no cenário político, bem como jurídico, a viabilidade e os limites do desenvolvimento pelo Poder Público de programas e projetos cujo objetivo seja a inclusão social de minorias¹, em relação às quais haja algum tipo de discriminação social ou desvantagem decorrente de discriminação histórica na sociedade que acarrete, no presente, desigualdade social. Trata-se das chamadas ações afirmativas, que nos últimos anos vêm sendo debatidas no âmbito do direito brasileiro, especialmente em razão da implementação do sistema de cotas raciais em universidades.

É certo, contudo, que o estabelecimento e a implantação de políticas tais no Direito Brasileiro é anterior à discussão atual, voltada especificamente para a questão racial. Cotas para mulheres em candidaturas para cargos públicos eletivos e para deficientes físicos em concurso público já têm previsão legislativa e aplicação prática há mais de uma década.

¹"Não se toma a expressão *minoría* no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detêm o poder. [...] em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a minoría, na prática dos direitos, nem sempre significa menor número de pessoas". (ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. "Ação Afirmativa - O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica". *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 15, 1996, 85-99, p. 87, nota 3).

O que ora se propõe, assim, é analisar estas questões no Direito positivo brasileiro, em abordagem constitucional e filosófica.

AÇÕES AFIRMATIVAS - CONCEITO

Ações afirmativas são, no dizer de Joaquim B. Barbosa Gomes, "*políticas e mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido - o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito*".²

As ações afirmativas surgiram como uma forma de promover a igualdade entre grupos historicamente preteridos ou discriminados em uma sociedade. Sua finalidade primordial, mais do que prevenir, coibir e punir atos discriminatórios, é gerar condições para que as conseqüências sociais concretas da discriminação³ passada ou presente sejam progressivamente amenizadas, até que se alcance o objetivo maior de promoção da efetiva igualdade.⁴

Esta busca de igualdade se refere primordialmente às condições e oportunidades de acesso à educação e ao mercado de trabalho, o que importa dizer, à inexistência de discriminação na contratação e remuneração dos indivíduos, bem como no acesso aos níveis mais elevados de ensino.

² GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA.** Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2001, p. 41. Guilherme Peña de Moraes apresenta, por sua vez, o seguinte conceito de ações afirmativas: "políticas ou programas, públicos ou privados, que objetivam conceder algum tipo de benefício a minorias ou grupos que se encontrem em condições desvantajosas em determinado contexto social, em razão de discriminações existentes ou passadas, como as pessoas portadoras de deficiência física, idosos, índios, mulheres e negros...". (MORAES, Guilherme Peña. "Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado". **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003, 298-315, p. 300).

³ Discriminação negativa, segundo Renata Malta Villas-Boas significa "tratar-se de forma diferenciada um determinado grupo social ou um conjunto de pessoas que possuem características em comum, com o objetivo de menosprezá-las, dando a elas atributos e qualificações negativas". (VILLAS-BOAS, Renata Malta. **Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade.** Rio de Janeiro, América Jurídica, 2003, p. 28).

⁴ "A expressão ação afirmativa, usada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965, passou a significar, desde então, a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguais, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais". (ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, *op. cit.*, p. 87)

Nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte concluiu pela constitucionalidade do uso de critérios raciais na implementação de políticas públicas que objetivem a promoção da diversidade e a não segregação nas áreas educacional e de relação de emprego, em abordagem estrutural do problema da discriminação, com vistas ao equilíbrio entre os diversos grupos sociais.⁵ Estas políticas configuram as chamadas ações afirmativas, implementadas legislativamente e ainda por meio da atuação dos tribunais, ante a constatação da discriminação racial praticada tanto em contratações, quanto na admissão de estudantes em universidades. Assim, a adoção do *discrímén* racial, que em princípio é suspeito de ser discriminatório, é admissível quando tenha por objetivo beneficiar o grupo ou minoria excluído, hipótese em que se mostra compatível com o princípio da igualdade. Neste sentido vem decidindo a *Côrte Americana*, com a ressalva de que somente ante a demonstração efetiva da desigualdade que se pretende remediar é que se admite a adoção deste *discrímén*.

No Brasil, dados do Censo 2000, realizado pelo IBGE, evidenciam a efetiva disparidade, por exemplo, entre brancos e negros no acesso ao ensino superior. Conforme reportagem publicada em jornal de grande circulação, "em 2000, 3% da população cursavam uma faculdade. Entre os negros, a porcentagem era de 1%, enquanto, entre os brancos, a taxa era de 4,2%, quatro vezes mais".⁶

Embora no Brasil o percentual geral de acesso ao ensino superior seja muito baixo - o que sinaliza que o problema educacional é muito mais abrangente do que a questão estritamente racial - há que se reconhecer que a disparidade no percentual de alunos que cursavam em 2000 algum curso de nível superior indica a existência de efetiva desvantagem entre as raças consideradas. O que não significa, contudo, que a mera criação de cotas para negros em nível universitário seja solução para o problema, por duas razões que se deve destacar.

⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa, *op. cit.*, p. 77/78 e 113.

⁶ Jornal **O Globo** de 3 de dezembro de 2003, p. 12.

Primeiramente, constata-se que a regra no sistema avaliatório para ingresso em cursos de ensino superior, no Brasil, é o critério meritório, ou seja, são avaliados os conhecimentos do aluno, por meios objetivos (provas), o que impede que o critério racial seja considerado quando de sua admissão. Seja por meio do ENEM, seja por meio do vestibular, ou de outros modos de avaliação do aluno, o que se aprecia no processo seletivo é o conhecimento e a capacidade de raciocínio do candidato à vaga na universidade. Não há entrevistas ou outros exames em que o avaliador possa, subjetivamente, discriminar o candidato, em razão de sua raça, ainda que sob argumento outro. Assim, a causa de um menor acesso ao ensino superior de integrantes da raça negra não está na discriminação racial no processo seletivo para ingresso em curso de nível superior - para cuja prática não há espaço no sistema de avaliação para ingresso atualmente em uso - mas em outras questões histórico-sociais e educacionais pertinentes à questão racial no país.

Em segundo, há que se considerar a ineficiência do sistema de cotas para solucionar as causas desta desigualdade. O problema educacional maior no país é relativo ao ensino fundamental e ao ensino médio, tanto em termos quantitativos como qualitativos.

O desenvolvimento de políticas de cotas, em especial as relativas ao ensino superior, que atingem o resultado da desigualdade e não sua causa, é, até certo ponto, inócuo, pois não emancipa verdadeiramente o indivíduo, que permanece dependente de ações governamentais para sua inserção social. As ações afirmativas, para que possam efetivamente gerar os resultados pretendidos com sua implementação, não podem se restringir à criação de cotas nos variados setores de atividades desenvolvidas em sociedade. Antes, devem ser realizadas conjuntamente com programas e projetos que atinjam as causas da desigualdade, para que possam efetivamente levar à igualdade de oportunidades entre os indivíduos. É na perquirição destas causas e de possíveis soluções para estes problemas que se pretende dar prosseguimento ao presente estudo.

A IGUALDADE NOS PLANOS FILOSÓFICO E JURÍDICO

Diversas questões de ordem filosófica e jurídica, bem como social, política e mesmo econômica tangenciam o tema. Desde a antigui-

dade, os filósofos buscam conceituar o que seja a igualdade. E a filosofia veio fornecer subsídios ao Direito para o estudo do tema. Ao juridicizar a igualdade, tornando-a um direito, o Direito conferiu caráter obrigatório a seu conteúdo. Juridicamente, portanto, o principal fundamento para a realização de ações afirmativas se encontra no direito à igualdade

A IGUALDADE NO PLANO FILOSÓFICO

O ponto de partida para a abordagem filosófica da igualdade é a constatação de que somente cabe o seu questionamento no contexto de relações sociais, pois o indivíduo isoladamente considerado não representa parâmetro de comparação, e somente será possível perquirir a existência de igualdade ou desigualdade na medida em que haja mais de um objeto de análise, para que entre estes seja possível realizar a comparação. Por outro lado, faz-se necessário o exame de uma característica especificada, em relação à qual será traçado o comparativo.⁷

A igualdade, filosoficamente, se associa à idéia de justiça na distribuição dos escassos bens da vida, o que remonta ao pensamento grego, desde o período axial (séculos VII a II a.C.), culminando com o pensamento aristotélico exposto na "Ética a Nicômaco".

Neste período, especificamente o século V a.C., é que surgiu a filosofia, com conseqüente substituição do saber mitológico pelo saber lógico da razão. O homem passa ao centro da análise, sendo objeto de reflexão, o que se desenvolve no reconhecimento de uma natureza humana.⁸ Aristóteles identifica a justiça, num sentido am-

⁷ "Não se pode perder de vista, também, que a idéia de igualdade sempre se apresentou ao pensamento humano conectada e misturada com outras idéias análogas, tais como a de liberdade, justiça, humanidade etc., e com significados e valores muito diversos. Se a igualdade é um valor, como reiteradamente afirmam os filósofos e juristas, é, necessariamente, um valor relativo e só neste plano - o da relatividade - tem sentido. Os gregos, por exemplo, distinguiam várias espécies de igualdade: como meio-termo proporcional entre o muito e o pouco, a perda e o ganho, igualdade diante da lei [...]. Daí decorre o fato, lembrado por Bobbio, de que a esfera de aplicação da justiça, ou da igualdade social e politicamente relevante, é a das relações sociais, ou dos indivíduos com o grupo (e vice-versa)". TABORDA, Maren Guimarães. "O Princípio da Igualdade em Perspectiva Histórica: Conteúdo, Alcance e Direções". **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 211: 241-269, jan/mar 1998, p. 245.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Saraiva: São Paulo, 2001, 2ª ed., p. 8/11. Vale citar a constatação do referido autor: "Em suma, é a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes". (p.11)

plo, com a virtude, tendo por "homem justo" aquele que respeita a lei, pois esta tem por objetivo a vantagem comum, *"de modo que, em certo sentido, chamamos justos aqueles atos que tendem a produzir e a preservar, para a sociedade política, a felicidade e os elementos que a compõem. E a lei nos ordena praticar tanto os atos de um homem bravo [...] quanto os de um homem temperante[...] e os de um homem calmo"*.⁹ Segundo o filósofo, aquilo que, tomando-se o indivíduo em relação a si mesmo tem-se por virtude, em relação ao próximo tem-se por justiça. A justiça distributiva, espécie da justiça particular, se refere à distribuição de honras, dinheiro ou quaisquer outros bens, vez que é possível a um indivíduo receber seu quinhão igual ou desigual ao atribuído a outro indivíduo. O igual é o ponto intermediário na distribuição destes bens, e corresponde, portanto, ao meio termo, que seria justo.

Em Aristóteles, portanto, a igualdade é uma proporção na distribuição. Importante, ainda, é ressaltar que o filósofo associa a justiça na distribuição dos bens ao caráter meritório a orientar esta divisão, acenando no sentido de que o justo é a distribuição igual entre os iguais e desigual entre os desiguais¹⁰, na medida do mérito de cada um.

Embora seja precisa a lição do filósofo, o ponto principal de destaque, que não deve ser esquecido, é a identificação dos critérios que podem ser efetivamente usados para se considerar dois indivíduos iguais ou desiguais, e até que ponto é legítima a distinção com base nestes critérios, pois podem ser destacadas diferenças reais (desigualdades, como a raça ou o sexo dos indivíduos em comparação), que, contudo, não sejam hábeis a gerar, por efeito, o tratamento desigual (por exemplo, vedar o acesso de integrantes de um determinado grupo racial às linhas de transporte urbano prestado por uma empresa, ou proibir os indivíduos de um determinado sexo de participar de uma votação) .

⁹ ARISTÓTELES. "Ética a Nicômano", in **Os Pensadores**, v. IV, São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 322.

¹⁰ Idem, p. 324/325.

Thomas Hobbes, em **Leviatã**, apresenta os homens como seres essencialmente iguais em capacidade física e faculdades mentais, compensando-se as eventuais diferenças com outras características atribuídas pela natureza.¹¹ Também John Locke apresenta a igualdade como inerente ao homem em seu estado de natureza, destacando que são criaturas de mesma espécie e ordem, com acesso às mesmas vantagens da natureza e ao uso das mesmas faculdades, o que as torna iguais em termos de liberdade e, portanto, sem qualquer subordinação umas às outras. Assim, inexistiria superioridade ou jurisdição de um homem sobre o outro.¹²

Charles Montesquieu igualmente professava a existência de um estado natural de igualdade entre os homens, que cessa tão logo se acham em sociedade, perdendo, destarte, o sentimento de fraqueza próprio da ausência de conhecimentos que lhe é característica, embora tivesse a faculdade de conhecer. Esta igualdade entre os homens no estado de natureza seria conseqüência das leis da natureza.¹³

Paulino Jacques apresenta um panorama do tratamento filosófico dado ao tema da desigualdade, do qual se pode destacar, em suma, que duas ordens de desigualdade podem ser observadas: a natural e a social. O referido Autor admite a existência de um estado natural de desigualdade, decorrente das diferenças de idade, saúde, forças físicas e qualidades da alma, invocando a lição de Rousseau. Expõe, ainda, concordando com o filósofo alemão barão D'Holbach, que a desigualdade social é conseqüência da desigualdade natural, e conclui pela impossibilidade de se colocar todos os homens num mesmo plano de fruição de bens, funções e valores, ou seja, num mesmo plano de igualdade econômica, política e social, sob pena de se chegar a um dos dois extremos que apresenta:

¹¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Ícone, 2000, p. 94.

¹² LOCKE, John. "Segundo Tratado Sobre o Governo", in Locke. **Coleção Os Pensadores**, São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 35/36.

¹³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. "O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo". **Montesquieu**; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota, São Paulo: Saraiva, 2000, 7ª ed., p. 79/81.

completa monotonia da sociedade civil, ou transformação desta em um campo de batalhas.¹⁴

De tudo quanto se lê a respeito, possível é concluir que o Homem, enquanto espécie, apresenta atributos universais, próprios de todos os indivíduos que a integram, e por isso geradores de igualdade. O homem, enquanto indivíduo, possui um conjunto próprio de atributos e características que o diferencia dos demais indivíduos da mesma espécie, o que lhe dá o direito à diferença, ou seja, de ver aquele diferencial respeitado pelo grupo em que se insere. Assim, condutas que visem eliminar estas diferenças impondo um padrão único a se seguir, ou ainda que discriminem um indivíduo no grupo a que pertence em função desta diferença, violam não só o direito à própria diferença, mas também, e, principalmente, o direito à igualdade, de que é dotado em relação aos demais indivíduos do grupo, pelo fato de pertencer à Humanidade.

A grande questão filosófica que se põe é exatamente compreender esta variação de grau e de contexto na visão que se pode ter da problemática da igualdade. O estudo filosófico, assim, ofereceu ao Direito subsídios para fundamentar e regular o direito à igualdade, bem como o direito à individualidade, que se traduz no respeito à diferença, em duas abordagens distintas de um mesmo direito.

O real conteúdo da igualdade na sociedade somente se alcança, considerando-se o homem no seu ambiente de convivência com outros seres de sua espécie. Ainda aqui se aplica a lição de Aristóteles, sendo certo, contudo, que não esgota o tema e não soluciona os problemas fáticos daí derivados, na medida em que não apresenta preceitos que esclareçam a legitimidade dos critérios usados para se considerar um indivíduo igual ou desigual a outro.

¹⁴ JACQUES, Paulino Ignácio. **Da Igualdade perante a lei: fundamento, conceito e conteúdo**. Rio de Janeiro: Forense, 197, p. 42/47. Destaque-se, contudo, que Rousseau, em sua obra **Discurso sobre a origem e fundamentos da igualdade**, Europa América, 1981, admite a existência da desigualdade física entre os homens, mas defende, do mesmo modo, que a desigualdade dos homens aumenta na medida em que se desenvolve a vida em sociedade, especialmente a sociedade civil, em razão da qual surgem as distinções civis: "Conclui-se também que a desigualdade moral, autorizada só pelo direito positivo, contrária ao direito natural, todas as vezes que não aparece na mesma proporção com a desigualdade física; distinção que determina suficientemente o que se deve pensar a este respeito acerca da espécie de desigualdade que reina entre todos os povos civilizados; uma vez que é manifestamente contra a lei da natureza, qualquer que seja a maneira como se define, que uma criança mande num velho, que um imbecil governe um sábio e que um grupo de pessoas esteja a abarrotar de coisas supérfluas, enquanto a multidão esfomeada se vê privada do necessário". (ROUSSEAU, Jean Jacques, *op. cit.*, p. 83.

Outra conclusão a que se chega é a de que a igualdade não tem conteúdo próprio, mas é a medida do equilíbrio entre os indivíduos na correlação dos direitos que titularizam (no âmbito jurídico, genericamente considerados), ou, tratando-se da matéria em sentido amplo, na correlação entre suas características pessoais ou ainda na inter-relação destas, inclusive considerado o contexto social em que se encontram. Assim é que a liberdade de um não pode ter valor maior do que a liberdade do outro, a vida de um não terá maior valor do que a do outro. Os critérios de igualdade vão, desta forma, equilibrar a valoração destes direitos (não só vida e liberdade, mas quaisquer outros que se insiram no contexto social), de modo que um mesmo direito não venha a ter pesos diversos para indivíduos entre si considerados, como seres de uma mesma espécie.

Os fundamentos filosóficos específicos das ações afirmativas, por sua vez, são dois postulados filosóficos principais: justiça compensatória e justiça distributiva.

Segundo o fundamento da justiça compensatória, as ações afirmativas seriam o modo de correção de erros sociais ou mesmo estatais cometidos no passado. A discriminação passada a grupos específicos de indivíduos - não necessariamente raciais ou étnicos, mas também outros que por alguma motivação histórica e social, de natureza discriminatória, foram preteridos na titularização ou no gozo de direitos reconhecidos ou de bens da vida (por exemplo, as mulheres ou os idosos) - seria causa de inegáveis ônus sociais deixados às gerações seguintes, ou seja, de um dano ao grupo social, que demanda reparação. Portanto, segundo este postulado, a ação afirmativa seria o instrumento de restauração de um equilíbrio antes rompido e cuja ruptura acarretou por consequência uma injustiça na distribuição das vantagens e benesses da sociedade.¹⁵

¹⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa, *op. cit.*, p. 61 ss. "Noutras palavras, a discriminação entendida sob essa ótica como uma privação de <<meios>> ou de <<instrumentos>> de competição, resulta igualmente em privação de oportunidades. Conseqüentemente, reduzem-se as perspectivas. Para a teoria da justiça compensatória, a melhor forma de correção e de reparação desse estado de coisas consistiria em aumentar (via ações afirmativas) as chances dessas vítimas históricas de obterem os empregos e as posições de prestígio que elas naturalmente obteriam caso não houvesse discriminação" (p. 63/4). Norberto Bobbio escreve a respeito que "de uma maneira geral, adotou-se a distinção aristotélica entre Justiça distributiva e Justiça reparadora". A primeira é "aquela que se exterioriza na distribuição de honras, de bens materiais ou de qualquer outra coisa divisível, entre os que participam do sistema político" (Ética, 1.930b), "enquanto que a segunda está mais especificamente ligada a situações em que uma pessoa, ao receber uma ofensa de outra pessoa, pede a conseqüente reparação. As normas da Justiça são ainda subdivididas em normas de Justiça compensativa e normas de Justiça corretiva. As primeiras referem-se a negócios para com a parte ofendida; a segunda inflige uma punição ao culpado" (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: UNB, 1986, p. 662).

Já o fundamento da justiça distributiva se embasa no reconhecimento do direito de indivíduos ou grupos a reivindicarem vantagens, bens ou benefícios aos quais teriam acesso se houvesse justiça social no meio social em que vivem, ou seja, se houvesse adequada distribuição - ou seja, igualitária - dos bens, vantagens e ônus da vida em sociedade. Assim, as ações afirmativas teriam relação, principalmente, com a redistribuição de ônus e vantagens, dos bens, enfim, entre os membros da sociedade. Sua finalidade, portanto, não seria reparar danos passados decorrentes de discriminação por meio de ações compensatórias dos mesmos, mas promover a distribuição equânime dos bens, direitos e vantagens entre os indivíduos, o que por si só mitigará os efeitos da discriminação outrora praticada.¹⁶ As ações afirmativas têm por finalidade atender ambos os fundamentos.

A IGUALDADE NO DIREITO

Juridicamente, o conceito de igualdade foi fruto de evolução normativa e doutrinária concomitante ao desenvolvimento dos direitos fundamentais. Seu reconhecimento, quando das primeiras declarações de direitos - inspiradas pelo Iluminismo, base das revoluções liberais por meio das quais adquiriu-se a noção de que o indivíduo é ser distinto do Estado, contrapondo-se a ele - implicava na igualdade de todos perante a lei. Assim, a lei não poderia ser aplicada distinguindo-se entre os indivíduos destinatários da norma.

Tratava-se de igualdade formal¹⁷, oriunda da consideração do indivíduo como ser abstrato e dotado de direitos naturais a todos inerentes e, por isso, impassível de diferenciações pelo nascimento. Lembre-se que, ainda aqui, não se falava em igualdade material, e

¹⁶ Idem, p. 67/8: "(...) a tese distributiva propõe a adoção de ações afirmativas, que nada mais seria do que a outorga aos grupos marginalizados, de maneira equitativa e rigorosamente proporcional, daquilo que eles normalmente obteriam caso seus direitos e pretensões não tivessem esbarrado no obstáculo intransponível da discriminação. Portanto, sob essa ótica, a ação afirmativa define-se como um mecanismo de <<redistribuição>> de bens, benefícios, vantagens e oportunidades que foram indevidamente monopolizadas por um grupo em detrimento de outros, por intermédio de um artifício moralmente e juridicamente condenável - a discriminação (...)".

¹⁷ Carmem Lúcia Antunes Rocha explica que o sentido do princípio da igualdade, então denominado isonomia, se restringia à vedação à discriminação, invalidando, assim, o comportamento preconceituoso como ação admissível na ordem jurídica (*op. cit.* p. 86). Pode-se afirmar que o princípio da igualdade tinha caráter negativo, não englobando, contudo, o caráter positivo, de ação, ínsito ao princípio.

não havia nela caráter concreto. Indivíduos de um mesmo grupo deveriam receber tratamento idêntico, contudo, nada impedia que grupos distintos tivessem tratamento diferenciado, e, ainda assim, independentemente da hoje exigida razoabilidade do *discrímen* - característica distinta que gera diferenciação no tratamento legal. Deste modo, por exemplo, quanto ao direito de voto, que não era universal, mas apenas de homens que fossem proprietários.¹⁸

A finalidade do reconhecimento do direito à igualdade, na verdade, era acabar com a ordem estamental, com as diferenças impostas pelo nascimento, pois no pensamento liberal, a determinação da igualdade obrigava o juiz e o administrador a não fazer distinção onde a lei não a fizesse, ou seja, não se poderia criar distinções na aplicação da lei, naquilo que esta não distinguisse. O legislador podia criar ou manter desigualdades - relativas àquele grupo de direitos e características inerentes ao ser humano enquanto indivíduo - sem que estas implicassem em violação efetiva da igualdade.¹⁹

Com o advento do Estado Social, a igualdade evoluiu em seu conceito para abranger também o legislador (vedação da desigualdade na lei), e ganhou conteúdo material. Desta forma, a igualdade perante a lei cedeu lugar à busca pela igualdade fática, de natureza concreta, obrigatória não mais apenas ao julgador e ao administrador, mas também ao legislador. A partir de então, a igualdade passa a ser exigência para a própria lei, e não apenas para aquele que a aplica. Ademais, a igualdade material, no contexto do reconhecimento dos direitos sociais, exige mais do que a não diferenciação, a

¹⁸ Cabe destacar a lição de Norberto Bobbio, que ensina que somente em razão de mudanças no contexto histórico-social e de novas exigências daquelas decorrentes é que se pode falar em surgimento e reconhecimento de novos direitos. Portanto, p. ex., somente com o aparecimento da classe proletariada é que se desvinculou o direito de voto do direito de propriedade. (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 1/10). Também Maren Guimarães Taborna ensina a respeito: "A Igualdade de todos - todos os homens são (ou nascem) iguais - veio, então, referida como igualdade absoluta, sem reservas, trazendo implícita a idéia de um tratamento pela lei em termos absolutos, independentemente do conteúdo desse tratamento, pois, ainda que se reconheçam as desigualdades existentes entre os homens, considera-se serem as mesmas irrelevantes no âmbito do tratamento jurídico. O princípio da igualdade aparece, assim, sem qualquer graduação, traduzido em mero princípio de prevalência da lei, isto é, em um dado puramente formal [...]. Ser considerado igual perante uma determinada lei é ser o destinatário de sua aplicação. A observância da devida igualdade dirige-se ao aplicador da lei - juiz ou Administração - que estão proibidos de estabelecer distinções onde a lei não as estabeleceu". (*op. cit.*, p. 255).

¹⁹ Daí a visão marxista de que o direito seria instrumento de dominação, cf. Maren Guimarães Taborna, *op. cit.*, p. 256).

não discriminação. Exige atos concretos que viabilizem a igualdade no plano fático, gerando a chamada igualdade de oportunidades.²⁰ Esta, segundo, Maren Guimarães, passou a ser pensada sob a premissa de que se deve "colocar todos os membros da sociedade em condições iguais de competição pelos bens da vida considerados essenciais".²¹

Assim, a busca pela igualdade material passa a exigir a atuação concreta no sentido de se assegurar a cada indivíduo a fruição daqueles direitos que titulariza por ser da espécie humana, mantendo-se a vedação à desigualdade, quer na lei, quer em sua aplicação, em relação aos dois aspectos da natureza humana (tanto como indivíduo quanto como integrante de uma espécie). É importante, ainda, ressaltar que os direitos sociais têm a finalidade de implantar a igualdade material. São instrumentos de tal igualdade, mas não se confundem com as ações afirmativas nem são estas integrantes daqueles.

Seus âmbitos de incidência são distintos, e seus fundamentos diversos, de modo que são dois instrumentos de efetivação do princípio da igualdade, que interagem, mas não se fundamentam mutuamente, embora as ações afirmativas possam ser meios de se assegurar a determinados grupos sociais o acesso ao exercício dos direitos sociais.

Pode-se, ante esta constatação, distinguir dois aspectos da igualdade, seja como direito do indivíduo, ou como princípio de um ordenamento jurídico. Por um lado, tem-se a vedação à discriminação, num caráter proibitivo da igualdade, a proibição às distinções, e por outro, o seu aspecto positivo, ou seja, de atuação concreta para a implementação da efetiva igualdade, o que se atinge por meio do pleno exercício dos direitos sociais. Estes sempre levam à concretização social da igualdade. Já as ações afirmativas podem ou não vir a assegurar a igualdade, podendo, até mesmo, violar este

²⁰ Segundo Paulo Bonavides (*Curso*, p. 343), "o Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; por meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia".

²¹ *Op. cit.*, p. 257.

princípio/direito, na medida em que atuam por meio da discriminação, chamada positiva.

IGUALDADE NO DIREITO BRASILEIRO

É possível vislumbrar, no Direito Brasileiro, a aceitação de ambos os aspectos supra-referidos do princípio da igualdade. A Constituição Federal, em seu preâmbulo, apresenta a igualdade como um dos valores supremos da sociedade brasileira. Em seu art. 3º, dispõe expressamente que um dos objetivos fundamentais do país, enquanto república, é a promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Vê-se, portanto, que já na descrição dos objetivos fundamentais do país a Constituição destaca a vedação à discriminação negativa (quando faz referência à vedação ao preconceito e outras formas de discriminação), bem como a necessidade de se desenvolver atividades que promovam a igualdade de todos, o que pode ser considerado o aspecto positivo deste princípio de ordem constitucional. Sua configuração, todavia, conforme se extrai do art. 5º, *caput*, não é apenas de princípio, a orientar, vinculativamente, a interpretação das normas jurídicas que compõem o ordenamento do Estado brasileiro, mas de efetivo direito de todos.²²

Partindo-se da premissa de que o ordenamento constitucional brasileiro acolheu o princípio da igualdade material, cumpre destacar que não se trata de exigir tratamento igualitário pela lei a todos os indivíduos, mas de identificar as desigualdades e tratar de modo desigual os desiguais ²³, não para aprofundar a desigualdade, mas para combatê-la, chegando-se a um ponto de equilíbrio entre os indivíduos nas relações privadas, e promover a efetiva igualdade no

²² Cabe destacar que toda a discussão a respeito da normatividade dos princípios sequer se aplica ao caso, pois em se tratando de direito reconhecido como tal, sua exigibilidade é insita a sua existência, na medida em que onde há direito há dever correlato, que gera uma pretensão para seu titular, diante de qualquer objeção comissiva ou omissiva a sua fruição.

²³ "O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes". MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 1993, p. 12.

contexto das relações sociais, assegurando-se a todos o mesmo grau de acesso aos bens da vida, ou fruição dos direitos.

Assim, por exemplo, tendo-se reconhecido a desigualdade entre as partes de uma relação de consumo - consumidor e fornecedor - com clara vulnerabilidade do primeiro, criou-se a sobrenorma de proteção ao consumidor (Lei 8.078/95). Sua finalidade, contudo, não é desequilibrar a relação contratual a favor do consumidor, com inversão do desequilíbrio até então existente, mas reequilibrar a relação jurídica existente, colocando ambas as partes envolvidas num mesmo nível, ou seja, restabelecendo a situação de paridade, de igualdade entre as partes.

Assim também ao haver previsão legal de medidas específicas aplicáveis a crianças e adolescentes em situação de risco aos direitos que titularizam (art. 98, Lei 8.069/90), medidas estas que visam reequilibrar a situação daquela criança dentro da sociedade, assegurando-lhe o acesso aos mesmos direitos das demais crianças, as quais não se encontram em situação de risco.

Relevante é examinar e definir quais os critérios passíveis de indicar a legítima desequiparação na lei entre os indivíduos que convivem numa mesma sociedade, na medida em que é vedada pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro a discriminação em qualquer de suas formas, e especificamente a de origem, raça, sexo, cor e idade.

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca, com acerto, que ao proibir a discriminação tomando-se por base certos traços, a ordem constitucional assim agiu para evitar que estes traços, colhidos da realidade social, viessem a embasar desequiparações odiosas, isto é, injustificadas, fortuitas ou arbitrárias. Alguns critérios são trazidos pelo autor acima referido, para que o *discrimen* legal não viole o princípio da igualdade, o que ora se transcreve, na medida em que exata a lição:

"a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógi-

ca entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, **in concreto**, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa - ao lume do texto constitucional - para o bem público" ²⁴

Todavia, a correlação lógica, aqui, está sujeita aos valores aceitos em determinada época, numa dada sociedade. Portanto, torna-se relevante ter em vista dois outros princípios orientadores da verificação de respeito à igualdade numa determinada lei - ou em sua aplicação -, quais sejam, o da dignidade humana e o da razoabilidade. Quando se trata de ações afirmativas, a discriminação positiva tanto pode atender à implementação da igualdade material como pode gerar efeitos opostos, criando desigualdades, por superarem o limite do necessário ao restabelecimento do equilíbrio social entre os indivíduos. Portanto, há que se encontrar critérios pelos quais se possa efetivamente perquirir os limites de constitucionalidade das ações afirmativas, o que não se restringe ao princípio da igualdade material, mas abrange outros princípios de natureza interpretativa, hábeis a delimitar o alcance de ações desta espécie. Alexandre Vitorino Silva bem explica a problemática:

"A situação, de fato, contém um paradoxo, pois, para implementar-se o princípio da igualdade material e aplicar um critério de justiça distributiva capaz de reverter, no plano dos fatos, os efeitos presentes de uma discriminação pretérita, a solução aventada é a de reduzir as chances de acesso de integrantes da maioria, pelo simples fato de pertencerem a ela. Com isso, há no mínimo uma aparente violação ao princípio da igualdade formal, que precisa ser analisada no caso concreto segundo o mecanismo de ponderação de princípios para que se possa saber se a medida restritiva da igualdade

²⁴ Op. cit., p. 41

formal é aprovada no teste constitucional da proporcionalidade".²⁵

Passa-se, portanto, à análise das ações afirmativas no Direito Brasileiro, no contexto da principiologia constitucional vigente.

AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

É neste contexto que se insere a discussão sobre a viabilidade jurídica das ações afirmativas - que seriam esta face ativa da igualdade - e os seus limites, na medida em que em muitas circunstâncias representarão a chamada discriminação positiva, com o tratamento privilegiado de grupos historicamente discriminados ou de minorias outras que por suas condições, enquanto grupo, sofram privação do acesso a estas oportunidades, que são objeto do princípio da igualdade material. A grande discussão jurídica é, pois, sobre a constitucionalidade destas ações, à vista da principiologia constitucional adotada no ordenamento brasileiro, e os requisitos necessários em sua implementação para que seja legítima a implantação de projetos que constituam ações afirmativas.

Para que estas medidas possam ser tidas por legítimas terão necessariamente por características a temporariedade e a especialidade, assim como o objetivo específico, voltado à eliminação de desigualdades sociais adequadamente detectadas e comprovadas entre o grupo majoritário e a minoria cuja inclusão se pretende promover.

No plano legislativo, além das normas constitucionais já mencionadas, há diversos diplomas legais, recentemente inseridos no ordenamento jurídico, relacionados ao tema das ações afirmativas, como, p. ex.: art. 24, XX, da Lei 8.666/95 (que trata da dispensa da licitação para contratação de associação de portadores de deficiência física); Lei 9.504/97 (que adotou a cota de 30% das vagas para candidatura de cada partido ou coligação a ser destinada a indivíduos de um dos sexos - cota neutra); Lei 9.799/99 (que criou o art. 373-

²⁵ SILVA, Alexandre Vitorino. "O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro". *Jus Navegandi*. Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002, disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3479>. Acesso em 4.ago.2003.

A, CLT, cujas disposições têm por objetivo impedir a discriminação às mulheres nas relações de trabalho); Leis 7.853/89, Lei 10.098/2000 e Lei 8.213/91 (voltadas à integração dos deficientes físicos); Decreto nº 4.228/2002 (que instituiu, no âmbito da Administração Pública federal, o programa Nacional de Ações Afirmativas); Portaria nº 1.156 do Ministério da Justiça, de 20/12/2001 (que instituiu o Programa de Ações Afirmativas do Ministério da Justiça) e Decreto nº 1.904/96 (que instituiu o programa nacional de Direitos Humanos).

Outros textos legais há, ainda, relativos ao tema, bem como vasta legislação internacional, com destaque para o Pacto Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

No Direito Brasileiro, não se pode afirmar abstratamente que toda a qualquer ação afirmativa é constitucional perante o ordenamento jurídico. Isto porque a pertinência de uma determinada ação somente se pode aferir no caso concreto, dentro do qual se pode verificar não somente a validade da norma jurídica que embasa a medida, mas também da própria incidência e aplicação da norma, que pode até ser constitucional em tese, mas gerar resultado inconstitucional quando de sua aplicação.

Retornando aos critérios já mencionados elaborados por Celso Antônio Bandeira de Mello, pode-se afirmar que:

a) ao atingir todo um grupo, o qual congrega indivíduos de uma mesma característica, como raça, sexo, ou condição física, atende-se ao critério de que a norma não se aplica a um só indivíduo.

b) sendo estes traços próprios das pessoas a serem desequiparadas, estar-se-á atendendo ao segundo critério. Note-se, aqui, que cotas para pessoas com determinada renda fugiriam a este critério, pois não é característica residente na própria pessoa. Todavia, é precisamente neste campo, da desigualdade na distribuição de renda, que se inserem os maiores problemas sociais do país, de modo que aqui se justificam medidas que estabelecem cotas para pessoas de determinada renda.

c) a correlação lógica referida estará presente quando verificar-se por meios idôneos que existe causalidade ou pertinência en-

tre a diferenciação aplicada e o *discrímén* utilizado. No caso de cotas para negros, o que se tem usado para justificar as medidas é a desproporção entre o percentual de negros da população e o percentual que ingressa na universidade. Pesquisa divulgada recentemente nos meios de comunicação, contudo, demonstra que aos menos nas universidades públicas esta diferença somente existiria em relação aos pardos e não aos negros e brancos.

d) *in concreto*, o *discrímén* é relevante ante os princípios da razoabilidade bem como da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Um adendo ao item (c) acima descrito merece destaque. A correlação lógica não se encontra efetivamente demonstrada, no sistema de cotas raciais, salvo no mercado de trabalho, em que há espaço para a discriminação racial. Naquelas ocupações, contudo, em que o acesso é por meio de concurso público, não havendo espaço para a aplicação de subjetividade assim como no sistema meritório de ingresso no ensino superior, a correlação lógica não se concretiza. E isto porque o ato discriminatório não encontra momento para ocorrer. O acesso à vaga em universidade não é impedido em razão do critério racial, mas em razão da deficiência do ensino público fundamental e médio, o que torna o problema, em última análise, uma consequência da economia, vez que os que têm menor renda precisam do ensino público, que não é suficientemente qualificado a proporcionar ao jovem o acesso por sistema meritório aos níveis superiores de educação.

Sendo da natureza das ações afirmativas que sejam temporárias e dotadas de especialidade, estas características devem estar demonstradas no próprio ato que as estabelece, sendo certo que deverá ser indicado o lapso temporal estimado de sua aplicação e as causas que a justificam.

Por outro lado, o *discrímén* adotado deve passar pelo crivo da razoabilidade, por ser suspeito. Assim é que será necessário aferir no caso concreto se a medida atende ao princípio da razoabilidade. Neste sentido é o ensinamento de Luís Roberto Barroso, que afirma:

"Tais classificações fundam-se em fatores que o constituinte reputou suspeitos e cuja utilização traz uma forte possibilida-

de de ser inconstitucional, a menos que se possa demonstrar, como parece, em cada um dos exemplos, que o tratamento desigual teve um fundamento razoável e destinou-se a realizar um fim legítimo. Em outras palavras: para ser válido, o tratamento diferenciado precisa passar no teste da razoabilidade interna e externa".²⁶

Para que se possa considerar constitucional a implantação do sistema de cotas raciais, deve, portanto, haver adequação entre o fim almejado e o instrumento empregado, ser necessária ou exigível a implantação do sistema, por não haver meio alternativo menos oneroso a direito individual e proporcionalidade estrita, ou seja, que o bem que se atinge, seja mais relevante que o sacrifício decorrente da desequiparação.

É fato que o estabelecimento de cotas tem caráter meramente paliativo, isto porque não ataca a causa da desigualdade racial existente no acesso ao ensino superior - que, ao contrário da experiência norte-americana, não é a discriminação negativa. Portanto, somente será válida se estabelecida em caráter temporário, tendo sua adequação limitada àquele grupo que dela se beneficia. Para as gerações futuras, na verdade, somente a implantação de melhorias no ensino fundamental e médio, bem como a educação voltada à formação de consciência social do respeito às diferenças, bem como da ilegitimidade de discriminação negativa, qualquer que seja seu fundamento, é que poderão igualar efetivamente os indivíduos no acesso às mesmas oportunidades. Ou seja, somente mediante a implantação de meios para o exercício pleno dos direitos sociais por todas as camadas e integrantes da sociedade, independentemente da raça a que pertençam, é que se pode efetivamente atender ao princípio da igualdade, democratizando-se faticamente o acesso aos meios de educação, cultura, saúde, habitação e demais direitos sociais.


As ações afirmativas, assim, somente atendem à razoabilidade se demonstrada sua vinculação a outros programas de implantação do acesso aos direitos sociais, de modo que em certo tempo venha a

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Renovar: Rio de Janeiro/São Paulo, 2001, p. 161.

se tornar desnecessária e cesse sua aplicação. Do mesmo modo, somente diante desta conjuntura é que se poderá afirmar a necessidade da medida, de modo a beneficiar a geração presente da minoria, igualando-se à geração presente da maioria, enquanto se alicerçam as bases da igualdade social necessária ao pleno exercício dos direitos pelas gerações futuras. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, estará atendida se assegurados meios alternativos para aqueles que comprovadamente venham a ser preteridos, ainda que com melhores resultados, em razão da implantação do sistema de cotas.

CONCLUSÃO

Em poucas linhas, estes são os parâmetros constitucionais de validade das cotas raciais para ingresso no ensino superior. Não se pode afirmar abstratamente a constitucionalidade do sistema de cotas, devendo-se aferir no caso concreto a presença de fatores que atendam ao princípio da razoabilidade, bem como da igualdade material.

Não cumpridos todos os seus pressupostos, forçoso é reconhecer a inconstitucionalidade destas medidas por atentarem contra o princípio da igualdade. Não obstante, há que se louvar os esforços no sentido de amenizar as desigualdades sociais, implantando a efetiva igualdade material a todos constitucionalmente assegurada. 

DA RETIFICAÇÃO CONSENSUAL DO REGISTRO E SEUS REFLEXOS NOS NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS (ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 10.931/2004)

*"O novo sempre vem."
Belchior*

Jairo Vasconcelos do Carmo

*Professor Coordenador de Direito Civil da
EMERJ, Delegatário Titular do 4º Registro de
Títulos e Documentos da Cidade do Rio de
Janeiro*

I. INTRODUÇÃO

O Código Civil, preocupado com a segurança do registro, facultava ao prejudicado o procedimento de retificação (cf. art. 1.247). Na lei registral, com a nova redação da Lei 10.931, de 2.8.2004, aprimora-se o sistema pelo acréscimo de *retificação exclusivamente administrativa*, podendo alcançar o interesse de *terceiro*, dès que convergente. A retificação administrativa, no regime anterior, visava, sobretudo, a expungir do registro duas espécies de defeitos: a) erros de fato do registro, cuja correção não gerasse prejuízo a terceiro (arts. 212 e 213); b) nulidades absolutas inerentes ao próprio ato do registro (art. 214).

As alterações, na novel versão, tornam ainda mais valiosa a via extrajudicial para sanear o registro imobiliário, imprimindo-lhe, com maior celeridade e economia, a exatidão fática e a jurídica. A

vantagem é inegável: a retificação poderá ater-se aos *atos* do registro e ao *direito* nele embutido, cuidando, desde logo, se for o caso, da regularização até mesmo do título causal.

Disto decorre uma *nova atribuição*, confiada ao registrador imobiliário, que o investe, a arbítrio do interessado, no papel de *formador* do título causal, para posterior averbação, reservando-se aos juízes os *casos litigiosos* ou de *dúvida relevante*. O objetivo é *concentrar* no Serviço Imobiliário o primeiro esforço de aprimoramento dos dados registrais.

De imediato, o seu reflexo recairá sobre o negócio de *incorporação imobiliária*. É que, dentre os trâmites exigidos, o mais demorado é naturalmente o exame da legalidade do *memorial*, com detida atenção à documentação do terreno, que deve harmonizar em três pontos: sua descrição no memorial deve coincidir com a do registro; se, preexistindo algum prédio, foi averbada a demolição; e se, provindo da junção de dois ou mais terrenos contíguos, fez-se a união registral mediante a fusão das respectivas matrículas.

Tanto é suficiente para demonstrar o total interesse dos empresários da construção civil, aliados ao sistema financeiro, em agilizar o procedimento das retificações, permitindo realizá-las, em juízo ou no fólio real, neste sob a autoridade institucional e pedagógica do registrador.

Há que se buscar um critério seguro, discernindo, na nova lei, as diversas espécies de retificação, tudo sob as luzes de exegese que valorize a eficiência do sistema registral, em consonância à teleologia da Lei 10.931/2004.

II. RETIFICAÇÃO DE OFÍCIO E RETIFICAÇÃO CONSENSUAL

A Lei 10.931/2004, ao alterar a redação dos arts. 212, 213 e 214, da Lei 6.015/1973, instituiu *três formas* básicas de retificação do registro: retificação de ofício ou a pedido do interessado; retificação consensual e retificação judicial. A primeira modalidade corresponde à conhecida retificação por *erro evidente*, isto é, aquele que salta aos olhos. A seguir, o exame abreviado de cada espécie.

1. Retificação de Ofício ou a Pedido do Interessado

Em obediência ao princípio da instância, a *retificação de ofício*

cio é medida excepcional, na ocorrência de imperfeições passíveis de regularizar com supedâneo na documentação existente, pois ali se acha a plena convicção da erronia, dispensando o concurso de prova nova. Importa dizer-se: restringe-se às hipóteses de correção de *erro material evidente*, nascido, quase sempre, de falta do registrador no transporte dos dados do título causal para o registro. Portanto, não serve para modificar o *núcleo* do desenho tabular, como sói ser a *conformação imobiliária*, a saber, localização, perímetro, área e confrontantes. Parece-me razoável que possa atender a certos aspectos periféricos ou supletivos da descrição do imóvel, se estes não o afetarem em substância, como seria a complementação de informações constantes do título causal, a partir de uma determinada base documental, lançadas erroneamente no registro.

Para facilitar o intérprete-aplicador, o art. 213, I, a a g, destaca as hipóteses de retificação de ofício. Duas observações: cabe considerar-se não apenas as transposições dos títulos causais como também as extraídas de registros anteriores; a área e as medidas perimetrais devem ser mantidas, de sorte a que a retificação somente contemple a indicação de rumos, ângulos de deflexão ou coordenadas georreferenciais. Nos casos que importem em alteração das medidas, ou havendo necessidade de novas provas, cumpre exigir-se requerimento do interessado.

Tanto a retificação de ofício como a requerimento do interessado dispensam a anuência dos confrontantes.

A prática dos cartórios, antiga, é regularizar, incontinenti, o *erro evidente* dos seus escreventes, sem esperar a iniciativa dos interessados. O erro material, novo ou *antigo*, deve merecer cautelosa e pronta correção do registrador. Esse poder-dever envolve uma *função pedagógica* junto ao povo, cujo exercício compete ao registrador, sendo indispensável à segurança jurídica. Um exemplo emblemático, suscitado por Afrânio de Carvalho, bem ilustra o valor do serviço zeloso e eficaz. Conta-nos da *omissão*, na folha do apartamento, da existência de *vaga de garagem*, embora constasse da convenção de condomínio, que veio juntada ao título aquisitivo. Decorridos alguns anos, apresentou-se a escritura definitiva de venda, integrada pela de promessa, a que fazia menção expressa, sendo registrada. Com a morte do proprietário, processou-se o inventá-

rio e extraiu-se o formal de partilha, que se extraviou antes da inscrição. Apresentado um novo formal, alguns anos depois, sustou-se o registro por mencionar *duas vagas de garagem*, fato que provocou a retificação do formal para coincidir com o assento. Reapresentado o formal, com a indicação certa de *uma vaga* de garagem, foi objeto de nova exigência, sob o fundamento, *só então declinado*, de que não aparecia na inscrição originária nenhuma vaga! (cf. **Registro de Imóveis**, 4ª edição, Forense, p. 386). Fácil compreender-se o abuso, oneroso para o interessado, forçado a duas retificações, quando a matéria podia ser inteiramente acertada da primeira vez. A falta do cartório, ao omitir a vaga de garagem na inscrição do apartamento, seria saneada, sem qualquer exigência, bastava que procedesse à busca dos seus lançamentos internos, confrontando, nesse instante, os documentos formadores do título, ou seja, a escritura de promessa e a convenção do condomínio. Esse caso, aparentemente difícil, é expressão de erro evidente, a corrigir de ofício, e com presteza, a fim de minimizar o seu mal, máxime o induzimento de terceiro que tencionasse adquirir o imóvel, prevenindo, ademais, a responsabilidade civil do Delegatário.

2. Retificação Consensual

A retificação consensual consubstancia a grande inovação da Lei 10.931/2004, visto que dispensa o procedimento judicial. Tudo se resolve junto ao Oficial do Registro Imobiliário, compreendendo três espécies: retificação com anuência dos confrontantes, retificação com notificação e retificação por escritura pública. A seguir, o exame de cada espécie.

2.1. Retificação com Anuência dos Confrontantes

Nesta modalidade, o pedido retificatório deve vir instruído de planta e memorial descritivo, subscrito pelo interessado, pelo engenheiro ou profissional habilitado, pelos confrontantes e eventuais ocupantes (cf., art. 213, II, § 10).

Certos cuidados devem ser observados, valendo destacar-se: a) a anuência dos confrontantes proprietários constará da planta do imóvel, em espaço apropriado, contendo sua qualificação e a indicação do seu imóvel, com localização e matrícula. Há de exigir-se a vênua do cônjuge do confrontante, salvo o regime de separação

absoluta, com pacto antenupcial sobre bens futuros, dê que adotado na vigência do novo Código Civil (cf. arts. 1.647 e 2.039). O § 10, do art. 213, inclui, no conceito de confrontante, os *eventuais ocupantes*, que devem manifestar-se no corpo da planta do imóvel ou em carta em separado.

2.2. Retificação com Notificação

Nesta modalidade de retificação, admitem-se duas formas de correção dos assentos registraes. Uma tem por objeto a simples *inserção* de medidas no imóvel, sem tocar no perímetro, a outra destina-se à *alteração* de dados tabulares, alcançando a linha perimétrica ou a área total. O traço distintivo é a *notificação* do confrontante que espontaneamente não anuiu.

As duas espécies pressupõem a inexistência de controvérsia, ainda no caso de alteração de dados tabulares, embora, como se disse, possa afetar a linha de confinação, isto é, o perímetro ou corpo certo do imóvel.

A notificação não visa a provocar algum tipo de resposta conflitiva, como se fosse adversário, mas antes, quer a *colaboração* do confrontante para um objetivo comum, isto é, a correção das linhas divisórias ou da área total do imóvel, podendo, em muitos casos, intercambiar trechos limítrofes do terreno. Daí o chamamento dos confrontantes e eventuais ocupantes para colaborarem na enunciação de nova linha perimétrica ou de uma nova área, obra da retificação, a qual, a bem ver, a todos beneficiará, como se infere da norma do art. 213, *f*, ao permitir a "reprodução de descrição de linha divisória de imóvel confrontante que já tenha sido objeto de retificação."

Coerente ao espírito da nova lei, devotado à simplicidade, cabe realçar a inteira aplicação do § 4º, do art. 213, quando presume a anuência do confrontante notificado que não impugnar. Não havendo impugnação por nenhum dos notificados, o registrador deve *certificar* a regularidade da diligência.

No caso de mera *inserção* de medidas, apenas para obter-se a extensão de uma ou mais linhas limítrofes ou a área total do imóvel, por ter havido erro ou omissão no título causal e no registro, sendo mantido o corpo certo desta, determinado pelo perímetro, a planta

deve se limitar à descrição do imóvel retificando, com indicação da sua localização e confrontação, sem descuidar das exigências do art. 225, da Lei de Registros Públicos. Afigura-se dispensável o requinte de maior investigação sobre os imóveis confinantes. Subtende-se, nesta situação, que as novas medidas são tomadas *internamente*, dentro do corpo certo, definido pelo seu contorno, este delimitado por marcos, cercas, muros, vales, córregos e outros acidentes naturais.

A hipótese de *alteração*, inovando a metragem tabular, reclama o zelo de melhores elementos.

Sempre que viável, a planta deve ilustrar a topografia do imóvel visado como a dos confrontantes, mormente aqueles direta ou potencialmente afetados. Há de flagrar-se real interesse jurídico e não simples suposição. Por exemplo, verificando-se que as medidas tabulares são maiores, a ponto de implicar expansão lateral, convém logo fazer o levantamento topográfico dos imóveis lindeiros; se a expansão, ao revés, ocorrer na linha de profundidade do imóvel, o levantamento topográfico deve abranger os confrontantes daquela parte, cuidando, ainda, das medidas da via ou logradouro público frontal, e *notificando*, neste caso, a *município*.

O memorial descritivo deve reproduzir as informações tabulares não afetadas pela retificação, indicando os confrontantes pelo nome, número do assento registral e número de contribuinte.

2.3. Retificação por Escritura Pública

Uma outra inovação, consentânea com a necessidade de simplificar a lei registral, consta do § 9º, do art. 213, vasado nestes termos: "Independentemente de retificação, dois ou mais confrontantes poderão, por meio de escritura pública, alterar ou estabelecer as divisas entre si e, se houver transferência de área, com o recolhimento do devido imposto de transmissão, e desde que preservadas, se rural o imóvel, a fração mínima de parcelamento, e, quando urbano, a legislação urbanística".

Em realidade, a despeito da dicção da norma, *retificação* haverá. De conseguinte, entenda-se a expressão "independentemente de retificação" com o sentido de dispensar os proprietários interessados da presença dos confrontantes não interessados e da participa-

ção direta do registrador imobiliário. Talvez se possa chamá-la, para fins didáticos, de retificação especial, justo por prescindir da anuência dos confrontantes e ocupantes não interessados, permitindo aos interessados que materializem, numa escritura pública, o acerto dos seus limites, mantido ou não o desenho das divisas físicas.

Importa, nesta modalidade, que dois ou mais confrontantes poderão fixar suas divisas exatas, sem tocar no perímetro de cada um, ou retificá-las para alterar os dados tabulares. A forma de fazê-lo é a *escritura pública*, instruída do pagamento do imposto de transmissão, se houver transferência de área limítrofe, cabendo ao registrador imobiliário, na posse do instrumento respectivo, proceder à sua *averbação*, em tendo sido preservadas as divisas físicas. Havendo transferência de área limítrofe, o caso é de *registro*, caso em que também se rerratificará a matrícula dos imóveis afetados, de modo a dotá-los de nova identificação, com suas características e confrontações (cf. LRP, art. 176). É que, no sistema registral brasileiro, a individualidade do imóvel é definida sobretudo pelo seu perímetro, e não pelas medidas das linhas de limites, ou da sua área, nem, ainda, pelo nome dos confrontantes, que podem variar com a transmissão do direito de propriedade. De exigir-se, portanto, inequivocamente, para a tabulação do título, que o imóvel seja descrito como *corpo certo*, em obediência, aliás, ao *princípio de especialidade*, que estabelece as bases da sua *individualidade*.

III. DO PROCEDIMENTO RETIFICATÓRIO

O procedimento de retificação pode ser *extrajudicial*, perante o registro imobiliário, ou *judicial*, por escolha inicial dos interessados (cf. art. 212 e par. ún.), ou por *conversão*, em decorrência de *impugnação fundamentada* dos confrontantes notificados. Atente-se, por ora, à retificação extrajudicial, *sem impugnação*.

1. Retificação Extrajudicial

As iniciativas de retificação, de ofício ou a pedido, devem implicar a instauração de procedimento administrativo, análogo ao modelo judicial. Assim, pois, deve ser autuado e identificado com o número do protocolo.

A peça inicial será o requerimento do interessado ou o ato interno do registrador determinando a retificação de ofício. Todas as informações, notas de exigência e manifestações devem ser juntadas aos autos do procedimento.

Os efeitos do procedimento retificatório, à míngua de norma expressa, sugerem, por analogia, os mesmos do procedimento de *declaração de dúvida* (LRP, art. 198). Nesta conformidade, feita a prenotação no Livro do Protocolo, prorrogam-se os seus efeitos até que se ultime perante o registro imobiliário ou decisão judicial, na eventualidade de conversão motivada do procedimento.

A notificação dos confrontantes, acorde ao § 10, do art. 213, compreende o ocupante direto, que é, a bem ver, simples confrontante físico, sem vínculo com o proprietário. Conseqüentemente, não se deve notificar o ocupante que esteja na posse direta em razão de detenção, trabalho ou contrato com o proprietário tabular, salvo se a relação firmada com ele implicar transmissão do domínio, como no caso de promessa de venda e compra.

No tocante à *notificação*, cumpre esclarecer-se: tanto pode fazê-la o Serviço Imobiliário, como o Serviço de Títulos e Documentos (LRP, 213, § 2º). A notificação pode ser *pessoal* ou pelo *correio*, com aviso de recebimento; excepcionalmente, se o confrontante tabular não for achado, por estar em lugar incerto, efetivar-se-á por *edital*, com o prazo de *quinze dias*, publicado duas vezes em jornal local de grande circulação (cf. §§ 2º e 3º). Antes da notificação ficta, aconselha-se o exaurimento das possibilidades de localização do paradeiro do confrontante tabular. Neste sentido, por sua especialidade, o melhor é que a diligência das notificações ficasse exclusivamente com o Registro de Títulos e Documentos (LRP, art. 160), podendo, ademais, realizar notificação *com hora certa*, nos casos de *ocultação* do proprietário tabular.

Não sobrevindo *impugnação*, por qualquer dos notificados, o registrador homologará o pedido de retificação, cujo procedimento se dará por encerrado com o ato de averbação (cf. §§ 4º e 5º).

2. Retificação Judicial por Conversão

Havendo *impugnação fundamentada*, diz o § 5º, 2ª alínea, do art. 213, o registrador intimará o requerente e o profissional que assi-

nou a planta e o memorial, para se manifestarem no prazo de cinco dias. A locução - "impugnação fundamentada" - tem o sentido de insurgência ou defesa séria, sob razões verossímeis, e não o aceno de alegações soltas ou em falta de conteúdo substancial.

O registrador não julga conflitos, mas é um profissional do Direito, investido de autoridade para aferir, com *razoabilidade*, o valor da impugnação, buscando, com independência, as soluções que possam viabilizar - e não impedir - o ato registral.

Por decorrência, recebida a impugnação, deve o registrador, como primeira iniciativa, estimular os interessados à formalização de *acordo* ou *transação* (cf. § 6º), somente remetendo o procedimento ao foro judicial se todos os esforços fracassarem.

A retificação judicial por *conversação*, devido ao oferecimento de impugnação fundamentada, será da competência do juízo da Vara de Registros Públicos se a defesa do confrontante versar sobre as *linhas de divisa*, caso em que decidirá de plano ou após instrução sumária. Se, entretantes, a controvérsia aludir à *sobreposição de áreas ou invasão de rumos*, configurando, não uma correção de medidas ou diferença de extensão, mas, sim, disputa fundada em direito de propriedade, os interessados devem ser *levados* às vias ordinárias, podendo agitar, por sua especificidade, a *ação demarcatória* (Cód. Civil, art. 1.297 - ant.: 569 -; CPC, art. 950).

No Estado do Rio de Janeiro, compete aos Juízes de Direito, especialmente em matéria de registro público, salvo o civil das pessoas naturais, processar e julgar: a) as causas que diretamente se refiram a registros públicos, ou seja, aquelas que intentam resolver uma questão registral; e b) causas de loteamento e venda a prestação, bem como de família, divisão e demarcação de terras, registro torrens, hipoteca legal, exceto a de natureza judicial e a que interessar a incapaz ou à Fazenda Pública. O art. 89, do CODJERJ, a par dessas, enumera ainda outras competências sobre matérias conexas ou derivadas. Por ora, fiel ao tema em estudo, importa saber-se que todas as ações registrais, de base administrativa ou litigiosa, impõem a competência das Varas de Registros Públicos, enlaçando, no mesmo rol, as causas de loteamento e venda a prestação, a divisão e a demarcação de terras, que muitos, por equívoco, acabam submetendo ao juízo cível comum. Impende ampliar a competência das

Varas de Registros Públicos, atraindo, ao seu âmbito, por sua especialidade, v. g., as ações de usucapião e as ações anulatórias de títulos e dos registros.

IV. NULIDADE DO REGISTRO

Quando o art. 214, da Lei de Registros Públicos, alude à nulidade de pleno direito do registro visa, à evidência, à nulidade por vícios iminentes neste, à original dele, e não à derivada do título. A ação anulatória do título negocial consta do art. 216, com inclusão, neste, da hipótese de fraude à execução.

Não confundir, pois, nulidade do registro, em si considerado, e nulidade do título causal. Quando a ação se move contra o título, cumula dois pedidos, o de anulação do negócio jurídico e o de retificação ou cancelamento do registro, sendo os dois compatíveis e complementares (cf. CPC, art. 292).

Os arts. 166 e 167, do Código Civil, cuidam das hipóteses de nulidade *absoluta*, com especial destaque, no sistema vigente, ao negócio jurídico *simulado*, que pode alcançar o instrumento particular antedatado ou pós-datado (III), mas ressalvando o direito do terceiro de boa-fé (§ 2º).

O termo *registro* tem sentido genérico: compreende o registro propriamente dito, a *averbação* e a *matrícula*. A nulidade parcial de qualquer desses assentamentos não o afetará na parte válida, se esta, a teor do art. 184, for dele separável.

Com a alteração do art. 214, referido, agora enriquecido dos §§ 1º a 5º, segue-se que a retificação do registro, por nulidade de pleno direito, é forma *excepcional*, ante prova estreme de dúvida, e condicionada, sempre, a decisão judicial.

Nada obsta, porém, que a parte interessada, em cujo nome foi feito o registro, ou que dele participou, convencida da nulidade, logo requeira o seu *cancelamento* ao serviço imobiliário (cf. LRP, art. 250, II e III).

A ação anulatória do registro imobiliário funda-se, com maior freqüência, em *vício de forma* previsto em lei para o assento (Cód. Civil, art. 166, IV), embora também possa emanar de dolo ou erro grave do registrador. Apenas para ilustrar, vale lembrar as causas mais comuns: incompetência territorial; falta de prenotação do títu-

lo no protocolo, ofensa ao princípio da prioridade, especialização incompleta ou insuficiente, ausência de título anterior, frustrando a continuidade.

Admite-se, na regra do art. 214, a declaração *de ofício* do ato nulo de pleno direito. Sobressaem, nesta classe, o registro de direito *inexistente*, materializado em título fraudulento, ato dos chamados *grileiros*, tão pegajosos em certas regiões do País.

A garantia constitucional do devido processo legal, além do direito de defesa, recomendam toda prudência nos pronunciamentos de ofício, intimando-se, sempre que possível, as partes e os supostos interessados. Satisfaz-se, com isso, a norma do § 1º, do novo art. 214, podendo o juiz ordenar, cautelarmente, de ofício, o *bloqueio* da matrícula do imóvel enredado, para evitar a superveniência de outros registros, impondo danos de difícil reparação (cf. § 3º). Neste caso, acorde ao § 4º, o registrador fica impedido da prática de quaisquer atos, exceto a *prenotação* dos títulos apresentados, que terão os seus prazos prorrogados até a liberação do bloqueio, ou mediante autorização judicial.

O § 5º, do art. 214, sensível ao terceiro de boa-fé, favorecido pelo *usucapião*, proíbe, contra ele, o decreto de *nulidade*. O *princípio da fé pública*, pondera Afrânio de Carvalho, abre exceção ao *princípio da legalidade*, purgando os vícios do título do adquirente aparente (cf. ob. cit., p. 175). O fim é proteger a segurança do comércio jurídico, a prol do terceiro de boa-fé, que adquiriu o imóvel do proprietário putativo, a título oneroso. Com maior prudência, o § 5º, quiçá para contornar críticas, apoia-se ainda na aquisição por *usucapião*.

Essa alteração traz em si uma consequência de proa: império do princípio da fé pública, cujo escopo é justamente proteger o adquirente de boa-fé, afigura-se-me apropriado afirmar que ele, a coberto pelo *usucapião*, fica a forro da *ação reivindicatória* do verdadeiro dono. Demais disso, tornam-se dispensáveis, para ele, algumas disposições esparsas do Código Civil, que visam a prevenir aquisições de imóveis dos seguintes: a) devedor insolvente (art. 161); herdeiro aparente (arts. 1.817 e 1.827, e par. ún.). Tampouco se lhe aproveita a norma do art. 457, a **contrario sensu**, acerca da *evicção*.

A fórmula geral do § 5º, referido, apoiada no *usucapião*, compreende todos os atos praticados pelo terceiro de boa-fé que confiou

no Registro Imobiliário, entre os quais: a) aquisição de propriedade oriunda de não-proprietário; b) aquisição de hipoteca, ou outro direito real, derivada de não-proprietário; c) aquisição de imóvel livre de ônus, segundo o assento imobiliário; d) pagamento de prestações ao proprietário tabular com plena quitação.

V. OUTRAS ALTERAÇÕES ESPECÍFICAS: ÁREAS REMANESCENTES; ÁREAS PÚBLICAS, REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE INTERESSE SOCIAL E DESCRIÇÃO DE IMÓVEL RURAL

Ao ensejo das alterações, a Lei 10.931/2004 cuidou de inserir, na norma do art. 213, referido, outras matérias conexas, derivadas ou afins, como sói ser o caso dos *remanescentes* de áreas parcialmente alienadas, as quais, a teor do § 7º, havendo interesse, submetem-se ao mesmo procedimento de retificação, a compor, todavia, apenas com os confinantes das áreas *remanescentes*.

O § 8º cogita das *áreas públicas*, dizendo que poderão ser demarcadas ou retificadas, pelo mesmo procedimento, "desde que constem do registro ou sejam logradouros devidamente averbados".

Relativamente à *regularização fundiária* de interesse social, submetida ao regime da Lei 10.257, de 10.7.2001, dispensou-se o procedimento de retificação para os lotes cadastrados separadamente, ou com lançamento fiscal superior a vinte anos (cf. § 11, I). Igual favor legal, previsto no inciso II, do § 11, citado, serve à *adequação da descrição do imóvel rural* às exigências dos §§ 3º e 4º, do art. 176, e § 3º, do art. 225, ambos da Lei 6.015/73, que vieram a lume com a Lei 10.257/2001, depois regulamentada pelo Decreto nº 4.449/02. Está superada, na atual sistemática, a certificação do memorial descritivo pelo INCRA, que nada provava (cf. Decreto, art. 9º, § 2º), sendo melhor, a meu sentir, a solução do § 14, do art. 213, ao fixar a responsabilidade solidária dos interessados e do técnico signatário do memorial descritivo. Uma última observação: a adequação da descrição do imóvel que independe de retificação é aquela feita com a só inserção de coordenadas e marcos, sem inovar ou crescer as medidas perimetrais.

A regularização fundiária de interesse social, a cargo da Administração Pública, goza de *isenção* de emolumentos (cf. § 15).

VI. CONCLUSÃO

Do quanto exposto, forçoso é reconhecer-se que a Lei 10.931/2004, com as alterações ditas ao art. 213, da Lei 6.015/73, aprimorou, em muito, o vetusto procedimento das retificações imobiliárias, agora simplificado e potencialmente mais célere.

A experiência dirá se a sociedade viva, por seus agentes, nomeadamente os advogados, promotores, juízes e registradores, de quem se espera empenho e profissionalismo, conseguirá um novo patamar de excelência no trato da propriedade tabular, reduzindo os desvarios da fraude, que turba a segurança da riqueza fundiária, sendo inaceitável, no estágio atual da informática, a verificação de áreas *sobrepostas* ou *fictícias*, tudo à sombra da Administração Estatal e do Registro Imobiliário.

No essencial, a nova disciplina das retificações imobiliárias, equiparando o procedimento administrativo ao judicial, insere-se na tendência do Direito contemporâneo de simplificar o processo clássico, revestindo-o de oralidade e informalidade, com clara redução das zonas de coercibilidade, donde o apelo à desregulamentação, descriminalização, auto-regulação, Estado mínimo, privatismo, retorno ao Direito Civil.


Ora, não se terá Justiça rápida e econômica num cenário de *mutirões* permanentes, como se a paranóia do conflito fosse o vírus deletério da Nação. Como se a sociedade, num círculo vicioso, tivesse o prazer mórbido de violar obrigações elementares para vivenciar o gozo inefável do processo, encontrando nos juízes, todos sobrecarregados, o mesmo aprazimento.

Urge, ao reverso, com denodo, perseguir o advento de soluções alternativas, na esperança de perpetuá-las como práticas confiáveis à boa-fé do cidadão consumidor.

Eis o que penso da retificação consensual de registro: é um bom caminho que deve evoluir a novas iniciativas. É o que profetizava Guimarães Rosa, convencido de que sempre existe um *caminho* onde há uma vontade.

Avancemos, pois, à obra de abrir caminhos porque a vontade de apressar o tempo da justiça é o nosso grito surdo de todas as manhãs.

O que não se pode admitir, vindo do quadro anterior, ora derogado, é o pesadelo de empresários da construção civil, forçados amiúde a concluir uma edificação antes do julgamento da retificação das medidas ou da área do terreno, embaraçando, sobremaneira, a comercialização das unidades autônomas, ou, até mais grave, frustrando a obtenção de financiamento, devido às pendências do registro do memorial de incorporação.

Como afirma o **slogan** da maior estatal brasileira: o desafio é a nossa energia! Assim seja o espírito de advogados, promotores, juízes e registradores, todos compromissados em implantar, sob rigorosa *ética profissional*, o novo procedimento da retificação consensual do registro. 

O DIREITO PROCESSUAL E OS LÍRIOS DO CAMPO

Cyro Marcos da Silva

Ex-membro do Ministério Público do ES, ex-Magistrado do TJ/MG, Magistrado aposentado pelo TJ/RJ, Psicanalista.

"Olhai os lírios do campo, não tecem nem fiam, mas nem mesmo Salomão se vestiu com a formosura deles." (Evangelho - Mateus, cap. 6, versículo 28)

"Tem esta história aí, do lírio dos campos. Eles não tecem nem fiam, acrescentou-se. Mas, é claro que agora, não podemos nos contentar com isto, pela simples razão que, justamente, é este o caso deles, tecer e fiar. Para nós que vemos isto no microscópio, não há exemplo mais manifesto de tecido. Então, é talvez disto que eles gozem, de tecer e fiar" (Lacan - A Terceira - Roma - 1974)

Quem passou pelas básicas noções do Processo Civil, lembra-se do que é uma lide, ou litígio, conforme a nomenclatura italiana. Na visão de Carnelutti, litígio é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Assim, não basta que haja conflito de interesses. Até aí não há lide. Existe lide quando este conflito se subjetiva, se encarna, por um lado, num sujeito que se apresenta como pretendendo algo e, por outro, num sujeito que surge, resistindo a isto. Portanto, se estamos diante de um conflito, e conflito subjetivado, estamos diante de uma lide.

Assim, só há lide se há sujeitos.

Mas, agora inverteo a pergunta: pode-se falar de sujeitos sem lide? Repito a pergunta: existe subjetividade, há um sujeito, o ser falante existe sem lide? Vamos tentar responder a esta pergunta.

Quando alguém pretende, isto é, deseja submeter a si, algo do outro, até aí ainda, não se configurou a lide: há uma alienação, pode estar havendo um caminho para um domínio, até para uma escravidão, mas lide ainda não há. A lide só vai se configurar, quando este outro não se submete como pretendido, enfim, quando este outro resiste, ou seja, quando, além deste primeiro passo, o passo de uma *alienação*, há também um outro passo nesta dança, uma outra operação lógica, a *separação*. Ou, se quisermos falar numa linguagem das paixões, quando se supõe que o outro traia.

Portanto, pretensão e resistência, alienação e separação, são os ingredientes que qualificam uma lide.

Ao nascermos, já estávamos adentrados no mundo do Outro, em nossa cultura, representado pela nossa mãe. Nascemos entregues e alienados a este Outro que já nos antecedia com falas, com um corpo de linguagem, corpo discursivo possibilitador dos laços sociais. Esta alienação é necessária para sobrevivermos. A criança tem que estar entregue a um Outro que fale com ela.

Até aí é preciso suportar e não resistir às pretensões desta mãe, nem mesmo quando este Outro, esta mãe, cometa as arbitragens mais disparatadas, como por exemplo, supor que é frio, ou fome, o que está na causa do choro do bebê, quando pode ser outra coisa, sei lá, uma roupa apertada. Embora pareça absurdo, é esta arbitragem totalmente baseada e arriscada nos equívocos, que irá nos salvar da morte.

Entretanto, nesta mesma alienação à pretensão do Outro, nesta entrega à mãe, circunstância que vai nos possibilitar viver, deve estar já comportada a possibilidade de uma resistência, de uma separação desta mãe, deste Outro.

O bebê, boca aberta a gritar, vê-se, repentinamente, engatado num seio com *pretensão* de lhe saciar uma arbitrada e suposta fome. Numa boa hipótese, mama no desejo do Outro. Num dado momento, é desengatado, pois a mãe tem que *resistir* a um engate perene. Na melhor das hipóteses ela tem mais o que fazer, além de estar por conta do bebê. E aí, como se manifesta a *resistência*, agora do lado do bebê? Tentando mamar na própria boca, alucinando uma contínuo engate com algo do Outro. Quem não conhece neste

expediente, o poder calmante de uma chupeta que está para além da necessidade orgânica de se alimentar?

Pois bem: se já falamos de conflito de interesses, de pretensão e de resistência, a lide já está no ar. Podemos agora concluir que, se não há lide sem sujeito, também não há sujeito sem lide. Somos inevitavelmente sujeitos de uma relação que pode interessar ao jurídico, submetidos a uma lide inaugural, que nos constitui, ao mesmo tempo, como desejantes de objetos em *pretensão* e em *resistência*. Somos criaturas desengatadas e desencantadas desde sempre e para sempre. O saldo disto tudo, destes encantos e desencantos, é o desejo e algumas confortáveis ilusões. E é bom constatar, que é do desencanto que pode brotar uma alegria mais honesta.

Não vamos confundir, é bom ressaltar isto, sujeito da lide, este sujeito desejante do qual estou falando, nesta base fundante, com a pessoa, aquela que o ordenamento jurídico, o Código Civil diz ter direitos e deveres, etc., etc., pessoa esta que, de uma certa forma, sequestra este sujeito, pessoa que se supõe senhora de sua própria casa.

O litígio, portanto, como estamos vendo, é nossa fundação e nossa filiação, e aí está nossa pia batismal para a vida: ***vitam instituere***, diziam os romanos. No litígio estamos mergulhados e nos perpetuamos vida afora.

Pretendemos, pedimos, pedimos e se tivermos a sorte de que o Outro possa resistir a tentar tudo atender, curvando-se a este impossível, tanto melhor!

Isto nos leva a pensar algumas coisas. Não está parecendo que nos dias de hoje, os pais se esqueceram de algo que nos é transmitido pelo direito processual, qual seja, há certos pedidos que têm que encontrar resistência, e que nunca se dá ***extra petita*** ou ***ultra petita***? E mais, não parece que andamos esquecidos de que nem todo pedido é procedente?

Vamos agora, visitar os componentes da lide. A lide já mostra o ato trio ***personarum***, como diz o Direito Processual: aquele que pede, o que resiste e o que fará a mediação. Este trio está amarrado por um núcleo, um nó que podemos denominar de várias maneiras: processo, ordenamento jurídico, arcabouço normativo, simbólico,

linguagem, cultura, enfim, algo estatuído como referência, erguido e erigido à condição de necessário.

Classicamente falando, aquele que pede é denominado autor. Há até alguns, que no processo, revelam de maneira clara como se posicionam para pedir algo ao outro.

Fazem isto de um modo religioso, nomeando-se suplicantes, não querendo saber de sua condição de autor.

Mas autor, afinal de contas, é autor de quê? É autor-ator de um ato desencadeador de todo um texto que o processo fiará e tecerá. Fiará e tecerá, não como os lírios do campo, que tecem por si mesmos. Ora, é claro que os lírios tecem e fiam. Se não tecessem e não fiassem nem existiriam. E, pensando bem, a formosura deles não é lá assim apenas puro esplendor, puro brilho de fazer inveja a Salomão. A beleza dos lírios antepara, nos protege, como qualquer beleza, do horror. Quem não sabe que os lírios nos lembram, também, os aromas em torno da morte?

Falamos de autor. Autor, autoridade, no Direito Canônico tem estreita ligação com texto, já que texto, em direito canônico remete à autoridade, *autorictas*.

Como dissemos, é um texto de um autor que inaugura um processo. É preciso sempre revisitar estas noções, para tirarmos novos efeitos. E processar? Processar, dizem os livros por aí, é por em marcha, com a mesma raiz de procissão. Lá na Física, por exemplo, processo é "uma seqüência de estados de um sistema que se transforma", é pois uma transformação. Esta noção não é para ser posta de lado. Existe ainda uma outra raiz para o verbo proceder. Proceder é também, *pro caedere*, para cair. Isto já nos faz pensar que o processo tem sua função de fazer portanto, cair alguma coisa. Alguma coisa que precisa cair.

Diante disto tudo que estamos pinçando, o que vem, então, a ser um texto? Um texto não é simplesmente um suporte de informações. Um texto tem algo mais nele cavado e cravado. O texto elabora, tece, é têxtil. Tece quando ali se cobrem, se desenvolvem e se arbitram relações de força ou relações de cultura. O texto jurídico, portanto, tece. Às vezes tece, como um oráculo. É fácil ver isto, por exemplo, no Código Penal. Ali há previsões, sortes para certos destinos. Ali, a rigor, não há comandos, nem proibições, havendo, sim,

previsões normativas: Matar alguém - (silêncio) , e depois: - Pena de tanto a tantos anos de reclusão.

Já o texto que se tece na tela (assim dizem as bordadeiras), ou no bastidor do Direito Processual, este texto, embora vinculado a oráculos de alguns textos, conforme já mencionamos, cumprem outra finalidade. Eles constroem uma história, uma ficção, de conotação jurídico-normativa. Recriam, portanto, numa dimensão do caso a caso, o **Corpus Juris Civilis**. Fazem isto para construir um corpo, pois todos nós sabemos que sem a montagem de um corpo não se tem acesso ao outro, não se pode fazer laço com o Outro. Este é o aspecto do processo como instituição, já que instituir, é escrever, estabelecer, montar corpo normativo, **corpus juris, corpus civilis**, corpo jurídico, fazendo do corpo de fato, do corpo anatômico, corpo de direito.

O texto, além disto tudo, ainda fixa algo. Ele constrói um ponto de referência, para que a nau navegue com rumo. E torno a ressaltar: o texto nada mais é - e isto já é muito coisa - que um texto de ficção. É ficção, porque é ali que se constrói a história, sem a qual, nenhum humano se sustenta. E o que é mais importante: esta ficção é a *verdade*, nada mais que a verdade, somente a verdade. Claro que, como toda verdade é meia verdade, pois a uma verdade total, não há acesso. O Direito Processual nos ensina **que res judicata pro veritate habetur** , ou seja, a coisa julgada, vai ser tomada como verdade. É uma sabedoria herdada do direito romano, apontando que quem constrói qualquer verdade é nosso juízo, nossa fantasia. A verdade, portanto, embora isto possa fazer arrepiar certos processualistas, nunca pode ser mais que esta, a que eles chamam de verdade formal, mesmo que se espere esteja vocacionada à verdade real.

Assim sendo, por mais que se contorne apertadamente o inacessível núcleo da verdade real, a esta só se tem acesso de maneira parcial - parcial porque é meia verdade, parcial porque não-isenta, isto é, está contaminada pela fantasia do narrador.

Qualquer texto, qualquer fala, trazem perdidos a apreensão deste absoluto do real. Do acontecido, sobrarão o relato. E mesmo assim, nossos sentidos, ao captarem o que há para ser relatado, o fazem sob o império da nossa forma de ver o mundo, de ler o mun-

do. Isto é já uma pena de deserção para a verdade real. O que virá aos autos, será o texto de todos que, falando (ou escrevendo), jamais se desvencilharão daquela lente fixada com a fantasia com que lêem o mundo e o imundo. Toda a instrução jamais terá a asepsia sonhada, jamais será a olho nu. Isto se aplica a todo e qualquer texto processual no bojo dos autos: petição inicial, constestação, despachos judiciais, instrução e também a sentença, enfim a tudo aquilo que está submetido à linguagem e sob os efeitos da sua inexorável corrosão.

E se esta nossa fantasia pode nos enganar - e como engana -, por outro lado, é ela que nos protege. E para estarmos protegidos pela nossa fantasia, paga-se um preço. Qual o preço? Saber então que todo relato é suspeito, inevitavelmente suspeito. Mas, o Direito com isto não perderia suas supostas seguranças e garantias? Sim, mas com isto, poderia se afastar de uma posição engessada e idealizada, para ancorar-se de maneira mais produtora numa outra posição ética e política.

Isto nos abala um pouco? É inevitável.

Este *eu* que proclamamos com tanto barulho - este *eu sei*, *eu faço*, *eu posso*, *eu compreendo* você, etc... - como nos lembra Freud, não é senhor de sua própria casa. Falamos, escutamos, vemos, sentimos, amamos, odiamos, ignoramos, não o que queremos, mas o que podemos, portanto, com todas as limitações que isto implica, limitações ditadas pela fantasia advinda da cena inconsciente. Querem uma amostra dos enganos deste *eu*, ou, noutras palavras, de que o que se fala depende de quem escuta?

Um homem deixou as ruas cheias de São Paulo para umas férias em Salvador. Sua esposa estava viajando a negócios e estava planejando encontrá-lo no dia seguinte. Quando chegou ao hotel resolveu mandar um e-mail para sua mulher. Como não achou o papelzinho em que tinha anotado o endereço do e-mail dela, tirou da memória o que lembrava e torceu para que estivesse certo. Infelizmente ele errou uma letra, e a mensagem foi para uma senhora, cujo marido havia morrido no dia anterior. Quando ela foi checar os seus e-mails, deu uma olhada no monitor, deu um grito de profundo horror e caiu dura

e morta no chão. Ao ouvir o grito, sua família correu para o quarto e leu o seguinte na tela do monitor:

"Querida esposa, acabei de chegar. Foi uma longa viagem. Apesar de só estar aqui há poucas horas, já estou gostando muito. Falei aqui com o pessoal e está tudo preparado para sua chegada amanhã. Tenho certeza que você também vai gostar...

Beijos do seu eterno e amoroso marido.

P.S.: Está fazendo um calor infernal aqui!!!"

Por causa disto, os processos, se por um lado tecem tramas sofisticadas e refinadas, por outro, também o fazem em tramas enganosas e suspeitas. Estão por isto condenados a jamais atingir formosura, como se falaria dos lírios dos campos. Aliás, quando se permite que o que está no mundo esteja nos autos, e que venha ainda um pouco do que está no i-mundo, o processo vai tecer e fiar com fios embolados, rotos, encardidos e embaraçados de palavras, e espetados com as agulhas de silêncios. O resultado pode ser uma colcha de retalhos bem amarrada, com razoável consistência, mas nada adequada e convidativa para cobrir leitos onde se deitem realzas e formosuras.

O que se cobre nos processos, que o digam as Varas Criminais e as de Família, são as planuras, os porões, os charcos e os poços de húmus, o humano. E o processo não pode ficar sem tecer, perdido em contemplações estéreis, fiando e se encantando em vestir-se de formosuras invejáveis a Salomão. Se assim estiver, cristalizará e restará paralisado. Por outro lado, se tecer apressadamente, pode embolar os fios desta tecelagem. Quando a pressa no processo é grande demais, nem tecer se pode. Processo apressado cai no linchamento.

Acabamos de falar um pouco do tecer. Falemos agora no fiar.

Para que um processo funcione, não basta apenas tecer. Tem que fiar.

Tomemos como exemplo, um destes processos compactos, de conhecimento e execução enxutíssimos, curtíssimos, quase dois em um. Vamos recordar aquele processo que a imprensa denunciou

como o do jornalista Tim Lopes, que foi assassinado há pouco mais de um ano, de maneira sumária. Pensemos ainda em outros tantos processos de julgamentos, sob a presidência de criminosos que lá de dentro de presídios de segurança máxima, valem-se da moderna tecnologia - celulares, etc. - conhecendo (processo de conhecimento) de maneira rapidíssima e executando (processo de execução) liminarmente, logo a seguir.

Há ali um texto?

Há ali um processo?

Se tomarmos *texto*, como tecido de linguagem, de palavras que se encadeiam e tomarmos *processo*, apenas na sua raiz de por em marcha - esquecendo a raiz de *fazer cair* - estamos forçados a responder que sim. Mas, então, o que difere este processo daquele civilizado, único que deva ser chancelado por um Estado de Direito?

A diferença advém de algo importantíssimo. É que, para que um processo subsista enquanto instituição, não basta que ali se teça. É preciso também, como acontece com os lírios do campo, que ali se venha a fiar, que nele se passe a *con-m-fiar* (fiar junto), enfim, que haja aquilo que os romanos denominavam *fidúcia*, ou seja, uma crença. E que esta crença seja comungada, o que na nossa cultura tem o nome de fé. Não é de se estranhar. O Direito, sabemos, nasceu em berço religioso e carrega estes traços até hoje, ainda que a modernidade lhe imponha um certo agnosticismo.

Assim, para que o texto, o tecido, o tecer processual funcione e opere, é preciso crer nele. Uma crença traz consequências, um novo complicador: o amor. Isto mesmo, o amor. Ele já vem surgindo por aí e, neste texto, como na vida, quando nos dermos conta, já se instalou. Veremos isto daqui a pouco.

Existe um outro dado que pode nos orientar na distinção entre um processo da barbárie e um processo da civilização. Na barbárie, a questão *procedimental*, ritual, litúrgica, é, podemos dizer assim, relegada a um plano de degradação.

O rito no processo, sabemos, é importantíssimo. Sua importância não está naquilo que orienta se a tramitação terá prazos tais ou tais, maior ou menor oralidade, isto que encanta os tecnocratas de plantão. A importância do rito é preparar as partes para o *cair*

(*pro caedere*), para a perda que a demanda já traz no *ticket* de entrada. A função do rito é recortar novos lugares para as novas posições que o processo cria após aquilo que cai.

Mas o que é isto que cai, que se perde?

O processo, através do rito, prepara a perda. Por quê?

Primeiramente porque o rito põe as partes a falarem e, quem fala, inevitavelmente já está em perda. Por mais que se queira falar a coisa sobre a qual se fala, a palavra não dá conta disto. Sempre há uma sobra indizível.

Em segundo lugar, porque quando o autor de um pedido se apresenta, já está diante da inadimplência do outro. Vem pedir o que lhe foi frustrado ter naquele dia e hora com que sua expectativa contava. Ou não lhe deram aquilo previsto (obrigação de dar) ou não cumpriram o que lhe prometeram fazer (obrigação de fazer) ou não houve a abstinência ou a tolerância do outro cabível naquela relação (obrigação de não fazer). Portanto, já entra perdendo. Até mesmo quando vier a sentença, ainda que dando total procedência ao pedido, jamais, em tempo algum, será adimplemento. Será, sim, substituta do adimplemento, com toda perda que uma substituição comporta. Não é Chiovenda que nos ensina que a jurisdição tem a marca da substitutividade?

Em terceiro lugar, porque o réu, este, não só impede. Pede e perde, mesmo no caso em que o pedido do autor não seja procedente. Réu, do latim *reus*, vem, segundo alguns, de *reor*, que quer dizer aquele que conta, aquele que vem narrar. De cara, o réu perde certezas, certezas ilusoriamente pacificadoras. Quem de nós consegue ficar em posição de réu sem associar, pelo menos, secretamente, isto a uma culpa?

O réu é citado a vir responder. Deverá vir prestar contas ao Outro, não só ao outro que está na outra ponta da canoa, ou seja, o autor, mas também ao Outro com O maiúsculo, o Outro que conduz a navegação processual, a instituição a que todos nós estamos submetidos. Na citação a perda de um conforto já se anuncia para o réu, que não pode mais, sem conseqüências, ficar surdo ao apelo do autor e à convocação do Juízo. E, uma vez convocado, geralmente o gatilho da culpa é disparado. A partir daí o réu perde a ilusão de ser amável, pois qualquer culpa, para se pacificar, empur-

ra o sujeito, a fazer do próximo, um juiz que lhe venha garantir que ele ainda é amável.

Diante, pois, destas mencionadas e inevitáveis perdas, está aí o processo, o *pro caedere* (para cair), mostrando-nos sua impossibilidade estrutural para oferecer plena satisfação. O processo confirma, de maneira clara, que não há, em lugar algum, o objeto para a completa e definitiva satisfação.

Autor e réu pedem. Tão somente no ato de falar, já estamos pedindo. No mínimo pedimos que sejamos escutados, que se interessem pela nossa palavra. E se aquele a quem pedimos é suposto ter algo a nos dar, isto o faz amável, e a ilusão o tornará amado. O autor pediu ao réu. O réu resistiu? Então, não é mais amado, é odiado.

Mas ainda há um que pode dar o que o réu não deu, o juiz. Enquanto suposto dar, será amável. E de amável a amado é um passo. A flecha então é disparada, empurrada pela ilusão de que o amado, sim, este tem algo a dar, isto é atendimento ao pedido, julgar procedente o pedido que fez. Diante disto é fácil supor que o Juiz pode vir a ocupar o lugar do amado, suposto ter algo a dar. Está aí o juiz transformado em amado. E não podemos nos esquecer de que, por outro lado, todo amado também é transformado em juiz. Todo amado é sempre suposto a exercer um juízo intermitente e contínuo sobre aquele que ama, deixando-o sempre na corda bamba, mesmo que aparente a mais completa indiferença. Quem ama, ignora, e não quer saber de que, a rigor, ninguém tem algo que completaria o outro, já que o humano é um desnaturado descompletado.

Fica portanto, parece, bastante complicada esta dança.

Regulando esta dança, há o ordenamento jurídico. É claro que o ordenamento jurídico não pode proteger o Juiz de ficar no lugar de amável ou amado. Mas impõe ao Juiz não ficar inerte no alvo do amor, alimentando amor e fazendo-se amar, como alguns ficam. É preciso pois, entregar a prestação jurisdicional, a sentença, servindo esta como corte. E mesmo com todo o cuidado, o perigo paira, pois quem advoga, sabe que todo processo traz pelo menos uma decepção. O rival ganha, ou os dois perdem um pouco. Ah, decepção! Surge aí um suposto, repito, *suposto* amor não correspondido!

E a fantasia ainda pode ir mais longe: é a outro que ele ama, é a outro que deu reconhecimento, reconhecimento de pedido.

Amor não correspondido costuma se exacerbar, ferver, e deramar seu leite no gôdo do ódio.

E se a coisa não fica totalmente fora de balizas, entregue somente às paixões, é porque no processo, além da palavra se endereçar ao réu, ou ao Juiz enquanto pessoas, ela visa a instância, o instituído de onde o que for dito será chancelado. Assim, a dimensão da palavra coloca em jogo algo mais que ultrapassa a relação entre as partes, onde as paixões tenham livre trânsito. Está em jogo no Direito Processual, uma dimensão terceira que dá à palavra das partes, dos depoentes, do Juiz, uma dimensão de ato, deixando assim de ser mero blá, blá, blá. Todo o processo deve eticamente forçar esta direção, amarrando cada protagonista, cada vez mais, com compromissos com a sua fala, com a sua palavra.

O texto processual dirige-se ao Juiz, mas ao lugar Juiz, no qual se crê, não à sua pessoazinha, ao MM. Dr. Fulaninho ou Dra. Fulanona.

Acredita-se no *lugar* Juiz, e é isto que importa.

Qualquer sujeito supõe que, em algum lugar, há Um que sabe. Esta crença faz parte da nossa vida e o Direito Processual, com vigor a sustenta, bastando para isto ler o artigo 390 e seguintes do Código de Processo Civil, que tratam do incidente de falsidade. O Direito Processual se interessa preponderante e incondicionalmente pela crença no seu arcabouço e qualquer mancha neste sentido traz uma suspensão para apurá-la. O processo, para operar e funcionar, precisa fundamentalmente que nele se creia, até mesmo para que a sentença possa fazer seus destinatários suportarem esta meia verdade, a verdade não toda, a coisa julgada que será proclamada pela palavra de um Juiz.

Como estamos vendo, é neste campo do fiar, do confiar, da crença, que surge o amor, o amor ao saber ao detentor do saber resolver meu impasse e saber me fazer fruir ou gozar do bom objeto.

Desde que comparecem aos autos, as partes então preparam e despacham a bagagem do amor, destinando-a ao ocupante deste lugar de saber, incluindo no entanto, na mesma bagagem, a inevitável bomba para explodir nas mãos do destinatário, quando pelo

menos uma delas vai concluir ter havido um amor não correspondido, uma traição.

Os profissionais do Direito, que trabalham representando os lugares da relação processual, pagam, portanto o preço de que neles se fia. Pagam, primeiramente, com suas pessoas, sendo amados e odiados.

Pagam ainda com suas palavras, pois com todo o cuidado que se deve ter com o falar, nunca sabemos onde isto pode dar.

Pagam também com seus atos, pois terão que fazer corte, já que o processo não está aí a convocar cama para as paixões, mas, sim, mesa para a *prudência!*

Destinatários das paixões - do amor, do ódio e da ignorância, os juízes, promotores e advogados, só se legitimam ocupando este lugar num déficit, estando sempre aquém do que representam. São apenas titulares de uma representação textual que lhes confere, cerne e delimita um lugar, apenas um lugar, o que já não é pouca coisa.

Convenhamos que a tecelagem não é asséptica como a feita pelos lírios que, lá no campo, degredados e exilados, tecem fiéis, rigorosamente fiéis à sua condição de lírios. Os lírios têm a sorte de fiarem com os fios não deturpados nem subvertidos pela linguagem. Será que é nisto que consiste a formosura deles? Já nem o rei Salomão tem a mesma sorte, pois é ser falante, ser de linguagem, que jamais alcançará tal condição.

Sobra-nos então tecer com os fios retorcidos das nossas histórias, mazelas, aventuras e desventuras, maculados e marcados pelas palavras das gerações que nos antecederam. Fiamos, iludidos, enfim, confiamos que em algum lugar, haja um Outro isento, imparcial, justo, magnânimo, bondoso, amoroso, que nos dispensará as benesses que a lide na qual estamos desde sempre vinculados ameaça comprometer.

A lide na qual estamos mergulhados é o alicerce de cada um de nós. A lide não é pretender aquilo que o Outro resiste a nos dar? Ainda bem, pois, se o Outro tentar nos dar tudo, estaremos mergulhados na maior perdição.

Com isto, fica patente que não podemos nos contentar com aquela velha história de que o conflito, a lide, acontece de maneira

apenas contingente, casual, num jardim paradisíaco e de lacustres calmas, apenas como pequenas sacudidelas. Não dá também para acreditar que ela surja apenas como variação, ou variedade num mundo **play ground**, ou cor-de-rosa, povoado de homens com tendência vertiginosa para o bem.

A própria existência do Direito já é uma prova de que seus postulados não confiam tanto assim neste homem bonzinho, gentil e inofensivo.

A lide é o pão nosso de cada dia, é nossa guerrinha de arroz com feijão. A função de todo o direito material é cuidar para que esta lide fique represada nas margens deste Acheronta (rio que banha o Inferno) fluindo sem derramar. Já o Direito Processual é convocado para, a cada emergência de inundação, pequena ou grande - pequenas causas ou mais complexas -, vir imediatamente colocar as águas em seu devido fluxo, para que a cultura, sempre respingada destas águas - porque a cultura habita às margens deste rio -, pratique com o mesmo uma vizinhança de cerimônias e diplomacias.

Diante de um conflito de interesses, a tendência imediata é a solução infantil: lançar-se à agressividade disparada e, como bem demonstra Freud na sua **Carta a Einstein** (texto "Por que a Guerra?"), disputar, na força, o objeto em questão.

Durante a história da humanidade, história de guerras ou lides de dimensões de grandes massas, há derrotados. Estes estiveram e estão freqüentemente aguardando sua vez para dominar. Os vencedores então, tecem textos que disciplinem rigidamente os lugares, assentando os derrotados e cristalizando o estado de submissão da melhor maneira possível, evitando que o derrotado comece a ruminar e querer virar a mesa, virar o jogo. E aí, nada melhor para isto que tecer textos, comandos, com força de lei. Com a ocupação do lugar de líder por um pai imaginário se fazendo amável, não fica lá muito difícil dar a isto uma imaginária legitimidade, um fiar ao tecer. Aliás, isto tudo só se sustentará se houver um vínculo amoroso-odioso que sirva de apoio ao governante que executará estas leis.

O Direito, o nosso caro e querido direito, nasceu neste berço nada nobre.

Porém, sabemos muito bem o que ocorre quando se abre mão do Direito. Queixam-se todos da Justiça: é lenta, nela há focos de corrupção, há caixas-pretas por aí. Onde não as há?

Sem dúvida, em meio a juízes interessantes, existem juízes mal formados ou mal informados, ou mesmo deformados, mas aí de nós, quando abrimos mão da Jurisdição, deixando vir à tona aquilo que está nos porões do Direito, mostrando sem lençol, o colchão do berço do Direito, deixando governar aquilo que ao Direito subjaz. No plano microcômico, topáramos com a corrosão doméstica, a vingança, a chacina e o linchamento, no plano macrocômico, com o terrorismo internacional.

Concluindo este trabalho, penso que não é lá tão fundamental e importante assim, uma vez conhecido o berço do Direito, ficar eternamente indagando o que é o Direito. O foco da lanterna condutora destas perguntas deve dirigir-se, muito mais, ao operador do Direito.

Uma vez, perguntado a Lacan o que seria a psicanálise, ele fez um aparente desvio de foco, respondendo que a psicanálise é aquilo que deveria se esperar de um psicanalista. Parece uma boutade de franceses, uma piada, mas a resposta é muito séria. Acho que cabe a mesma providência, quando a pergunta recair sobre o Direito.

É muito cômodo atacar o Direito, a Justiça, como se não tivéssemos compromisso com este mundo jurídico. Aliás, é próprio da neurose a bela indiferença, o não querer se implicar. Contudo, quando o foco da lanterna vem indagar o que é um operador do Direito, cabe nos situarmos diante disto tudo.

O direito lida com aquilo decantado por Chico Buarque: *o que não tem governo nem nunca terá, / não tem juízo / nem nunca terá, / o que não tem certeza, nem nunca terá, / o que não tem tamanho*. O que legitima o Direito é que ele trate este inferno, isto que "*está na fantasia dos infelizes e no dia a dia das meretrizes*", que ele trate isto, tecendo e fiando, ou seja, pondo palavras para o impossível de dizer.

Olhai os lírios do campo. Tecem. Fiam. Aliás, não fazem outra coisa.

Olhai os processos. Tecem e fiam. Não são formosos. Estão pálidos, às vezes os autos estão encardidos, cansados, manuseados,

esquecidos e vestem-se nos limites da decência. Tecem-se e emaranham-se nos papéis e em fios metálicos ou têxteis. Mas fazem, nisto, muita coisa.

Tentam cumprir os preceitos do Direito, contidos lá na sua certidão de nascimento, no Direito Romano, no Digesto, Livro 1, capítulo 1, fragmento 10.2:

Viver honestamente, não lesar outrem, dar a cada um o seu.

Isto pode não vir a dar numa formosura, mas é um trabalho respeitável. 📄

DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO AO DEVER DE PROPORCIONALIDADE: UM NOVO PARADIGMA PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO*

Gustavo Binenbojm

Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ, do Curso de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas - FGV, da EMERJ, Master of Laws, Yale Law School, Mestre e Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito da UERJ, Procurador do Estado e advogado.

I. A OUTRA HISTÓRIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO: DO PECADO AUTORITÁRIO ORIGINAL À CONSTITUIÇÃO DE UMA DOGMÁTICA A SERVIÇO DOS DONOS DO PODER.

Narra a história oficial que o direito administrativo nasceu da subordinação do poder à lei e da correlativa definição de uma pauta de direitos individuais que passavam a vincular a Administração

*O presente artigo é fruto, em parte, das reflexões e discussões que mantive com meus alunos Alice Voronoff, Cláudia Türmer, Isabel Picot, Fabio Macedo, Mateus Queiroz e Paola Dias, do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo que coordeno na Faculdade de Direito da UERJ. Meu sentimento para com eles é de co-autoria, embora tudo que aqui se encontra escrito seja de minha integral e exclusiva responsabilidade.

Pública.¹ Essa noção garantística do direito administrativo, que se teria formado a partir do momento em que o poder aceita submeter-se ao direito² e, por via reflexa, aos direitos dos cidadãos, alimentou o mito de uma origem milagrosa³ e de categorias jurídicas exorbitantes do direito comum, cuja justificativa teórica seria a de melhor atender à consecução do interesse público.⁴

A cada ano, repetimos a nós mesmos e a nossos alunos a mesma fábula mistificadora: a de que a certidão de nascimento do direito administrativo foi a Lei 28 Pluviose do ano VIII, editada em 1800, nos albores da Revolução Francesa, organizando e *limitando externamente* a Administração Pública. Tal lei simbolizaria a superação da estrutura de poder do Antigo Regime fundada não no direito, mas na vontade do soberano (*quod regi placuit lex est*). A mesma lei que organiza a estrutura da burocracia estatal e define suas funções operaria como instrumento de contenção do seu poder, agora subordinado à vontade heterônoma do Poder Legislativo.

Dentro da lógica da separação dos poderes, ao Parlamento, como veículo de expressão da vontade geral, caberia o primado na elaboração das normas jurídicas, que não só *limitariam* como *preordenariam* a atuação dos órgãos administrativos. À Administração restaria, assim, uma função meramente executiva, de cumprimento mecânico da vontade já manifestada pelo legislador. Surge, destarte, a idéia da legalidade como vinculação positiva à lei: se aos particulares, em prestígio e valorização de sua autonomia pública e privada, é permitido fazer tudo aquilo que não lhes for vedado

¹ V., por todos, Caio Tácito, "Evolução Histórica do Direito Administrativo", in **Temas de Direito Público**, v. I, 1997, p. 2.

² Neste sentido, Diogo Freitas do Amaral, **Curso de Direito Administrativo**, v. I, 1994, p. 148.

³ Textualmente, esta é a expressão utilizada por Prosper Weil para explicar o surgimento do direito administrativo. V. **O Direito Administrativo**, 1977, p. 7-10: "A própria existência de um direito administrativo é em alguma medida fruto de um milagre. O direito que rege a actividade dos particulares é imposto a estes de fora e o respeito pelos direitos e obrigações que ele comporta encontra-se colocado sob a autoridade e a sanção de um poder exterior e superior: o do Estado. Mas causa admiração que o próprio Estado se considere ligado (vinculado) pelo direito. (...) Não esqueçamos, aliás, as lições da história: a conquista do Estado pelo direito é relativamente recente e não está ainda terminada por toda a parte. (...) Fruto de um milagre, o direito administrativo só subsiste, de resto, por um prodígio a cada dia renovado. (...) Para que o milagre se realize e se prolongue devem ser preenchidas diversas condições que dependem da forma do Estado, do prestígio do direito e dos juizes, do espírito do tempo."

⁴ Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Melo, **Curso de Direito Administrativo**, 1999, p. 56-8.

pela lei, à Administração Pública cabe agir tão-somente de acordo com o que a lei prescreve ou faculta. Esta descrição romântica do fenômeno de surgimento do direito administrativo é acolhida por ninguém menos que Caio Tácito. Veja-se:

*"O episódio central da história administrativa do século XIX é a subordinação do Estado ao regime de legalidade. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vedação legal. O Executivo opera dentro dos limites traçados pelo Legislativo, sob a vigilância do Judiciário."*⁵

Tal história seria esclarecedora, e até mesmo louvável, não fosse falsa. Descendo-se da superfície dos exemplos genéricos às profundezas dos detalhes, verifica-se que a história da origem e do desenvolvimento do direito administrativo é bem outra. E o diabo, como se sabe, está nos detalhes. A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações, constituindo aquilo que Paulo Otero denominou *ilusão garantística da gênese*⁶. O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representaram antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.

O direito administrativo não surgiu da submissão do Estado à vontade heterônoma do legislador. Antes pelo contrário, a formula-

⁵ V. Caio Tácito, op. cit., p.

⁶ V. Paulo Otero, **Legalidade e Administração Pública - O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**, 2003, p. 271.

ção de novos princípios gerais e novas regras jurídicas pelo *Conseil d'État* em França, que tornaram viáveis soluções diversas das que resultariam da aplicação mecanicista do direito civil aos casos envolvendo a Administração Pública, só foi possível em virtude da postura ativista e insubmissa daquele órgão administrativo à vontade do Parlamento.⁷ A conhecida origem pretoriana do direito administrativo, como construção jurisprudencial do Conselho de Estado derogatória do direito comum, traz em si esta contradição: a criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio Executivo.⁸

Assim, como assinala Paulo Otero, "a idéia clássica de que a Revolução Francesa comportou a instauração do princípio da legalidade administrativa, tornando o Executivo subordinado à vontade do Parlamento expressa através da lei, assenta num mito repetido por sucessivas gerações: a criação do direito administrativo pelo *Conseil d'État*, passando a Administração Pública a pautar-se por normas diferentes daquelas que regulavam a actividade jurídico-privada, não foi um produto da vontade da lei, antes se configura como uma intervenção decisória autovinculativa do Executivo sob proposta do *Conseil d'État*."⁹

Note-se que tal circunstância histórica subverte, de um só golpe, os dois postulados básicos do Estado de Direito em sua origem liberal: *o princípio da legalidade e o princípio da separação de poderes*. De fato, a atribuição do poder legislativo em matéria administrativa à jurisdição administrativa não se coaduna com as noções clássicas de legalidade como submissão à vontade geral expressa na lei (Rousseau) e partilha de funções entre os poderes (Montesquieu).

⁷ Neste sentido, Pierre Delvolvé, "Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire", in *Mélanges René Chapus - Droit Administratif*, 1992, p. 144.

⁸ Vale lembrar que o sistema de contencioso administrativo francês sempre reservou ao Poder Executivo a última palavra sobre a competência do Conselho de Estado, criando-se, por via indireta, uma forma *sui generis* de o Poder Executivo se substituir ao Poder Legislativo na criação do direito especial da Administração Pública. Neste sentido, v. Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia, **Da Justiça Administrativa em Portugal - Sua Origem e Evolução**, 1994, p. 315-6.

⁹ Paulo Otero, ob. cit., p. 271.

Nenhum cunho garantístico dos direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com os administrados.

Chega-se, assim, à segunda contradição na gênese do direito administrativo: a criação da jurisdição administrativa. Contrariando a noção intuitiva de que *ninguém é bom juiz de si mesmo*, a introdução do contencioso administrativo - e conseqüente subtração dos litígios jurídico-administrativos da alçada do Poder Judiciário - embora alicerçada formalmente na idéia de que "julgar a Administração ainda é administrar", não teve qualquer conteúdo garantístico, mas antes se baseou na desconfiança dos revolucionários franceses contra os tribunais judiciais, pretendendo impedir que o espírito de hostilidade existente nestes últimos contra a Revolução limitasse a ação das autoridades administrativas revolucionárias.¹⁰

A invocação do princípio da separação de poderes foi um simples *pretexto*, mera figura de retórica, visando a atingir o objetivo de alargar a esfera de liberdade decisória da Administração, tornando-a imune a qualquer controle judicial.¹¹ Aliás, o modelo de contencioso em que a Administração julgaria a si própria não representou qualquer inovação da Revolução Francesa, sendo, ao revés, uma continuidade daquele vigente durante o Antigo Regime.¹² Tal como afirmado por Tocqueville, "nesta matéria encontraríamos a fórmula; ao Antigo Regime pertence a idéia."¹³

A institucionalização de tal modelo, e sua surpreendente identidade com a estrutura de poder da monarquia absoluta, revela o quanto o direito administrativo, em seu nascedouro, era alheio a qualquer propósito garantístico. Ao contrário, seu intuito primeiro foi o de diminuir as garantias que os cidadãos teriam caso pudessem submeter o controle da atividade administrativa

¹⁰ V., sobre o verdadeiro móvel da criação da jurisdição administrativa, André de Laubadère, Jean-Claude Venezia, Yves Gaudemet, **Traité de Droit Administratif**, v. I, 1990, p. 248.

¹¹ No mesmo sentido, Paulo Otero, ob. cit., p. 275.

¹² Vasco Pereira da Silva, **Para um Contencioso Administrativo dos Particulares - Esboço de uma teoria subjectivista do recurso contencioso de anulação**, 1989, p. 27.

¹³ Alexis de Tocqueville, **O Antigo Regime e a Revolução**, 1989, p. 64.

a um poder equidistante, independente e imparcial - o poder judiciário.

Releva destacar, em reforço ainda maior da idéia, que mesmo no âmbito do Conselho de Estado se desenvolveu uma ampla e intensa jurisprudência sobre os limites da própria jurisdição administrativa, seja através da exclusão de certos atos da esfera de reexame - como os *atos de governo* e os atos de *pura administração* - seja com a limitação artificial do espectro de fundamentos do recurso contencioso ou ainda pelo desenvolvimento de uma estrita legitimidade processual ativa.¹⁴ É já nesse período que se evidencia como nítido propósito do contencioso administrativo a criação de um direito processual administrativo, consagrando inúmeras regras de privilégio em favor da Administração. O velho dogma absolutista da *verticalidade* das relações entre o soberano e seus súditos serviria para justificar, sob o manto da supremacia do interesse público sobre os interesses dos particulares, a quebra de isonomia. E nem se diga que este estatuto especial da Fazenda Pública se limitou historicamente aos primórdios do século XIX, pois, como recorda José Carlos Vieira de Andrade, o mesmo chegou até o século XXI.¹⁵

É curioso anotar como a separação de poderes serviu, contraditoriamente, a esse processo de imunização decisória dos órgãos do Poder Executivo. O mesmo princípio que justificara a criação do contencioso administrativo, intestino ao Executivo, será invocado para impedir que os órgãos de controle exerçam sobre os outros órgãos da Administração poderes de injunção e substituição, em princípio legítimos e até naturais entre órgãos situados no interior da mesma estrutura de Poder. Em outras palavras, criou-se no interior da Administração um contencioso que não oferecia ao administrado as mesmas garantias processuais dos tribunais judiciários, mas, estranhamente, estava sujeito aos mesmos limites externos de atuação, como se se tratasse do próprio Poder Judiciário. Se algum sentido garantístico norteou e inspirou o surgimento e desenvolvimento

¹⁴ V. Paulo Otero, ob. cit., p. 276.

¹⁵ José Carlos Vieira de Andrade, **A Justiça Administrativa** (Lições), 1999, p. 50-1.

da dogmática administrativista, este foi em favor da Administração, e não dos cidadãos.¹⁶

Nesse contexto, as categorias básicas do direito administrativo, como a de discricionariedade e sua insindicabilidade perante os órgãos contenciosos, supremacia do interesse público e prerrogativas jurídicas da Administração, são tributárias deste *pecado original* consistente no estigma da *suspeita de parcialidade* de um sistema normativo criado pela Administração Pública em proveito próprio, e que ainda se arroga o poder de dirimir em caráter definitivo, e em causa própria, seus litígios com os administrados.¹⁷ Na melhor tradição absolutista, além de propriamente administrar, *os donos do poder* criam o direito que lhes é aplicável e o aplicam às situações litigiosas com caráter de definitividade.

Captando tal evidência, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma, com propriedade, que os conceitos ligados à preservação da autoridade "assomaram a tal importância estruturante que a literatura jurídica do direito administrativo tornou-se praticamente unânime quanto à articulação dogmática da disciplina sobre a idéia central - magistralmente sintetizada por Umberto Allegretti - *de que o interesse público é um interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto aos dos cidadãos*".¹⁸

Vale notar que a relutância dos países vinculados à **common law** - seja na sua versão original inglesa, seja na sua versão mesclada e híbrida norte-americana - em reconhecer autonomia científica ao direito administrativo¹⁹ e o repúdio à adoção da jurisdição admi-

¹⁶ Maurice Hauriou, em seu **Précis Élémentaire de Droit Administratif**, 1943, p. 19, afirma que são as prerrogativas especiais da autoridade administrativa que funcionam como *causa e medida da independência científica do direito administrativo*. Paulo Otero, a seu turno, na obra **Direito Administrativo - Relatório**, 2001, p. 227, afirma que só por manifesta ilusão de ótica ou equívoco se poderá vislumbrar uma gênese garantística no direito administrativo - o direito administrativo nasce como direito da Administração Pública e não como direito dos administrados.

¹⁷ V., neste sentido, João Baptista Machado, **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**, 1989, p. 1989.

¹⁸ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, **Mutações do Direito Administrativo**, 2000, p. 10/11.

¹⁹ Como se sabe, embora a prática regulatória norte-americana remonte à segunda metade do século XIX, o direito administrativo só vem a ser reconhecido nos Estados Unidos como disciplina autônoma muito tempo depois, já no século XX. A rigor, no entanto, não há naqueles países a adoção das mesmas categorias do direito administrativo de tradição continental, sendo antes a disciplina identificada com o complexo normativo regulador editado por agências reguladores independentes e agências executivas. V., sobre o tema, Breyer, Stewart, Sunstein and Spitzer, **Administrative Law and Regulatory Policy - Problems, Text, and Cases**, Aspen Law and Business, 2002.

nistrativa deveram-se à tradição existente naquelas nações de submissão das relações entre Administração e cidadãos às mesmas regras e aos mesmos juízes que decidiam os litígios entre particulares. Embora também lá tenham existido - e ainda existam - normas que contemplavam imunidades ao poder político (v.g., a idéia da irresponsabilidade civil do Estado expressa na máxima *the king can do no wrong*, só superada em meados do século XX), o direito administrativo não se formou como uma estrutura dogmática munida de categorias a serviço do poder.

No Brasil, o modelo de administração implantado a reboque da colonização de exploração, somado ao patrimonialismo da coroa portuguesa que se tornou nota característica da cultura política brasileira, encontrou no figurino francês do direito administrativo material farto para se institucionalizar e legitimar. Como se pretende demonstrar ao longo da tese, as peculiaridades da Administração Pública brasileira apenas aguçaram a crise de identidade que o modelo jusadministrativista europeu continental já trazia desde a sua gênese.

II. A CRISE DOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A EMERGÊNCIA DE UM NOVO MODELO TEÓRICO.

Como já acima brevemente antecipado, a crise dos paradigmas do direito administrativo não constitui algo novo, mas é, em verdade, vício de origem. As transformações por que passou o Estado moderno, especialmente a crise do Estado Providência verificada nas últimas décadas do século XX, apenas sublinharam e agravaram o descompasso entre as velhas categorias e as reais necessidades e expectativas das sociedades contemporâneas em relação à Administração Pública.

Nesta toada, é possível identificar três paradigmas clássicos do direito administrativo que fizeram carreira no Brasil e que se encontram em xeque na atualidade:

1) *o dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado*, que serviria de fundamento e fator de legitimação para todo o conjunto de privilégios de natureza ma-

terial e processual que constituem o cerne do regime jurídico-administrativo.²⁰

II) a *legalidade administrativa como vinculação positiva à lei*, traduzida numa suposta submissão total do *agir administrativo* à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo. Tal paradigma costuma ser sintetizado na negação formal de qualquer vontade autônoma aos órgãos administrativos, que só estariam autorizados a agir de acordo com o que a lei rigidamente prescreve ou faculta.²¹

III) a *intangibilidade do mérito administrativo*, consistente na incontrolabilidade das escolhas discricionárias da Administração Pública, seja pelos órgãos do contencioso administrativo, seja pelo Poder Judiciário (em países, como o Brasil, que adotam o sistema de jurisdição una), seja pelos cidadãos, através de mecanismos de participação direta na gestão da máquina administrativa.²²

Como agente condutor básico da superação dogmática de tais categorias jurídicas, erige-se hodiernamente a idéia de *constitucionalização do direito administrativo* como alternativa ao déficit teórico apontado no capítulo anterior, pela adoção dos *sistemas de direitos fundamentais e de democracia*, tal como instituídos na Constituição, como vetores axiológicos - traduzidos em parâmetros jurídicos - a pautar a atuação da Administração Pública. Tais vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (I) ao se situarem acima e *para além* da lei, (II) vincularem juridicamente o conceito de interesse público e (III) estabelecerem balizas principiológicas para o exercício da discricionariedade administrativa, fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo.²³

²⁰ Neste sentido, v. Celso Antônio Bandeira de Melo, "O Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu Valor Metodológico", **Revista de Direito Público**, v. 2, 1967, p. 45-7.

²¹ Tal formulação clássica é devida, entre nós, a Hely Lopes Meirelles, **Direito Administrativo Brasileiro**, 1995, p. 82-3: "Na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza."

²² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 1991, p. 93 e segs..

²³ Neste sentido, Patrícia Ferreira Baptista, **Transformações do Direito Administrativo**, 2003, p. 129-30: "(...) Da condição de súdito, de mero sujeito subordinado à Administração, o administrado foi elevado à condição de cidadão. Essa nova posição do indivíduo, amparada no desenvolvimento do discurso dos direitos fundamentais, demandou a alteração do papel tradicional da Administração Pública. Direcionada para o respeito à dignidade da pessoa humana, a Administração, constitucionalizada, vê-se compelida a abandonar o modelo autoritário de gestão da coisa pública para se transformar em um centro de captação e ordenação dos múltiplos interesses existentes no substrato social."

Assim, tem-se que:

(i) a Constituição, e não mais a lei, passa a se situar no cerne da vinculação administrativa à juridicidade;

(ii) a definição do que é o *interesse público*, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses *metaindividuais* constitucionalmente consagrados;

(iii) a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um *resíduo de legitimidade*,²⁴ a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Por sua importância no contexto democrático e de implementação dos direitos fundamentais, tem-se dado ênfase à *participação* e à *eficiência* como mecanismos de legitimação das escolhas discricionárias da Administração Pública.

Na tarefa de *desconstrução* dos velhos paradigmas e *proposição* de novos, a *tessitura constitucional* assume papel condutor determinante, funcionando como diretriz normativa legitimadora das novas categorias sugeridas. A premissa básica a ser assumida é a de que as feições jurídicas da Administração Pública - e, **a fortiori**, a disciplina instrumental e finalística da sua atuação - estão alicerçadas na própria estrutura da Constituição, a partir das quais o Estado-Administrador deverá se organizar para proteger, promover e compatibilizar direitos individuais e interesses gerais da coletividade.

O propósito do presente ensaio é o de demonstrar a inconsistência teórica do dito princípio da supremacia do interesse público sobre o particular com uma sistemática constitucional cidadã, comprometida com a proteção e promoção dos direitos individuais de maneira ponderada e compatível com a realização das necessidades e aspirações da coletividade como um todo. Para o alcance de tal desiderato, o direito administrativo não tem mais como ser expli-

²⁴ A expressão é devida a Diogo de Figueiredo Moreira Neto, **Legitimidade e Discricionariedade - Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade**, 2002, p. 33.

cado a partir de um postulado de supremacia, mas de proporcionalidade.

III. CONSTRUÇÃO E DESCONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.

III.1. O princípio da supremacia do interesse público, segundo a doutrina brasileira.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras, em sua grande maioria, sustentam a existência de um princípio de supremacia do interesse público sobre o privado, implícito no texto constitucional.²⁵ Os juristas em geral enfrentam a temática com grande naturalidade e, de fato, prevalece o panorama de um pensamento pacificado, para o qual a existência do princípio em comento não ensejaria qualquer contestação.

Dentre os mais renomados administrativistas brasileiros destaca-se, como ferrenho defensor do dito princípio, Celso Antônio Bandeira de Mello, que elabora seu discurso partindo de uma preliminar conceituação de *interesse público*, estendendo-se até os efeitos gerados pela aplicação do princípio decorrente de tal conceituação ao direito administrativo pátrio.²⁶ Neste sentido, apresenta a noção de *interesse público* como uma projeção de interesses individuais e privados em um plano coletivo, ou seja, um interesse comum a todos os indivíduos, e que representa o ideal de bem-estar e segurança almejado pelo grupo social.²⁷ Assim, na medida em que procura enfatizar a existência de um elemento de ligação entre ambos os interesses (público e privado), rejeita a dissociação completa dos conceitos. Ao adotar uma concepção orgânica da relação entre indivíduo e coletividade, apresentada como inerente aos

²⁵ Segundo Fábio Medina Osório, "evidentemente que a superioridade do interesse público sobre o privado não pode ser deduzida de princípios exclusivamente morais ou políticos, pois carece de uma recondução à normatividade própria da CF". OSÓRIO, Fábio Medina. "Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro?". In *Revista de Direito Administrativo*, v. 220. Rio de Janeiro: Renovar, abr/jun. 2000. p. 84.

²⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

²⁷ Para Celso Antônio Bandeira de Mello: "o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade, e pelo simples fato de o serem". Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit. p. 53.

conceitos de sociedade e de Estado de Direito, conclui o autor com a idéia de que interesse público e interesse coletivo são sinônimos.²⁸

Na seqüência, Bandeira de Mello nos direciona a uma análise, ainda que sucinta, do conceito e da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, na qual resta estampada com nitidez a sua dificuldade em ser fiel às suas premissas teóricas. Confira-se:

"Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados" ²⁹

O problema teórico nodal, ao qual adiante se retornará, encontra-se na adoção de uma concepção unitária de interesse público, como premissa, e na afirmação, em seguida, de um princípio de supremacia do público (coletivo) sobre o particular (individual). Afinal, que sentido há na norma de prevalência se um interesse não é mais que uma dimensão do outro? Mais que isto: a dita norma de prevalência não esclarece a questão mais importante da dicotomia público/privado ou coletivo/individual: qual a justa *medida* da prevalência de um sem que haja a ablação total do outro?

É interessante observar que a partir daí e até o fim da sua exposição, o autor se concentra na vinculação entre determinadas prer-

²⁸ Na seqüência, somente pincela alguns comentários no sentido de destacar a posição superior dos interesses públicos, polarizando, assim, a discussão em torno das noções de interesse público primário e secundário. Neste ponto visa, com afincos, distanciar interesses próprios do Estado como pessoa jurídica e o interesse a ele incumbido pela população, o interesse público "original". Na passagem a seguir, em que discorre sobre esta relação entre as dimensões do público e do privado, BANDEIRA DE MELLO deixa clara sua posição sobre a relação de hierarquia entre os interesses em questão: "Uma pista importante para perceber-se que o chamado interesse público - em despeito de seu notável relevo e de sua necessária prevalência sobre os interesses pessoais peculiares de cada um - não é senão uma dimensão dos interesses individuais..." (grifamos). Celso Antonio Bandeira de Mello, op. cit. p.51. "Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa". Op. cit. 57.

²⁹ Op. cit. p. 60.

rogativas da Administração Pública e o princípio da supremacia do interesse público, já que aquelas, *a priori*, justificar-se-iam como consequência da aplicação deste último. Diante disso, é possível extrair que o eixo da discussão levada a cabo pelo autor não gira em torno exatamente do princípio da supremacia, mas dos efeitos que este gera para a Administração.

Em sintonia com a opinião de Celso Antônio, Maria Sylvia Zanella Di Pietro propõe-se a abordar a temática em pauta, valendo-se da bipolarização público-privado. Assinala a autora que, mesmo diante de uma relativização desse posicionamento, trazida pelos novos tempos, há determinados axiomas que não se pode ignorar. Dentre elas, ressalta a função específica das normas de direito público, qual seja, "atender os interesses públicos, o bem estar coletivo"³⁰. Neste diapasão, menciona o interesse particular como mero interesse reflexo, quando em análise no contexto de normas de direito público. Estas delimitariam o seu âmbito de incidência a um plano único, no qual não se comportaria atender a interesses de cunho individual.

Adiante, ao reiterar a relevância do dito princípio para o exercer das atividades administrativas, lança o seguinte pensamento: "*Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual*"³¹. Não há como negar, destarte, que todo o seu discurso caminha no sentido de confirmar a existência do princípio em análise, e nele identificar a "sede principal" do Direito Constitucional e Administrativo.

Entretanto, avaliando mais detidamente as idéias da autora, é possível perceber, se focalizadas por outro ângulo, que a noção por si apresentada para *interesse público* permeia-se, por vezes, de características peculiares a outros princípios. Ao apontar em seu texto, por exemplo, a contraposição existente entre o interesse público e favorecimentos pessoais ou disputas políticas, Di Pietro acaba por adentrar distinto campo argumentativo, o qual se vincula estreita-

³⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 69.

³¹ *Ibidem*. p. 70.

mente aos os princípios da impessoalidade e da moralidade.³² A gestão da coisa pública pressupõe, para o administrador, o afastamento de interesses de ordem pessoal, que venham a desvirtuar a atuação do Poder Público. De fato, essa diretriz não passa de uma versão um tanto mais analítica do significado dos princípios da impessoalidade e da moralidade.

Este é um equívoco comum na doutrina pátria: aponta-se como exemplo de aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular a invalidação de favorecimentos pessoais no uso da máquina administrativa. Ora, os interesses particulares e individuais de que se cuida, na análise do princípio, não são, por evidente, aqueles ilegítimos, assim considerados por força de outras normas constitucionais. A questão da dicotomia público/particular só se coloca quando a Administração Pública se vê diante de interesses legítimos de parte a parte, quando então deverá socorrer-se de algum parâmetro normativo para balancear os interesses em jogo na busca da solução constitucional e legalmente otimizada.

Hely Lopes Meirelles, a seu turno, afirma que o direito privado e o direito público encontrariam na relação entre os seus sujeitos de direito a sua principal distinção, visto que o primeiro basear-se-ia na paridade entre referidos sujeitos, ao passo que o segundo pautaria dita relação no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ou seja, na supremacia do Poder Público em face do cidadão. Ademais, tal como Celso Antônio, atrela o princípio da supremacia do interesse público a privilégios e prerrogativas que dele resultam.³³

Não obstante, ao longo de sua argumentação, o jurista pontua observação específica, a qual, ao cabo e ao fim, faz cair por terra todo o encadeamento lógico de seu posicionamento. Aqui, em pas-

³² "Em consequência, se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, ou beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, está fazendo prevalecer o interesse individual sobre o privado, e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade, que torna o ato ilegal". Idem.

³³ "Com efeito, enquanto o Direito Privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, o Direito Público assenta em princípio inverso, qual seja, o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais". Hely Lopes Meirelles, **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 43.

sagem singela, que por vezes pode até mesmo passar despercebida, repousa exemplo pontual, contudo característico da confusão que permeia o círculo administrativista, no seu conjunto. Em dado momento, afirma o princípio da supremacia do interesse público, ditado como regra de solução de conflitos:

*"Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o **bem comum**. As leis administrativas visam, geralmente, a assegurar essa supremacia do Poder Público sobre os indivíduos, enquanto necessária à consecução dos fins da Administração"*³⁴. (grifamos)

Em instante seguinte, contudo, lança idéia na qual percorre **iter** inverso:

*"Ao aplicador da lei compete interpretá-la de modo a estabelecer equilíbrio entre os **privilégios estatais** e os **direitos individuais**, sem perder de vista aquela supremacia"*.³⁵ (grifos nossos)

Nota-se, portanto, a falta de clareza no tocante a qual diretriz filiar-se quando da aplicação do princípio em debate. Parece evidente que o autor não superou o obstáculo da abstração teórica, tornando árdua a tarefa de conectar tais dizeres com a realidade concreta, na qual incide o princípio.

Talvez a mais ampla e completa defesa do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular tenha sido empreendida por Fábio Medina Osório. Inicialmente, como pressuposto mesmo à construção de sua tese, Medina Osório admite seja a supremacia do interesse público sobre o privado um princípio constitucional implícito, extraído da leitura sistemática de diversos dispositivos que protegem o interesse público na Constituição Federal. Aduz o autor:

³⁴ *Ibidem*. p.43.

³⁵ *Idem*. p.43.

*"São múltiplas as fontes constitucionais da superioridade do interesse público sobre o privado. Dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública decorre a superioridade do interesse público em detrimento do particular, como direção teleológica da atuação administrativa. Resulta clara, na seqüência, a relação entre o imperativo conteúdo finalístico da ação administrativa (consecução do interesse público) e a existência de meios materiais e jurídicos que retratam a supremacia do interesse público sobre o privado, é dizer, as situações de vantagens da Administração em detrimento do particular encontram raízes na existência de fins de utilidade pública perseguíveis pelo Poder Público. De outro lado, a existência de bens coletivos que reclamam proteção estatal e restrições a direitos individuais também retrata um princípio de superioridade do interesse público sobre o particular. **Nas normas constitucionais protetivas desses bens e valores coletivos, portanto, está implícita a existência do interesse público e sua superioridade relativamente ao privado**"³⁶. (grifamos)*

*"Todos esses dispositivos evidenciam peculiares manifestações do princípio da superioridade do interesse público sobre o privado, dado que do conjunto de muitas dessas regras emerge um elemento comum: a superioridade do interesse público sobre o privado. **Há muitas outras normas constitucionais que evidenciam o princípio em exame, na medida em que protegem bens coletivos**"³⁷. (grifamos)*

Os trechos destacados, como se vê, deixam transparecer a tese em favor da prevalência do coletivo sobre o privado, lógica a qual traduziria o princípio da supremacia do público sobre o privado. Neste diapasão, o autor deixa assente a possibilidade de se distinguirem interesses coletivos de interesses individuais. De acordo

³⁶ *Ibidem*. p. 87. nr 13.

³⁷ *Ibidem*. p. 98. nr 48.

com o seu raciocínio, embora, em alguns casos, o interesse público venha a se identificar com o privado, não se pode ignorar a distinção existente entre os interesses públicos, equiparados aos interesses coletivos, e os privados, residindo nesta distinção a separação entre a esfera pública e a privada. Tal dissociação permitiria, portanto, a consagração de um princípio pautado na supremacia como resultado de uma equação na qual se consideram dois fatores: o público e o privado.

Na seqüência, Medina Osório procura demonstrar a existência do princípio em apreço indicando sua influência no ordenamento jurídico sob três vertentes: (a) como direção finalística da Administração Pública; (b) como fundamento constitucional de normas que outorgam privilégios à Administração; e (c) como fundamento para ações administrativas restritivas de direitos individuais.

Na primeira daquelas manifestações, o autor imprime ao princípio da supremacia do interesse público o título de fundamento justificador da ação administrativa. Afirma que a atividade administrativa não pode nunca se divorciar do fim para o qual foi instituída, qual seja, a persecução do interesse público, não sendo possível guiar-se única e exclusivamente sob o influxo de interesses privatísticos. Com tal discurso, o princípio é tido como garantia aos particulares, no sentido de que o Estado não se desviará de sua precípua função de realizar interesses coletivos.

Vale aqui a mesma crítica já feita ao pensamento de Maria Sylvia Di Pietro: a direção finalística dada pela Constituição e pelas leis à Administração Pública - necessariamente apartada de quaisquer privilégios ou favorecimentos odiosos a particulares - nada demonstra em relação à dicotomia público/privado. Isto se resolve pelos princípios da impessoalidade e da moralidade, enquanto a direção finalística é dada pela Constituição, em primeiro plano, e pelas leis, logo a seguir.

No que concerne à fundamentação de leis que outorgam privilégios à Administração Pública, a argumentação do jurista, com as devidas vênias, revela-se falha. A esse respeito, verifica-se que Medina Osório afirma a possibilidade de controle quanto à outorga de privilégios à Administração Pública, mostrando-se imperiosa uma análise da proporcionalidade e da razoabilidade de tais leis, sob pena de, descumpridos tais postulados, serem as leis declaradas

inconstitucionais³⁸. Ora, tal possibilidade faz desabar a assertiva de que as outorgas de privilégios estariam baseadas no princípio da supremacia de interesse público sobre o privado. Isso porque, se existente o referido princípio, não seria possível taxar de inconstitucional uma lei que privilegiasse os interesses coletivos e estatais (interesse público) em detrimento de interesses privados. Tal princípio, absoluto, posto que prega a prevalência de um interesse sobre o outro, legitimaria toda e qualquer outorga de vantagens à Administração, prescindindo de qualquer análise a respeito de sua razoabilidade e proporcionalidade. Em síntese: a idéia de supremacia como norma jurídica não se coaduna com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, que preconizam a cedência recíproca entre interesses em conflito.

Por fim, o autor aponta uma última manifestação do princípio em debate: a sua função justificadora de restrições aos direitos individuais. Confira-se o que afirma a este propósito:

"A ordem jurídica infraconstitucional, vinculada aos ditames da CF, especialmente através do Direito Público, consagra ou reflete, em inúmeras ocasiões, o princípio da superioridade do interesse público sobre o privado como justificativa para importantes restrições aos direitos individuais" ³⁹.

O ponto mais evidente aqui passível de crítica é o de uma circularidade no raciocínio. Com efeito, na Constituição são encontrados os fundamentos para a restrição de direitos individuais em prol de interesses da coletividade. Ora, se é a Constituição que, explícita ou implicitamente, estabelece quando e em que medida direitos individuais podem ser restringidos, (I) o fundamento da restrição é a norma constitucional específica, e não o dito princípio e (II) a medida da restrição, conforme permitida pela Constituição, é

³⁸ "Nesse passo, a máxima da proporcionalidade é perfeitamente compatível como princípio do interesse público, visto que este não pode incidir desprovido de racionalidade, carente de ponderação ou do processo insito à incidência de todo e qualquer princípio constitucional". *Ibidem*. p. 106.

³⁹ *Ibidem*. p. 99.

dada por uma norma de proporção e preservação recíproca dos interesses em conflito, e não de prevalência *a priori* do coletivo sobre o individual.

III.2. A desconstrução do princípio da supremacia do interesse público.

Desde o trabalho pioneiro de Humberto Bergmann Ávila⁴⁰, em que se demonstrou de forma cabal o vazio conceitual do dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que o tema está a carecer de um tratamento sistemático. Segundo Ávila, o referido "princípio" não pode ser entendido como norma-princípio, seja sob o prisma conceitual, seja sob o normativo, nem tampouco pode ser compreendido como um postulado normativo.

Conceitualmente é possível, de plano, apartar o "princípio" em tela de toda a construção doutrinária acerca dos princípios jurídicos. Neste ponto, fica claro o divórcio entre a regra abstrata de prevalência absoluta em favor do interesse público e a aplicação gradual dos princípios proporcionada pelo caráter abstrato dos mesmos⁴¹. Ou seja, o referido princípio, porquanto determine a preferência absoluta ao interesse público diante de um caso de colisão com qualquer que seja o interesse privado, independentemente das variações presentes no caso concreto, termina por suprimir os espaços para ponderações.

Na esteira da incompatibilidade conceitual, cumpre ressaltar que "o princípio da supremacia do interesse público" também não encontra respaldo normativo, por três razões tratadas pelo autor: a uma, por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico;⁴² a duas, por não admitir a dissociação do interesse privado,

⁴⁰ Humberto Bergmann Ávila, "Repensando o 'Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'", in **O Direito Público em Tempos de Crise - Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel**, 1999, p. 99-127.

⁴¹ O autor que ora se analisa, em obra-prima sobre os princípios, leciona de forma irretocável: "No caso dos princípios o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento, já que eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica (por exemplo, princípio democrático, Estado de Direito); no caso das regras, as conseqüências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação". ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. p. 40

⁴² Assim define Humberto Bergmann Ávila, como "ausência de fundamento de validade". ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit.

colocando-se em xeque o conflito pressuposto pelo "princípio"; e a três, por demonstrar-se incompatível com os postulados normativos erigidos pela ordem constitucional.

Partindo da sistemática constitucional vigente, conclui o autor com facilidade pela ausência de fundamento de validade do indigitado "princípio". Isso porque a organização da Constituição brasileira volta-se precipuamente para a proteção dos interesses do indivíduo. Advinda dos argutos anseios pelo retorno à ordem democrática, outrora corrompida pela hipertrofia do Poder Executivo nos governos militares, a Carta de 1988 é farta de normas e princípios ilustrativos do espírito cidadão da atual Constituição brasileira (v.g., preâmbulo, artigos 1º, 3º a 17, 145, 150, 170, 196, 201, 203, 205, 206, 220, 226, 227).

Vale dizer: a Lei Maior é orientada sob o influxo do *princípio da dignidade da pessoa humana*⁴³, do que deflui a necessidade de se estabelecer, em alguma medida, proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais promovidos pelo Estado.

Dessa forma, verifica-se não ser possível extrair "o princípio da supremacia do interesse público" da análise do conjunto normativo constitucional, haja vista a ampla proteção dispensada aos interesses particulares, de tal maneira que aceitá-lo como norma-princípio é deixar subsistir a contrariedade sistêmica que representa e afrontar a constante busca pela unidade constitucional.

O conteúdo constitucional descrito presta-se também como fundamento a negar a colisão entre interesses públicos e privados, pressuposta pelo "princípio" em debate. Verifica-se que ambos encontram-se enraizados na Lei Maior, de sorte a haver uma "conexão estrutural" entre eles e não essa efetiva contradição. Nas palavras de ÁVILA, "*O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser se-*

⁴³ "A opção da Constituição de 1988 pela dignidade da pessoa humana é robustecida ainda pelo exame sistemático da própria Carta (...). É que o constituinte, além de fixar a dignidade como princípio central do Estado, juridicizando o valor humanista, disciplinou a matéria ao longo do texto através de um conjunto de outros princípios, subprincípios e regras, que procuram concretiza-lo e explicitar os efeitos que dele devem ser extraídos". BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 28.

paradamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais)".⁴⁴

A abordagem acanhada do autor a respeito do que vai chamar de "indissociabilidade do interesse privado" merece, pela relevância, maiores reflexões. Não apenas cuida-se tal indissociabilidade da existência de um ordenamento pautado por garantias e direitos individuais ao qual deve submeter-se o Estado; a assertiva vai além, traduzindo a idéia de que a realização de interesses particulares quando em confronto com interesses públicos não constitui desvio de finalidade para a Administração, pois aqueles são também fins públicos, conforme restará demonstrado mais à frente.

O que se verifica é que a proteção de um interesse privado constitucionalmente consagrado, ainda que parcialmente, pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público. Ao cabo deste trabalho, ficará demonstrado que, ao contrário do que se acredita, a satisfação de um representa igualmente o sucesso do outro.

Por fim, cumpre traçar o derradeiro argumento manejado pelo autor para concluir pela descaracterização do princípio da supremacia do interesse público como norma-princípio, qual seja, a sua incompatibilidade com os postulados normativos da *proporcionalidade e da concordância prática*⁴⁵, que andam atrelados na busca de uma exata medida da realização máxima de bens jurídicos contrapostos.

O postulado da proporcionalidade, remansosamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência como princípio, é condição para o conhecimento de normas jurídicas. Tal postulado orienta a interpretação e aplicação de normas no sentido de acomodar os bens jurídicos em jogo, sem que se exclua um em prol da subsistência do outro. Ou seja, dentre as opções disponíveis, todas são otimizadas

⁴⁴ Humberto Bergmann Ávila, op. cit. p.111.

⁴⁵ O autor em questão cuida de defini-los: "Postulados, no sentido Kantiano, significa uma condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto, de tal sorte que ele não pode ser apreendido sem que essas condições sejam preenchidas no próprio processo de conhecimento. (...) Os postulados normativos são entendidos como condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico". Op. cit., p.103.

em algum nível. Este é o dever de ponderação⁴⁶, ao qual se liga o postulado da proporcionalidade.

Com efeito, nota-se que não há como conciliar no ordenamento jurídico um "princípio" que, ignorando as nuances do caso concreto, pré-estabeleça que a melhor solução consubstancia-se na vitória do interesse público. O "princípio" em si afasta o processo de ponderação, fechando as portas para os interesses privados que estejam envolvidos. Dê-se destaque, outrossim, ao fato de a fórmula pré-concebida presente no "princípio" ir de encontro ao dever de fundamentação ("dever de explicitação das premissas"⁴⁷) a que se sujeitam os Poderes do Estado.

Fato é que o "princípio" em questão, ao rejeitar as especificidades de cada caso, impondo uma única e invariável relação de prevalência do interesse público, termina por distanciar-se do princípio da proporcionalidade, mormente no que tange às suas acepções - adequação (o meio escolhido deve ser apto a atingir o fim a que se destina), necessidade (dentre os meios hábeis, a opção deve incidir sobre o menos gravoso em relação aos bens envolvidos) e proporcionalidade em sentido estrito (a escolha deve trazer maiores benefícios do que a restrição proporcionada) -, nas quais sobressalta a relevância da análise casuística pelo aplicador e intérprete da norma.⁴⁸

Similar ao postulado da proporcionalidade, a concordância prática viabiliza o exercício da ponderação ao afirmar a coordenação entre os bens jurídicos e negar-lhes uma posição antípoda, quando se apresentam, ambos, constitucionalmente protegidos.

Fica evidente, assim, o esvaziamento do referido princípio como fundamento de validade para qualquer intervenção estatal, que, pelo princípio da legalidade, pressupõe previsão normativa. Nesse sentido, assevera com precisão o jurista gaúcho:

⁴⁶ Veja-se, em importante obra sobre o tema: Daniel Antonio de Moraes Sarmento, **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁴⁷ Humberto Bergmann Ávila, op. cit., p.115.

⁴⁸ Por todos: Suzana de Toledo Barros, **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**.

"Em vez de um princípio de preferência deve ser atribuída a importância, então, às prescrições constitucionais e legais, já que elas - e não, portanto, o citado 'princípio' - é que são juridicamente decisivas. (...) Uma norma de preferência só pode ser uma norma individual e concreta, algo bem diverso de uma tendência abstrata".⁴⁹

Passando à segunda etapa de seu trabalho, ÁVILA propõe-se a analisar a possibilidade de o "princípio da supremacia do interesse público sobre o privado" funcionar como um postulado normativo, ou seja, como elemento explicativo do fenômeno jurídico.

Tal como na empreitada anterior - atinente à categoria das normas-princípio - o jurista reúne argumentos suficientes a fundamentar uma resposta negativa. Sucintamente, são eles:

a) Face à diversidade de interesses consagrados constitucionalmente, que se impõem à consideração do intérprete/aplicador do Direito, um princípio explicativo do Direito Administrativo não pode apresentar-se como uma regra de preferência. Pelo contrário. Fosse o caso de se estabelecer um postulado, ele seria, nas palavras do autor, um "postulado da unidade da reciprocidade de interesses"⁵⁰, o qual, voltado para o bem comum, determinasse, como condição para compreensão do fenômeno jurídico, a consideração recíproca dos diversos valores em jogo;

b) ademais, a enunciação da prevalência indiscriminada do interesse público sobre o particular como condição imprescindível à explicação do ordenamento jurídico depende da verificação de determinados pressupostos, que não se observam no caso do "princípio" em comento. São eles:

b.1) a dissociabilidade entre interesses públicos e privados, indispensável para se afirmar a predominância de um sobre o outro. Não obstante, considerando que o bem comum inclui o bem de suas partes, realizar o interesse público passa, necessariamente, pela consideração dos cidadãos em sua dimensão individual. Público e

⁴⁹ Humberto Bergmann Ávila, op. cit. p.116/117 e 119.

⁵⁰ *Ibidem.* p. 119/121/126 e 127.

privado colocam-se, assim, em posição de irresistível vinculação, o que contraria o pressuposto dantes arrolado;

b.2) a relação bipolar Estado/cidadão, como objeto central do direito administrativo, apresenta-se em tom necessário e inexorável. Na prática, contudo, constata-se o caráter cada vez mais multipolar das relações ditas administrativas, permeadas que são por vínculos nos quais inexistente necessária contraposição entre o público e o privado;

b.3) por fim, eventual reconhecimento da supremacia do interesse público como postulado normativo do Direito Administrativo depende da possibilidade de determinação objetiva e abstrata do conceito de "interesse público". Um tal requisito, contudo, não pode ser atendido. Somente a partir da concretização das normas constitucionais e legais vigentes (essas, sim, juridicamente relevantes) pode-se alcançar, em determinada circunstância, a dimensão do que seja o interesse público.

Por razões, portanto, de ordem normativa e lógica, conclui o autor que o conhecimento do direito não se submete a uma condição que mande prevalecer, aprioristicamente, o interesse público em detrimento do privado.

Assim é que, valendo-se dos argumentos acima expendidos, ÁVILA refuta a existência de um princípio (quer norma-princípio, quer postulado normativo) de "supremacia do interesse público sobre o privado" a guiar o direito administrativo brasileiro.

Em vez de uma regra de prevalência, impõe-se ao intérprete/aplicador do Direito um percurso ponderativo que, considerando a pluralidade de interesses jurídicos em jogo, proporcione solução capaz de realizá-los ao máximo. E "é essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa".⁵¹

IV. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A FORMULAÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

IV.1. O dever de proporcionalidade como fundamento e técnica da decisão administrativa.

⁵¹ *Ibidem.* p. 127.

O constitucionalismo moderno surge quando da superação dos regimes absolutistas, advindo da necessidade de contenção do poder do Estado. Tal escopo instrumentalizou-se a partir da proteção de um conjunto de direitos que, positivados em uma Constituição, foram erigidos a um nível hierárquico superior. Historicamente, podem-se verificar precedentes daquele que, mais tarde - fins do século XVIII e início do XIX -, viria a ser reconhecido como o fenômeno do constitucionalismo. A história dá notícia de que, em épocas remotas, existiram documentos que, fazendo as vezes de Constituições, protegiam direitos vários, a exemplificar a Magna Carta, datada de 1215.

A grande inovação das Constituições da modernidade consiste em que, permeadas pelos ideais humanistas, posicionam o homem no epicentro do ordenamento jurídico, verdadeiro fim em si mesmo, a partir do qual se irradia um farto elenco de direitos fundamentais. Tais direitos têm assento, sobretudo, nas idéias de dignidade da pessoa humana e de Estado Democrático de Direito, servindo, concomitantemente, à legitimação e à limitação do poder estatal.

Em que pese o destaque que ostentam os direitos fundamentais no regime democrático-constitucional, fato é que, como condição mesma à vida em sociedade e à própria proteção e promoção dos aludidos direitos, faz-se necessário, também, tutelar interesses de cunho nitidamente coletivo, voltados a atender demandas que ultrapassam a esfera individual dos cidadãos. É essa a justificativa para o constituinte, em um número significativo de casos, ter reconhecido direitos de natureza transindividual e permitido a limitação de interesses individuais em prol da tutela de anseios difusos. Citem-se, nesse sentido, o direito do meio ambiente e a função social da propriedade; o instituto da desapropriação e a cobrança de tributos, todos avessos a aspirações puramente particulares.

Depreende-se, assim, que as dimensões individual e coletiva convivem, lado a lado, no texto constitucional, impondo-se como paradigmas normativos a vincular a atuação do intérprete da Constituição. A despeito da dificuldade em torno da caracterização do que seja *interesse público*, conceito jurídico indeterminado por excelência, pode-se afirmar que a expressão aponta, em sentido lato,

para os *fundamentos, fins e limites* ⁵² a que se subordinam os atos e medidas do Poder Público.

Nesse contexto, os valores encampados constitucionalmente, tidos como paradigmas da ordem jurídica, representam interesses públicos, ou seja, diretrizes efetivamente vinculantes para a máquina estatal. Ato contínuo, partindo da premissa de que interesses privados e coletivos coexistem como objeto de tutela constitucional, conclui-se que a expressão interesse público consiste em uma referência de natureza genérica, a qual abarca a ambos, interesses privados e coletivos, enquanto juridicamente qualificados como metas ou diretrizes da Administração Pública. Conseqüentemente, o interesse público, em um caso específico, pode residir na implementação de um interesse coletivo, mas também na de um interesse eminentemente individual. Este é o caso, *v. g.*, da manipulação do aparato policial em defesa de um cidadão, situação que prestigia o valor segurança individual.

O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura *maleável* dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação **a priori** de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público⁵³ aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais, e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade, impõem ao legislador à Administração Pública o dever jurídico de *ponderar* os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.⁵⁴

Note-se bem: não se nega a existência de um conceito de *interesse público* como conjunto de "interesses gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação

⁵² Marie-Pauline Deswarte, "Intérêt général, bien commun". *Revue du droit public*. Paris, set-out. 1988. p.1309.

⁵³ Como afirma Eros Roberto Grau em *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 2000, p. 25, a questão da definição do interesse público prossegue como a grande questão do direito administrativo.

⁵⁴ Esta também parece ser a posição de Paulo Ricardo Schier, "Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais", site www.mundojuridico.adv.br, acessado em 10.04.2003.

política juridicamente embasada (a dicção do Direito) e através de ação jurídica politicamente fundada (a execução administrativa ou judiciária do Direito).⁵⁵ O que se está a afirmar é que o *interesse público* comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros. Com efeito, a *aferição* do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que *reconduz* o administrador público à interpretação do *sistema de ponderações* estabelecido na Constituição e na lei e, via de regra, o obriga a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade.

Assim, sempre que a própria Constituição ou a lei (desde que agindo constitucionalmente) não houver esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à Administração lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização.⁵⁶ De modo análogo às Cortes Constitucionais, a Administração Pública deve buscar utilizar-se da ponderação para superar as regras de preferência estáticas, atuando situativa e estrategicamente com vistas à formulação de certos *standards* de decisão. Tais *standards* permitem a flexibilização das decisões administrativas de acordo com as peculiaridades do caso concreto, mas evitam o mal reverso, que é a incerteza jurídica total provocada por juízos de ponderação discricionários produzidos caso a caso.

Veja-se que tal raciocínio ponderativo funciona como verdadeiro requisito de legitimidade dos atos da Administração Pública, traduzindo postura mais objetivamente comprometida com a realização dos princípios, valores e aspirações sociais expressos no documento constitucional. Considerando que, na lógica da separação de poderes, compete precipuamente à Administração Pública

⁵⁵ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, **Legitimidade e Discricionariedade - Novas Reflexões sobre os Limites e o Controle da Discricionariedade**, 2002, p. 13.

⁵⁶ Assim, Odete Medauar, **O Direito Administrativo em Evolução**, 1992, p. 183 e **Direito Administrativo Moderno**, 1998, p. 141. Também Humberto Bergmann Ávila, ob. cit., p. 123.

implementar projetos legislativos e políticas públicas, fazem parte da rotina do administrador público situações diversas que demandam a tomada de decisões investidas, não raro, de larga margem de discricionariedade.

Nessas situações, conforme esposado, não é livre o agente público para decidir por um ou outro caminho. Chamado a realizar um interesse de índole difusa, para cuja implementação se depare, frontalmente, com um interesse particular juridicamente protegido, deve o administrador, à luz das circunstâncias peculiares ao caso concreto, bem como dos valores constitucionais concorrentes, alcançar solução ótima que realize ao máximo cada um dos interesses públicos em jogo. Como resultado de um tal raciocínio de ponderação, tem-se aquilo que convenciamos chamar de *melhor interesse público*, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública.

A técnica da ponderação encontra aplicação recente tanto nos países da *common law*⁵⁷, como do sistema continental europeu⁵⁸, como forma de controle da discricionariedade administrativa e de *racionalização* dos processos de definição do interesse público prevalente. Nesse processo, os juízos de ponderação deverão ser guiados pelo princípio da proporcionalidade.

Como ensina Daniel Sarmento, tratando do tema da ponderação aplicado ao direito constitucional, o princípio (ou *postulado*, como prefere Humberto Ávila) da proporcionalidade é o instrumento da ponderação. No seu tríplice aspecto - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - a proporcionalidade guiará o itinerário lógico a ser percorrido pelo administrador com vistas à máxima realização dos interesses em jogo e causação do menor sacrifício possível de cada um deles. Assim, na ponderação, a restrição imposta a cada interesse em jogo, num caso de conflito entre princípios constitucionais, só se justificará na medida em que: (a)

⁵⁷ V. Paul Craig, *Administrative Law*, 1999, p. 644.

⁵⁸ V. André de Laubadère, "Le Contrôle Jurisdictionnel du Pouvoir Discretionnaire dans la Jurisprudence Recente du Conseil d'État Français", in *Mélanges Offerts à Marcel Waline: Le Juge et le Droit Public* (obra coletiva), 1974, p. 546-7.

mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.⁵⁹

O Supremo Tribunal Federal já teve ocasião de, em diversas oportunidades, aplicar a técnica da ponderação, instrumentalizada através do postulado da proporcionalidade. Confirma-se significativo trecho de decisão da lavra do Ministro Gilmar Mendes, que guiou o Plenário da Corte Suprema no julgamento da Intervenção Federal 2.257-6/São Paulo:

*"(...) o princípio da proporcionalidade representa **um método geral para a solução de conflitos entre princípios**, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.*

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...), há de perquirir-se, na aplicação do

⁵⁹ Daniel Sarmento, **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**, 2000, p. 96.

princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto)."

Ademais, para pleno conhecimento dos interesses em jogo e das razões contrapostas, releva de importância na formulação dos juízos de ponderação a participação do cidadão, seja a título de defesa de direitos individuais (participação *uti singulus*), seja como membro da coletividade, na defesa de interesses difusos e coletivos (participação *uti cives*). Ao direito do cidadão de sustentar seus próprios interesses, soma-se, com especial importância, o interesse da coletividade na obtenção de juízos de ponderação, e de conseqüentes decisões administrativas, dotados do conhecimento pleno das circunstâncias fáticas e argumentos jurídicos que envolvem o caso. A participação dos administrados é também, portanto, insumo essencial para alcance do ponto máximo de otimização e racionalidade na produção das decisões.

Neste passo, chega-se à última parte do presente estudo, consistente na demonstração de como o postulado da proporcionalidade se presta a explicar e justificar a lógica estrutural do direito administrativo.

IV.2. A Proporcionalidade e as Normas Instituidoras de Privilégios para a Administração.

As prerrogativas processuais e materiais da Administração Pública, em sua relação com os cidadãos, constituíram, desde os primórdios da disciplina, a matéria-prima básica da qual se nutriu e sobre a qual se erigiu arcabouço teórico do direito administrativo. Todas, sem exceção, justificadas por remissão ao dito princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Com efeito, no plano processual, prerrogativas como a quadriplificação do prazo para responder e a duplicação dos prazos

recursais, a representação legal, sem a necessidade de apresentação de procuração, a não produção dos efeitos da revelia, o duplo grau obrigatório de jurisdição, a impenhorabilidade de bens e o sistema de execução mediante precatórios sempre foram justificados como uma projeção natural - aceita quase, ousaria dizer, como um dado da natureza mesma das coisas - da superioridade jurídica dos interesses do Estado em relação aos interesses dos indivíduos, quando postos em juízo.

O Estado, corporificando e personificando o próprio interesse público, faria jus a um conjunto de privilégios processuais, sem os quais os interesses gerais da coletividade poderiam ser comprometidos. O patrimônio estatal e os interesses cometidos à tutela do Poder Público, gozando de uma posição de prevalência sobre o patrimônio e os interesses individuais particulares, deveriam ficar protegidos por normas instituidoras de um tratamento diferenciado e garantístico.

Raciocínio semelhante se desenvolveu a respeito das prerrogativas administrativas de cunho material. As chamadas cláusulas exorbitantes, v.g., elevadas à condição de elementos identificadores dos contratos administrativos, sempre foram justificadas com fulcro na *verticalidade* das relações travadas entre Estado e particular, em oposição à *horizontalidade* das relações estabelecidas entre partes privadas. O dito princípio da supremacia do interesse público era invocado para dar supedâneo, por exemplo, à inoponibilidade, pelo particular, da exceção do contrato não cumprido, aos poderes de alteração e extinção unilateral do contrato pelo Poder Público, aos poderes de fiscalizar as atividades do contratado, intervir na sua gestão e aplicar-lhe sanções, dentre outros.

Ocorre que todas as aludidas prerrogativas da Administração, vistas como desequiparações entre o Poder Público e os particulares, não podem ser justificadas à luz de uma regra de prevalência apriorística e absoluta dos interesses da coletividade sobre os interesses individuais. Veja-se, a seguir, por quê.

Em primeiro lugar, porque, como já assentado, a preservação, na maior medida possível, dos direitos individuais constitui porção do próprio interesse público. São metas gerais da sociedade política, juridicamente estabelecidas, tanto viabilizar o funcionamento da

Administração Pública, mediante instituição de prerrogativas materiais e processuais, como preservar e promover, da forma mais extensa quanto possível, os direitos dos particulares. Assim, esse esforço de harmonização não se coaduna com qualquer regra absoluta de prevalência *a priori* dos papéis institucionais do Estado sobre os interesses individuais privados.

Em segundo lugar, é de se sublinhar que a isonomia, tal como os fins de interesse coletivo cometidas aos Poder Público, também está prevista como norma constitucional. Deste modo, as hipóteses de tratamento diferenciado conferidas ao Poder Público em relação aos particulares devem obedecer aos rígidos critérios estabelecidos pela lógica do princípio constitucional da igualdade. É dizer: qualquer diferenciação deve ser instituída por lei, além de sujeitar-se, no seu contexto específico e na sua extensão, ao teste da proporcionalidade.

Portanto, para que um privilégio instituído em favor da Administração Pública seja constitucionalmente legítimo, é mister que:

(I) a compressão do princípio da isonomia, isto é, a discriminação criada em desfavor dos particulares seja apta a viabilizar o cumprimento pelo Estado dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei;

(II) o grau ou medida da compressão da isonomia, isto é, a extensão da discriminação criada em desfavor dos particulares deve observar o limite do estritamente necessário e exigível para viabilizar o cumprimento pelo Estado dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei;

(III) por fim, o grau ou medida do sacrifício imposto à isonomia deve ser compensado pela importância da utilidade gerada, numa análise prognóstica de custos para os particulares e benefícios para a coletividade como um todo.

Hipótese ilustrativa da proposta acima alvitada foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN nº 1.753-2/DF, na qual se discutia a constitucionalidade da ampliação do prazo para a propositura de ações rescisórias pelo Poder Público, de dois para cinco anos.

O relator do feito, Ministro Sepúlveda Pertence, após anotar que a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais da

tradição do nosso processo civil, como o duplo grau obrigatório e a dilatação dos prazos de resposta e recurso (RE 181130, Min. Celso de Mello, DJ 12.05.1995; RE 196.430, Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.11.1997), deixou consignado que tais discriminações só são toleráveis na medida em que não forem arbitrárias e servirem, v.g., para compensar deficiências da defesa em juízo das entidades estatais. Assim, por exemplo, considerações ligadas à morosidade inerente a um Estado agigantado para que os advogados públicos obtenham as informações e provas de que necessitam para a elaboração de sua defesa, ou mesmo a insuficiência crônica de procuradores nos quadros do Poder Público podem ser levadas em conta na formulação do juízo de constitucionalidade das prerrogativas processuais.

Na seqüência, o Ministro Pertence afirma textualmente que as desequiparações que desafiem a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade caracterizam privilégios inconstitucionais. Foi citado, a título ilustrativo, o caso do art. 6º da MP 314/93 que, no curso da implantação da Advocacia Geral da União, suspendeu todos os prazos da União. No julgamento, o Supremo Tribunal Federal restringiu o alcance da norma, a fim de excluir a sua incidência nos processos em que a defesa da União coubesse à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, instituição de há muito organizada, em relação à qual, portanto, não corriam os motivos conjunturais que emprestavam razoabilidade ao dispositivo nas causas em que passaria a atuar a nascente Advocacia Geral da União (QO no RE 148754, Min. Carlos Velloso, RTJ 150/888, 891). Em outras palavras, a norma em questão não passou no teste da adequação, de vez que o favor legal não se mostrava apto a servir a qualquer fim público juridicamente relevante.

No julgamento da dilatação do prazo de dois para cinco anos para a propositura de ações rescisórias pelo Poder Público, a posição da Corte também foi guiada pelo dever de proporcionalidade. Numa primeira etapa, o Ministro Pertence buscou demonstrar o que seria, na linha do raciocínio aqui proposto, a *inadequação* da medida para viabilizar a defesa do Poder Público em relação a sentenças transitadas em julgado passíveis de rescisão. O argumento utilizado foi o da suficiência do prazo existente - dois anos - para permitir o conhecimento do vício e o ajuizamento da competente ação rescisória.

Em uma segunda etapa do aresto, o relator buscou caracterizar o que aqui seria identificado como *desnecessidade* ou *inexigibilidade* da medida. Com efeito, a medida compressiva da isonomia ia *além do necessário* na medida em que, fosse a ampliação do prazo realmente conveniente, deveria a mesma beneficiar ambas as partes, e não apenas o Poder Público. A restrição à isonomia processual não constituía meio necessário para melhor viabilizar a defesa do Estado em juízo.

Além disso, levou em conta a Corte, na formação de sua convicção, o fato de a medida ir somar-se a vários outros favores legais de natureza processual já conferidos à Fazenda Pública. Como averbou o Ministro Pertence, tais privilégios já produzem conseqüência suficientemente gravosa aos particulares, retardando longamente a satisfação de direito seu reconhecido em juízo. Destarte, a instituição de mais um privilégio - qual seja, o prazo de cinco anos para a propositura da ação rescisória pela Fazenda - geraria situação de desequilíbrio insuportável em desfavor dos particulares. Em outras palavras, os eventuais benefícios trazidos pela ampliação do prazo da rescisória para o Poder Público não justificariam tamanho grau de sacrifício imposto aos particulares, em uma resposta negativa ao teste de *proporcionalidade em sentido estrito*.

Interessante notar que o acórdão, ao dar pela inconstitucionalidade do dispositivo, faz questão de mencionar que a decisão era fundada nos princípios da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade e da *supremacia do interesse público*. O *interesse público*, na espécie, recomendava a preservação da isonomia formal, em resguardo dos interesses dos particulares, e não a chancela automática e apriorística da prerrogativa do Poder Público. Ademais, o juízo cognitivo pelo qual esse *interesse público* foi alcançado percorreu o *iter* do postulado da proporcionalidade, que buscou realizar uma ponderação entre os interesses em jogo, e não uma mera identificação do interesse público com o interesse estatal. Resta comprovado, assim, que não há prevalência *a priori* do coletivo sobre o individual, nem do estatal sobre o particular.

IV.3. A Proporcionalidade e as Normas Restritivas de Direitos Individuais.

Um outro conjunto de poderes da Administração Pública comumente associado à idéia de supremacia do interesse público sobre interesses privados são aqueles manejados na restrição de direitos individuais em prol de necessidades ou aspirações da coletividade. Tal atividade restritiva do Estado, que envolve o Legislativo e se concretiza no Executivo, é tradicionalmente chamada de *poder de polícia*.

Na lição da doutrina abalizada, o poder de polícia se exerce como em um ciclo - chamado ciclo de polícia⁶⁰ - que (i) principia com a previsão legislativa da restrição à liberdade individual, (ii) passa pelo condicionamento do exercício da liberdade ao consentimento da Administração, (iii) sujeita os particulares à fiscalização dos agentes públicos e, por fim, em caso de infringência à disciplina legal, (iv) culmina com a aplicação de sanções administrativas.

Todo esse *iter* costuma ser explicado a partir da premissa da superioridade do interesse coletivo, promovido pelo Estado, sobre os interesses individuais dos particulares. Tal explicação é, como já antecipado, de todo inconsistente.

As restrições administrativas a direitos fundamentais não podem ser compreendidas hodiernamente senão como uma emanção dos sistema de princípios e valores constitucionais, que admite a compressão de direitos individuais em prol de outros direitos e interesses, de natureza individual ou metaindividual, também contemplados na Lei Maior. O ponto de partida da Constituição brasileira de 1988 é, todavia, a proteção da dignidade humana, em torno da qual erige o edifício normativo dos direitos fundamentais. Entender e justificar as restrições administrativas a tais direitos pressupõe conhecer os fundamentos e a lógica de funcionamento desse edifício.

Assim como a Lei Fundamental de Bonn (1949), a Constituição portuguesa (1976) e a Constituição espanhola (1978), a Constituição brasileira de 1988 conferiu importância destacada ao elenco de direitos fundamentais. Contemplados, lá como aqui, logo em ca-

⁶⁰ V. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, **Curso de Direito Administrativo**, 2001, p. 388.

pítulo inicial da Carta, os direitos fundamentais são dotados de eficácia imediata (art. 5º, § 1º) e protegidos contra eventuais ameaças de supressão ou severo comprometimento, ainda quando tais ameaças advenham de emenda à Constituição (art. 60, § 4º, IV).

Em sua concepção clássica, os direitos fundamentais são *direitos de defesa*, protegendo posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo não impedimento à prática de determinado ato, seja pela não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas.⁶¹ No primeiro caso, ter-se-ia o exemplo da liberdade de locomoção, enquanto, no segundo, poder-se-ia cogitar da proteção do direito adquirido contra leis posteriores.

De outro lado, os direitos fundamentais se apresentam como *direitos a prestações positivas*, tanto de natureza concreta e material, como de natureza normativa.⁶² Assim, v.g., o direito de ir e vir pressupõe um conjunto de atividades do Poder Público (polícia de segurança pública, polícia administrativa) destinadas a preservá-lo. Já a proteção constitucional do direito de propriedade (e, também, de propriedade intelectual), por exemplo, não teria qualquer sentido sem a existência de um arcabouço de normas legais que lhe conferem a tônica e definem seus contornos.

Nada obstante isso, as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais remetem, não raro, à lei, que poderá instituir restrições ao âmbito de proteção de tais direitos. De acordo com a doutrina especializada, essas restrições podem ser da seguinte ordem: (I) restrições sujeitas à *reserva de lei simples*; (II) restrições sujeitas à reserva de lei qualificada; e (III) restrições *imanescentes ou implícitas*.⁶³

Tem-se *reserva legal simples* quando a norma constitucional cinge-se a exigir que eventual restrição a direito fundamental seja prevista em lei, como ocorre com a proteção aos locais de culto e

⁶¹ Gilmar Ferreira Mendes, **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, Celso Bastos Editor, 1998, p. 32/33.

⁶² J.J. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Editora Almedina, 1991, p. 549.

⁶³ V., sobre o tema, Suzana de Toledo Barros, **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**, Ed. Brasília Jurídica, 1996, p. 162 e segs..

suas liturgias (art. 5º, VI). Já a *reserva legal qualificada* desponta nos casos em que a norma constitucional não apenas reclama que a restrição se perfeça por meio de lei, mas também estabelece os fins a serem necessariamente perseguidos ou os meios a serem compulsoriamente adotados pelo legislador. Tal é o caso da liberdade de exercício profissional (art. 5º, XIII) e do sigilo de correspondência (art. 5º, XII). No primeiro caso, a lei só pode estabelecer restrições atinentes a *qualificações profissionais*. No segundo caso, as restrições legais ao sigilo devem se ater aos fins de *investigação criminal ou instrução processual penal*. Cuida-se aqui, portanto, de uma vinculação constitucional do legislador, tanto de forma (reserva de lei), como de conteúdo (definição prévia dos meios e fins).

Há, ademais, um conjunto de restrições *imanescentes ou implícitas* à própria sistemática constitucional. Tais restrições, embora não expressamente contempladas na norma definidora do direito fundamental, decorrem do princípio da unidade da Constituição, que emerge como condição de harmonização e concordância prática entre os diversos direitos fundamentais e princípios jurídicos contemplados na Lei Fundamental.⁶⁴ Qualquer interferência legislativa nesta seara deve buscar sempre uma solução otimizada que prestigie, igualmente, todos os direitos ou princípios constitucionais envolvidos.⁶⁵ Tal solução é alcançada pela técnica da ponderação, guiada pelo *princípio da proporcionalidade*.

Aliás, em qualquer uma das três hipóteses acima aventadas (reserva legal simples, reserva legal qualificada e restrição imanente), toda e qualquer limitação a direitos fundamentais deve ser *justificada* à luz do princípio da proporcionalidade. Com efeito, é o emprego de tal princípio que auxilia o intérprete e aplicador do direito a alcançar a justa proporção na ponderação entre os valores constitucionais envolvidos na limitação a qualquer direito fundamental.

⁶⁴ V. Raquel Denize Stumm, **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**, Livraria do Advogado, 1995, p. 142/145.

⁶⁵ Suzana Toledo Barros, ob. cit., p. 166.

Deste modo, toda e qualquer atividade de polícia, restritiva de algum direito fundamental, só será legítima quando puder ser *reconduzida* ao sistema constitucional, no qual o Poder Público - seja ele o Estado Legislador, seja o Estado Administrador - encontre fundamento para a proteção e promoção de um outro direito fundamental ou de interesses da coletividade como um todo.

Há situações, entretanto, em que o próprio constituinte antecipou o juízo de ponderação entre interesses individuais e coletivos, dispondo sobre como os conflitos devem ser tratados. Tal foi o caso, *v.g.*, do potencial conflito entre o direito de propriedade e o interesse da coletividade em ver realizadas determinadas obras públicas ou obter determinados serviços públicos, cuja concretização depende da expropriação de bens particulares. Antecipando-se ao legislador e ao administrador, o constituinte, ao tempo em que assegurava o direito de propriedade, dispôs que a desapropriação era possível, desde que à contrapartida do pagamento de uma indenização justa, prévia e em dinheiro. O caso não é de prevalência absoluta de um interesse da coletividade sobre o interesse particular - como seria a permissão do simples confisco - mas de uma *acomodação* entre os dois, mediante adoção de uma solução intermediária, pela qual ambos os interesses são preservados em alguma medida, sem a supressão total de qualquer deles.

De ordinário, contudo, a Constituição apenas admite, explícita ou implicitamente, a restrição a direitos como condição da subsistência de outros direitos e interesses, individuais ou coletivos. Assim, por exemplo, a norma prevista no art. 30, inciso VIII, que confere aos Municípios competência para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. Caberá, assim, à lei municipal e às Administrações Públicas municipais instituir normas e praticar atos com vistas a compatibilizar o direito de propriedade com o interesse da coletividade na adequada ocupação do solo urbano. A sujeição dos proprietários a certas limitações administrativas - a altura dos edifícios, *v.g.* - constitui o resultado de um juízo ponderativo do Poder Público voltada a compatibilizar o direito de propriedade com o zoneamento urbano. O *interesse público*, na espécie, consiste na intervenção administrativa que preserva e pro-

move, ao mesmo tempo, ambos os interesses constitucionalmente relevantes.

Na maioria dos casos, todavia, nem a Constituição nem a lei realizam o juízo de ponderação, por completo, entre os interesses conflitantes. Aqui, tal como o legislador, incumbirá ao administrador público percorrer as etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para *encontrar* o ponto arquimediano de justa ponderação entre direitos individuais e metas coletivas.

No domínio do direito econômico, por exemplo, há inúmeras circunstâncias em que as decisões administrativas devem procurar compatibilizar o direito do empresário à propriedade privada e à liberdade econômica e os interesses difusos da coletividade na preservação de um meio ambiente equilibrado. Entre soluções igualmente adequadas à preservação do meio ambiente, deve a autoridade administrativa ambiental optar pela medida menos gravosa aos direitos individuais do empresário. Com efeito, a instalação de filtros nas chaminés da fábrica, por constituir-se em solução menos onerosa ao particular, tem preferência sobre a importação de novo maquinário que emita menor quantidade de gases no processo industrial. Mesmo numa outra hipótese, em que o maquinário importado fosse, de fato, um pouco menos poluente, a solução mais proporcional seria a instalação dos filtros, diante de uma abissal disparidade de preços entre os dois equipamentos. No juízo de custo-benefício (proporcionalidade em sentido estrito), a balança pen-deria em favor do empresário.

Também aqui, ao contrário de uma regra de prevalência absoluta, tem-se a aplicação do postulado da proporcionalidade, que busca alcançar um ponto de otimização entre os interesses conflitantes no processo de construção da decisão administrativa. Nesta, como em diversas situações, a promoção do *interesse público* inclui em seu bojo a preservação otimizada do direito individual *vis-à-vis* dos interesses difusos da sociedade.

V. CONCLUSÃO

Ao longo do presente ensaio, pretendeu-se demonstrar que a origem liberal e garantística do direito administrativo, forjado a par-

tir de uma milagrosa submissão da burocracia estatal à lei e aos direitos individuais, não passa de um mito. Passados dois séculos da sua gênese, é possível constatar que a construção teórica do direito administrativo não se deveu nem ao advento do Estado de Direito, nem à afirmação histórica do princípio da separação dos poderes.

Com efeito, havendo sido produto da elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês, as categorias básicas da disciplina não surgiram da sujeição da Administração à vontade heterônoma da lei, mas antes de uma autovinculação do Poder Executivo à sua própria vontade. Por outro lado, a adoção da jurisdição administrativa, paralela e infensa à jurisdição comum, rendeu ensejo à imunização do Poder Executivo dos controles dos demais Poderes e, principalmente, do controle do cidadão. O modelo administrativo francês, no qual a burocracia *legisla* para si e *julga* a si mesma, não pode ser considerado fruto, mas a própria antítese da idéia de separação de poderes.

Neste contexto, é correto afirmar que a dogmática administrativista estruturou-se a partir de premissas teóricas comprometidas com a preservação do *princípio da autoridade*, e não com a promoção das conquistas liberais e democráticas. O direito administrativo, nascido da superação histórica do Antigo Regime, serviu como instrumento retórico para a preservação daquela mesma lógica de poder.

Uma das categorias forjadas desde essa origem autoritária foi o chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Embora decantado pela literatura brasileira como fundamento e princípio normativo do direito administrativo, sua inconsistência teórica e sua incompatibilidade visceral com a sistemática constitucional dos direitos fundamentais são patentes.

Com efeito, uma norma que preconiza a supremacia *a priori* de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificada como princípio. Ao contrário, um princípio, por definição, é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve sempre ser contextualizado e ponderado com outros princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico. A prevalência apriorística e descontextualizada de um princípio constitui uma contradição em termos.

Por outra via, a norma de supremacia pressupõe uma necessária dissociação entre o interesse público e os interesses privados. Ocorre que, muitas vezes, a promoção do interesse público - entendido como conjunto de metas gerais da coletividade juridicamente consagradas - consiste, justamente, na preservação de um direito individual, na maior medida possível. A imbricação conceitual entre interesse público, interesses coletivos e interesses individuais não permite falar em uma regra de prevalência absoluta do público sobre o privado ou do coletivo sobre o individual.

Na verdade, o conceito de interesse público é daqueles ditos juridicamente indeterminados, que só ganham maior concretude a partir da disposição constitucional dos direitos fundamentais em um sistema que contempla e pressupõe restrições ao seu exercício em prol de outros direitos, bem como de metas e aspirações da coletividade de caráter metaindividual, igualmente estampadas na Constituição. Ao Estado Legislador e ao Estado Administrador incumbe atuar como intérpretes e concretizadores de tal sistema, realizando as ponderações entre interesses conflitantes, guiados pelo postulado da proporcionalidade.

Assim, o melhor *interesse público* só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade.

Veja-se que não se nega, de forma alguma, o *conceito de interesse público*, mas tão-somente a existência de *um princípio da supremacia do interesse público*. Explica-se: se o interesse público, por ser um conceito jurídico determinado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias concretas, qual o sentido em falar-se num princípio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, se chegará a uma solução (isto é, ao interesse público concreto) que sempre prevalecerá? Em outras palavras: qualquer que seja o conteúdo deste "interesse público" obtido em concreto, ele sempre prevalecerá. Ora, isso não é um princípio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar que *o que há de pre-*

valecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia. Daí se propor que é o postulado da proporcionalidade que, na verdade, explica como se define o que é o interesse público, em cada caso. O problema teórico verdadeiro não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer.

A preservação, na maior medida possível, dos direitos individuais constitui porção do próprio interesse público. São metas gerais da sociedade política, juridicamente estabelecidas, tanto viabilizar o funcionamento da Administração Pública, mediante instituição de prerrogativas materiais e processuais, como preservar e promover, da forma mais extensa possível, os direitos dos particulares. Assim, esse esforço de harmonização não se coaduna com qualquer regra absoluta de prevalência **a priori** dos papéis institucionais do Estado sobre os interesses individuais privados.

Como a isonomia, tal como os fins de interesse coletivo cometidos aos Poder Público, também está prevista como norma constitucional, as hipóteses de tratamento diferenciado conferido ao Poder Público em relação aos particulares devem obedecer aos rígidos critérios estabelecidos pela lógica do princípio constitucional da igualdade. É dizer: qualquer diferenciação deve ser instituída por lei, além de sujeitar-se, no seu contexto específico e na sua extensão, ao teste da proporcionalidade. Portanto, para que um privilégio instituído em favor da Administração Pública seja constitucionalmente legítimo, é mister que: (I) a compressão do princípio da isonomia, isto é, a discriminação criada em desfavor dos particulares seja apta a viabilizar o cumprimento pelo Estado dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei; (II) o grau ou medida da compressão da isonomia, isto é, a extensão da discriminação criada em desfavor dos particulares deve observar o limite do estritamente necessário e exigível para viabilizar o cumprimento pelo Estado dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei; (III) por fim, o grau ou medida do sacrifício imposto à isonomia deve ser compensado pela importância da utilidade gerada, numa análise prognóstica de custos para os particulares e benefícios para a coletividade como um todo.

De outra banda, toda e qualquer atividade de polícia, restritiva de algum direito fundamental, só será legítima quando puder ser *reconduzida* ao sistema constitucional, no qual o Poder Público -

seja ele o Estado Legislador, seja o Estado Administrador - encontre fundamento para a proteção e promoção de um outro direito fundamental ou de interesses da coletividade como um todo.

Há situações em que o próprio constituinte antecipou o juízo de ponderação entre interesses individuais e coletivos, dispondo sobre como os conflitos devem ser tratados. De ordinário, contudo, a Constituição apenas admite, explícita ou implicitamente, a restrição a direitos como condição da subsistência de outros direitos e interesses, individuais ou coletivos. Assim, por exemplo, a norma prevista no art. 30, inciso VIII, que confere aos Municípios competência para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. Caberá, assim, à lei municipal e às Administrações Públicas municipais instituir normas e praticar atos com vistas a compatibilizar o direito de propriedade com o interesse da coletividade na adequada ocupação do solo urbano. A sujeição dos proprietários a certas limitações administrativas - a altura dos edifícios, v.g. - constitui o resultado de um juízo ponderativo do Poder Público voltada a compatibilizar o direito de propriedade com o zoneamento urbano. O *interesse público*, na espécie, consiste na intervenção administrativa que preserva e promove, ao mesmo tempo, ambos os interesses constitucionalmente relevantes.

Na maioria dos casos, todavia, nem a Constituição nem a lei realizam o juízo de ponderação, por completo, entre os interesses conflitantes. Aqui, tal como o legislador, incumbirá ao administrador público percorrer as etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para *encontrar* o ponto arquimediano de justa ponderação entre direitos individuais e metas coletivas. ☐

CONFIGURAÇÃO PROCESSUAL DO NOVO REGIME FALIMENTAR

Mário Luiz Ramidoff

Promotor de Justiça do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Cíveis, Falimentares e de Liquidações Extrajudiciais, do Ministério Público do Estado do Paraná; Mestre (CPGD-UFSC) e Doutorando em Direito (PPGD-UFPR); Professor das Faculdades Integradas Curitiba e da Faculdade Dom Bosco

A denominada "Nova Lei de Falências" - Lei Federal sob nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária - ainda, em ***vacatio legis***¹, por certo, trouxe profundas transformações processuais e procedimentais acerca da atuação e intervenção das partes e demais interessados então vinculados nas categóricas relações jurídicas falimentares.

Não fosse isto, observa-se também que os vetos presidenciais² então aplicados pontualmente a específicos dispositivos da mencionada legislação, por certo, romperam com a sistematização, quando não, descuraram da possibilidade do oferecimento de proposições que tornassem coesos os tratamentos e também a linguagem, especialmente, em razão da previsão da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (Lei Federal sob nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

¹ A Lei Federal sob nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, apenas entra em vigor na data de 9 de junho de 2005, consoante o disposto no seu art. 201 - Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após a publicação.

² Mensagem sob nº 59, de 9 de janeiro de 2005.

No entanto, a configuração processual deste novo regime falimentar que cuida da recuperação extrajudicial e da recuperação judicial do empresário e da sociedade empresária em situação de dificuldade econômico-financeira - diversamente, pois, da situação patrimonial líquida ser negativa ou mesmo positiva, haja vista que isto, hoje, a partir da dinâmica imposta pela modernidade já não estabelece mais qualquer garantia de que o comerciante/empresário possa efetivamente assegurar o cumprimento das suas obrigações - ainda guarda memória principiológica aos denominados meios preventivos da declaração judicial de falência - particularmente, em relação às espécies de concordata.

Contudo, apesar da flexibilização da jurisdicionalização estatal de processos e procedimentos para a recuperação das empresas, por certo, o sistema normativo - ou mesmo um dado subsistema normativo especial - não pode se transformar num mero conjunto de soluções metodologicamente posto para a resolução indistinta de casos estabelecidos na vida econômico-comercial do empresário e, ou, da sociedade empresária, em que pese as importantes contribuições argumentativas que têm servido de referências para um discurso hermenêutico diferenciado, aberto e criativo³.

Até porque, a insuficiência empresarial então comprovada pela sua inaptidão como agente de transformações econômicas para a viabilidade financeira de sua empresa ou sociedade empresarial - consoante a advertência sempre presente de Catarina Serra⁴ - impõe a exposição das empresas economicamente não viáveis ao processo de falência que as conduzam à extinção definitiva.

Em virtude disso, o critério determinante para a procedimentalização ou não da recuperação empresarial é a própria empresa, isto é, não só a sua viabilidade econômico-financeira,

³ CORREIA, Eduardo *et alii*. **Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários**. V. I - Problemas Gerais, Coimbra, 1998, p. VII.

⁴ SERRA, Catarina. "Falências derivadas e âmbito subjetivo da falência". **Boletim da Faculdade de Direito**, da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 37, Coimbra: Coimbra, 1999, p. 26 e ss.


mas, a sua suficiência empresarial, vale dizer, a sua capacidade de desenvolvimento e adaptação às mutações quase que diárias das inúmeras e variáveis realidades econômicas que permanecem em contínua mutação⁵. A mera adoção legislativa de teorias, quando, não, de imprecisas interpretações - nem sempre desinteressadas -, por certo demanda equivocadas aplicações legais que invariavelmente resultam na experimentação social de toda sorte de privações que reduzem a condições mínimas a possibilidade de uma existência digna - o que culmina mesmo na diminuta efetividade jurídica e social das novas legislações não raras às vezes aprovadas de afogadilho.

Por certo, é de se reconhecer a prioridade do processo de recuperação das empresas com dificuldades econômico-financeiras, mas, não, diversamente, a sua obrigatoriedade, em detrimento mesmo do processo falimentar, o qual, em determinadas situações, vale dizer, nas hipóteses de inviabilidade e insuficiência empresarial, constitui-se imperativamente na via processual inicial para o tratamento das questões pertinentes, haja vista que não se afigura legítima a sucessão procedimental aparente e equivocadamente admitida entre tais ritos resolutorios. O processo de recuperação das empresas com dificuldades econômico-financeiras, na verdade, constitui-se apenas numa fórmula inicial para a resolução dos conflitos de determinadas situações ocorridas, e, não, contrariamente, numa panacéia geral para a resolução de todo e qualquer tipo de questão que possa ser levantada durante a existência de uma empresa ou sociedade empresária.

Pois, não se pode pretender encobrir ou ressuscitar "cadáveres empresariais"⁶ com providências de recuperação, uma vez que as medidas a serem adotadas devem ser concebidas para a reanimação de empresas ainda reanimáveis, ou seja, para a recuperação de empresas recuperáveis, e, não, diversamente, procedimentos judiciais e extrajudiciais homologatórios de fraudes oficiosas. Logo, tor-

⁵ SERRA, Catarina. *Op. cit.*, p. 41 e ss.

⁶ SERRA, Catarina. *Op. cit.*, p. 41 e ss.

na-se mais do que compreensível a limitação da aplicabilidade inicial dos procedimentos de recuperação das empresas, quando não, discutível a primazia e, ou, a prioridade de tais procedimentos sobre o da falência. 

JUROS BANCÁRIOS E A POLÍTICA MONETÁRIA DO BANCO CENTRAL

Celso Marcelo de Oliveira

*Consultor Empresarial. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial, do Instituto Brasileiro de Direito Bancário, do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, do Instituto Brasileiro de Direito Societário e do Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional, da Academia Brasileira de Direito Tributário e da Associação Portuguesa de Direito do Consumo. Autor de inúmeras obras jurídicas, com destaque para **Tratado de Direito Empresarial Brasileiro**.*

O pensamento econômico que norteou o século XX era de John Maynard Keynes com a sua importante obra **Inflação e Deflação**. Demonstrava com perspicácia econômica que "um país se enriquece não pelo simples ato negativo de indivíduos não gastarem todos os seus rendimentos em consumo corrente. Enriquece-se pelo ato positivo de usar essas poupanças para aumentar o estoque de capital do país. Não é o avaro que se torna rico, mas o que aplica seu dinheiro em investimento frutífero. O objetivo de concitar o povo a poupar destina-se a criar a capacidade de criar casas, estradas e assim por diante. Portanto, uma política destinada a tentar reduzir a

taxa de juros pela suspensão de novos acréscimos ao estoque de capital e, pois, pela contenção das oportunidades e dos propósitos de aplicação de nossas poupanças é simplesmente suicida".

Sintetizando o pensamento econômico de Keynes, somente o Estado teria a capacidade para conferir equilíbrio e estabilidade ao sistema econômico de uma nação, com uma política financeira para redução dos juros. Entretanto, na última semana tivemos três posições dos nossos principais governantes a respeito das elevadas taxas de juros praticadas pelos Bancos. O Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, criticou a elevação das taxas de juros do Comitê de Política Monetária do Banco Central do Brasil e indagou da impossibilidade do Governo Federal em tabelar os juros. Por outro lado, o Vice-Presidente da República, José Alencar, indagou que "as taxas de juros altas são instrumentos que inibem o investimento e o consumo" e para o Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Severino Cavalcanti, "as micro e pequenas empresas não podem suportar essas taxas escorchantes que prejudicam o emprego no Brasil".

Entendemos que o Governo Federal não deve cometer os erros do passado como ocorreu com o tabelamento dos juros, mas deveria encontrar mecanismos de ordem jurídica, política e econômica, visando a uma diminuição gradativa dos juros. Entretanto, se o Poder Executivo como o próprio Legislativo apenas fazem críticas à política econômica do País que governam e se declaram impotentes na questão dos juros, estamos diante de um quarto poder: o Poder Financeiro e Bancário, imune a qualquer tipo de intervenção do Estado. No ano passado, os Bancos detiveram as maiores lucratividades, como constam das informações do site www.feebpr.org.br/lucroban.htm que descrevemos abaixo:

Banco	Período	Lucro
Itaú	2004	R\$ 3,776 bilhões
Bradesco	2004	R\$ 3,060 bilhões
Banco do Brasil	2004	R\$ 3,024 bilhões
BC	2004	R\$ 2,537 bilhões
Banespa	2004	R\$ 1,750 bilhão
Caixa Econômica Fed.	2004	R\$ 1,4 bilhão
Unibanco	2004	R\$ 1,283 bilhão

Assim, na base do sistema que permite aos bancos obterem grandes lucros crescentes a cada ano, está uma conjuntura econômica favorável, resume o secretário de acompanhamento econômico do Ministério da Fazenda, Elcio Takeshi. O ilustre Professor de Ciências Contábeis da Universidade de Brasília, Roberto Piscitelli, indagou recentemente que "no caso de algumas grandes instituições, a receita com tarifas bancárias é superior à própria folha de pagamento dos salários". Uma pesquisa da ABM Consulting, realizada com seis grandes bancos brasileiros, revela que as receitas com serviços bancários, incluindo tarifas, cresceram de R\$ 4,8 bilhões em 1995 para R\$ 19,2 bilhões, até setembro de 2004, e já correspondem a 113,4% do valor gasto com a folha de pagamento dos bancos.

Em termos, as taxas de juros no Brasil são as mais elevadas do mundo. Recentemente um estudo econômico confirmou que o Brasil é o campeão das taxas de juros no mundo, seguido da Turquia e do Egito. Com o aumento divulgado pelo Copom, a expectativa do juro real (Selic menos a inflação) para 2005 subiu de 11,8% para 14,4 %. A Turquia tem uma taxa de juros reais de 7,5% ao ano. O que acontece é que o Comitê de Política Monetária pretende alcançar uma meta inflacionária de 5,1% mas como as expectativas para 2005 não têm diminuído, a taxa de juros foi reajustada em abril para 19,50%. A taxa básica de juros brasileira é a taxa de juros que o governo paga pelos empréstimos que pega com os bancos vendendo títulos públicos e serve de referência para outras taxas de juros do País.

Assim sendo, as taxas de juros refletem não apenas o rigor da política monetária, em resposta às condições macroeconômicas consubstanciadas em taxas básicas elevadas, mas também os elevados *spreads* bancários praticados no País. O *spread* bancário é a contrapartida do agente financeiro pelo desempenho de suas funções próprias de intermediação financeira e de mobilização de recursos entre os agentes que realizam poupanças e aqueles que necessitam de crédito para suas operações. Em termos práticos, o *spread* constitui-se na diferença entre as taxas de empréstimos (ou taxas ativas) praticadas pelos bancos ou agentes financeiros junto aos tomadores de crédito e a taxa de captação, que é a taxa à qual os

poupadores são remunerados. O *spread* bancário visa não só a cobrir os custos das operações financeiras e, portanto, as despesas relativas à atividade de intermediação financeira, mas também proporcionar uma margem líquida para o intermediário financeiro compatível com os riscos inerentes à atividade.

Ressaltamos que o principal componente dos lucros obtidos pelas instituições financeiras com a concessão de créditos, encontra-se no alto *spread* bancário. Em dezembro de 2004, o *spread* bancário no Brasil foi de 27,3 pontos percentuais, segundo os dados colhidos no *site* do Banco Central do Brasil. É o maior do mundo, sendo quase duas vezes maior que o da Argentina (15,4%), três vezes o da Rússia (9,1%) e nove vezes o dos Estados Unidos (3,0%), segundo dados obtidos no *site* do Fundo Monetário Internacional.

Em avaliação do Professor Jandir Feitosa, da Fundação Getúlio Vargas, vários fatores levam a um *spread* bancário tão elevado. Na taxa cobrada, o Banco embute, possivelmente, prestações atrasadas, inadimplência, risco de crédito em função do mercado, da conjuntura econômica, cunha fiscal e a própria expectativa de inflação. O Banco Central do Brasil, em estudo sobre a composição do *spread* bancário, divide a composição em impostos diretos (19,10%), indiretos (8,24%), despesas administrativas (16,10%), inadimplência (19,10%) e a margem líquida ou o lucro de 37,45%. Recente estudo técnico da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo concluiu que "os brasileiros pagam 73 bilhões de reais, por ano, em *spread* bancário".

Por outro lado, a Associação Nacional dos Executivos de Finanças descreveu que o aumento na taxa básica de juros afetará pouco as operações de crédito no mercado. Essa elevação da taxa básica tem um resultado indireto muito maior, que é a elevação da rentabilidade dos títulos públicos. Ou seja, na medida em que o Banco Central eleva a taxa Selic, aumenta a rentabilidade dos bancos que destinam seus recursos para aplicações em títulos públicos, empurrando-os para operações de tesouraria, a fim de aumentar a sua rentabilidade. Este movimento de redução do volume de crédito no sistema, pressiona para cima as taxas de juros.

Assim temos que o objetivo da política monetária do Banco Central do Brasil é um aumento sistemático das taxas de juros para controlar a inflação. Desde 1999, quando o governo adotou o sistema de metas de inflação e o câmbio flutuante, a taxa de juros é o principal instrumento usado para conter a pressão de preços. O documento do Comitê de Política Monetária do Banco Central explica que a decisão de elevar a taxa básica de 19,25% para 19,5% ao ano foi tomada porque ainda existem focos localizados de pressão inflacionária no mercado interno. Além disso, informa a ata, o cenário internacional se deteriorou, com os preços do petróleo em níveis elevados e a possibilidade de permanência de condições voláteis nos mercados internacionais de capitais. Isso também poderia provocar alta de preços no Brasil. A ata explica que as expectativas de inflação para 2005 pioraram nas últimas semanas. De acordo com projeções do Banco Central, no nível em que indicadores como taxa de câmbio e juros estavam na véspera da última reunião do Copom, a meta de 5,1% para este ano não seria cumprida.

Entretanto, não podemos concordar com o objetivo da política econômica do Banco Central em conter a inflação com o aumento das taxas de juros. A redução da taxa de juros irá reduzir os encargos financeiros do Tesouro Nacional e o efeito estimulante da redução da taxa de juros real sobre o crescimento econômico irá permitir a obtenção de uma redução simultânea do superávit primário e do endividamento público como proporção do PIB.

O professor Robert J. Barro, da Harvard University, em estudo elaborado para o Bank of England, comparando índices de inflação e crescimento de 100 países, dentre eles o Brasil, por mais de trinta anos, constatou que a inflação somente afeta o crescimento no caso de taxas muito altas: a relação não é significativa para taxas de inflação abaixo de 10% ao ano.

Importante expor que a nossa contrariedade tem amparo também no estudo técnico de Mark R. Stone, "Greater Monetary Policy Transparency for the G3: Lessons from Full-Fledged Inflation Targeters", IMF Working Paper, www.imf.org, os "três principais bancos centrais do mundo não se convenceram da conveniência de

adotar o regime de metas para a inflação e preferem modelos mais discricionários, menos focados na busca de determinado objetivo para a inflação. O Federal Reserve não tem meta numérica para a inflação e o seu estatuto estabelece que a política monetária deve ser conduzida de maneira a promover "os objetivos de emprego máximo, preços estáveis e taxas de juro de longo prazo moderadas". O Banco Central Europeu tem a estabilidade de preços como objetivo primordial, mas a meta de inflação é definida de cerca de 2% no médio prazo. O Banco do Japão declara que continuará implementando medidas de estímulo monetário até que o índice de preços ao consumidor se estabilize ou aumente moderadamente".


Novamente aduzimos que a política econômica do Ministério da Fazenda é de manter a alta das taxas de juros como instrumento para o controle de inflação e as decisões sobre os juros devem ser tomadas pelo Conselho de Política Monetária. Trata-se, em termos, de uma independência ou autonomia do Banco Central do Brasil para a fixação das taxas básicas de juros e de influir na paridade cambial. Recentes pesquisas econômicas têm posto cada vez mais em cheque o dogma da independência dos bancos centrais. O Professor Manfred Gärtner mostrou em estudo realizado que os custos do combate à inflação em termo de renda e redução do PIB são menores em países onde o banco central é dependente do que em países onde é independente.

Na visão da economista Maria Cristina Penido de Freitas, em artigo publicado na **Folha de São Paulo**, sobre as "Implicações profundas e negativas sobre a autonomia do Banco Central, onde indaga que "o regime de metas de inflação não é o único nem o melhor instrumento de política monetária. Sequer é o mais adequado em um país periférico como o Brasil, que não possui moeda internacionalmente conversível e apresenta enorme vulnerabilidade externa. A economia brasileira vive sujeita à volatilidade dos fluxos de capital, com impactos consideráveis sobre a taxa de câmbio, que contamina os preços controlados das concessionárias de serviços públicos e dos produtos comercializáveis, pressionando a inflação. A elevação dos juros não tem tido o efeito operado sobre a estabilidade dos preços, mas é sério obstáculo à retomada do crescimento

e geração de empregos". O economista Paulo Nogueira Batista Junior, em artigo publicado na **Folha de São Paulo** com o título "Banco Central terceirizado", manifestou-se contrário à autonomia do Banco Central em função do relacionamento com o sistema financeiro privado, pois "no Brasil, a questão da autonomia precisa ser abordada com cuidado especial. Nas suas relações com o sistema financeiro, o Banco Central é um exemplo do conhecido fenômeno da captura do regulador pelo regulado. Estabeleceu-se uma relação simbiótica, para não dizer promíscua, entre autoridades monetárias e instituições financeiras privadas, que leva freqüentemente a uma dissociação entre a ação do Banco Central com os interesses públicos".

Assim sendo, sobre a questão da limitação dos juros bancários, somente resta um pronunciamento do Poder Judiciário sobre o tema. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, composta pelos ministros: Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio de Pádua Ribeiro, Barros Monteiro, Gomes de Barros, César Asfor Rocha, Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini, Nancy Andrighi e Castro Filho deve apreciar a primeira questão jurídica da aplicação da limitação imposta pelo novo Código Civil à taxa remuneratória em contratos bancários em 12% ao ano. A questão jurídica advém da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que decidiu que os juros remuneratórios dos valores vencidos após 11 de janeiro de 2003 devem ser reduzidos, não podendo ultrapassar a taxa usada para pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (artigo 591 combinado com o artigo 406 do Código Civil Brasileiro).

Finalmente, para o alento dos nossos governantes, ressaltamos uma decisão importante do Banco Central da Venezuela que estabeleceu novos limites para todos os juros pagos e cobrados pelo sistema bancário, assim como impôs restrições às tarifas bancárias cobradas dos clientes. Todas as taxas de juros serão determinadas por meio do uso de diversas fórmulas, considerando-se a taxa básica de juros. O Banco Central da Venezuela decretou que os bancos estão proibidos de cobrar taxas por transações bancárias ou serviços relacionados a contas de poupança.

Conclusivamente, utilizamos novamente os argumentos de John Maynard Keynes onde é preciso dotar o Estado de políticas econômicas eficazes no tocante à regulação da taxa de juros, mantendo-a baixa o suficiente para inibir a demanda de moeda para fins especulativos e incrementando o consumo através de empréstimos públicos que fossem capazes de absorver os recursos ociosos no sistema econômico. 

ASPECTOS RELEVANTES DA REFORMA DO JUDICIÁRIO (EC Nº 45/04)

Jansen Amadeu do Carmo Madeira

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e Membro Titular da Revista Ibero - Americana de Direito Público

José Maria Pinheiro Madeira

Mestre em Direito do Estado e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais. Professor da EMERJ. Professor-Coordenador de Direito Administrativo da Universidade Estácio de Sá.

1. INTRODUÇÃO

A tão esperada reforma do Poder Judiciário, que tramitou no Congresso Nacional por mais de uma década, finalmente entrou em vigor este ano, trazendo a lume questões controvertidas que têm merecido o estudo e a análise de renomados juristas do nosso país.

Portanto, inobstante os diversos pareceres que têm sido emitidos acerca de uma análise da Emenda Constitucional nº 45/04, estes ainda não esgotaram o estudo de tema tão complexo e controvertido, estando em aberto para as várias interpretações que ainda estão por vir.

A estrutura complexa do Poder Judiciário, que se compõe das Justiças Estadual, Federal, Eleitoral, Militar, do Trabalho, das instâncias de 1º e de 2º grau e dos Tribunais Superiores, todas dotadas de

peculiaridades e autonomias, somada a instrumentos de uma gestão anacrônica, pressupunham, desde há muito, a iminência de uma reforma minuciosa, interligada, e, sobretudo, inovadora, que traçasse novos contornos ao perfil do Judiciário e trouxesse novos instrumentos que de fato viabilizem a prática desta reforma.

No que alude à importância da reforma do Poder Judiciário, pode-se ressaltar ainda que o seu sucesso está diretamente ligado ao crescimento econômico do país e ao seu desenvolvimento como um todo, pois que o investidor estrangeiro que aqui aporta suas filiais e seus recursos financeiros, tão necessários para o país, somente o faz quando vislumbra segurança jurídica e uma estrutura política equilibrada.

Como se sabe, não é possível visualizar o crescimento de um país sem uma legislação segura e bem estruturada. Neste sentido, pode-se já antever que a Reforma do Judiciário não encerra toda a questão pendente, mas se inclina antes de tudo à necessidade de mudanças factuais das legislações infraconstitucionais que hoje vigoram. Na verdade, referida reforma apenas inicia a série de reformas legislativas de que carece o país.

Outra questão que merece ser trazida à tona é a de que a Constituição da República foi intitulada de Constituição Cidadã, o que pressupõe o reconhecimento dos direitos de todos os cidadãos perante o Estado, o que se dá através da máquina administrativa. Com isso, o Estado se obriga a garantir ao cidadão a prática de seus direitos, em nome de um Estado Democrático, e para tanto necessita da eficiência de seus órgãos.

Com efeito, a reforma do Judiciário não se efetivará, de fato, se não forem traçadas mudanças que englobem, concomitantemente, tanto a modernização da gestão do Poder Judiciário, por meio de ações que visem a agilizar e otimizar a prestação da tutela jurisdicional, quanto uma rápida e eficaz alteração das legislações infraconstitucionais, sobretudo os Códigos Processuais, sem as quais as normas constitucionais não serão passíveis de serem aplicadas, restando inoperantes.

O mau funcionamento do Poder Judiciário traz o seu próprio descrédito perante os cidadãos, em especial aqueles que recorrem para fazer valer seus direitos lesados. Beneficiam-se desta

inoperância aqueles que visam aos seus benefícios pessoais causando prejuízos aos outros, e que se valem das várias "brechas" encontradas nas leis para arrastarem os processos judiciais por anos a fio, num verdadeiro ato de procrastinação, o que merece ser abominado.

Por isso, urge que a reforma do Judiciário traga novas tecnologias de informação aos órgãos deste Poder, desburocratização da máquina administrativa, capacitação de pessoal e métodos que viabilizem a *celeridade* processual, agora constitucionalmente assegurada.

2. A CELERIDADE PROCESSUAL

A reforma do Judiciário faz alusão, ainda que indiretamente, a dois princípios constitucionais que vigoram e são aplicados ao referido Poder, o *princípio do acesso à jurisdição* e o *princípio do devido processo legal*.

O *princípio do devido processo legal*, assim como outros tantos princípios elencados na Lei Maior que se estampam em instrumentos democráticos, como a liberdade, a igualdade e o direito ao contraditório, compreende um conjunto de direitos e garantias a favor daqueles que integram o processo, se caracterizando assim como uma exaltação do Estado Democrático de Direito nas relações processuais.

Quanto ao direito de acesso à jurisdição, pode-se afirmar que este se constitui em um direito subjetivo do cidadão, constitucionalmente assegurado, que lhe garante a presteza da atividade jurisdicional quando este a ela recorre. E este direito à jurisdição compreende a sua prestação eficiente, justa e célere, por meio da efetiva aplicação do direito.

Com efeito, não só o acesso à Justiça está constitucionalmente garantido, mas os meios que tornem esse acesso seguramente eficaz. No que tange à rapidez, à celeridade, esta passou a integrar, com a Emenda nº 45/04, o rol de garantias constitucionalmente asseguradas ao cidadão, no que se refere à prestação jurisdicional.

Foi acrescentado o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 5º [...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Uma das novidades trazidas pela reforma do Judiciário é a imposição constitucional da tramitação do processo em prazo razoável e a celeridade de sua tramitação. Já em suas douradas palavras, o jurista Rui Barbosa afirmava que "justiça tardia é negação de justiça".

A grande quantidade de processos que se acumulam nos tribunais, somada à carência de uma estrutura eficaz, faz com que a justiça venha sendo cada vez mais tardia e, conforme o preconizado por Rui Barbosa, veementemente negada aos cidadãos.

A previsão constitucional da *celeridade* processual formaliza apenas um antigo anseio há muito buscado pela sociedade, que é uma prestação jurisdicional digna, ainda longe de ser alcançada, pois que as próprias leis fornecem instrumentos legais que são aplicados para retardar o andamento das lides, os quais vêm sendo utilizados de maneira aleatória e voltados à satisfação de interesses pessoais daqueles que se beneficiam com a lentidão judicial.

Pressupõe-se, com este novo ordenamento constitucional, a efetiva reconstituição da tutela jurisdicional, a qual deverá se focar numa gestão humana e tecnicamente reestruturada, com a criação de meios indispensáveis à rápida, mas não menos eficaz, prestação da tutela jurisdicional, descartando-se, com isso, toda e qualquer formalidade que se configure como supérflua à contenda.

A este propósito, pode-se afirmar que muitas são as formalidades que se inserem no trâmite da prestação jurisdicional, as quais, em sua grande maioria, não trazem nenhuma contribuição efetiva ao processo, imprimindo-se como meros contratempos processuais, e que há muito já deveriam ter sido descartados da prática jurisdicional.

Por outro lado, a expressão "prazo razoável" utilizada pelo legislador constituinte derivado é uma interpretação para complementá-la e adequá-la à real possibilidade da agilidade processual, de acordo com as peculiaridades de cada região que, à toda

evidência, variam expressivamente em relação ao número de processos em trâmite. Qual seria o prazo razoável? Numa visão realística, esta resposta dependerá da causa em questão, bem como da comarca em que tramita, não se vislumbrando um só "prazo razoável" para todas as contendas judiciais existentes nos tribunais brasileiros.

Ademais, a fim de cumprir este diploma constitucional imposto pela Emenda nº 45/04, é imperioso que os servidores do Poder Judiciário se valham do impulso de *celeridade*, que não surtirá efeito se dissociado da realidade, sobretudo da atual composição processual vigente.

A este respeito, deve-se trazer à baila a questão de que o Estado, enquanto parte processual, é a pessoa que mais se vale dos recursos processuais, o que implica numa visceral reflexão da própria cultura recursal do país, sem falar nos privilégios processuais a que faz jus como, por exemplo, o do prazo em dobro.

Por outro lado, há que se atentar para a inviabilidade de suprimir recursos previstos na lei processual, aplicáveis aos processos que estão à mercê do duplo grau de jurisdição. Destarte, não há como generalizar esta questão, eis que haverá casos em que a celeridade processual poderá tornar obscuro o direito à ampla defesa; quando esta defesa estiver atrelada a questões que envolvam a liberdade, por exemplo, a celeridade deverá ceder lugar à ampla defesa, ainda que não tão célere.

Desta forma, os princípios da *celeridade* e da *duração do processo* devem ser aplicadas concomitantemente aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que o trâmite do processo não se estenda além do razoável, nem tampouco se agilize a ponto de comprometer a plena defesa e o contraditório, trazendo prejuízos a uma das partes.

Com efeito, as novas normas processuais que trarão eficácia ao Texto da Emenda deverão estar de acordo com o princípio constitucional do devido processo legal, observando os limites da razoabilidade e da proporcionalidade.

Contudo, não se deve abandonar o questionamento a respeito da morosidade que se instala nos processos judiciais, e que muito se deve aos numerosos recursos disponíveis na lei processual. A su-

pressão de alguns destes recursos da competência de instâncias superiores, deixando as suas apreciações para os juízes de primeira instância, seria uma opção para agilizar o trâmite de muitas lides.

É de se observar que o sucesso da Reforma se atrela, sobretudo, à atuação do Poder Legislativo, eis que a este cabe a tarefa da criação e/ou modificação da legislação que se configura superada e que se contrapõe à Reforma em tese.

Ainda neste contexto, imperioso ressaltar a importância da utilização da conciliação e da arbitragem, pois que estas se imprimem numa forma mais ágil de solução de conflitos, evitando-se o seu ingresso no longo contencioso jurisdicional.

3. TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Ainda no art. 5º, foram acrescentados os parágrafos 3º e 4º ao inciso LXXVIII, que assim dispõem, respectivamente:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão." (NR)

O texto dos aludidos parágrafos traz à tona as questões da recepção jurídica dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e da adesão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional.

Com isso, resta acertado que doravante todas as regras acerca de direitos humanos têm eficácia imediata e ganham *status* de norma constitucional, bastando para tanto que sejam aprovadas em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros.

Desta forma, adquirem os tratados e convenções internacionais o mesmo quorum exigido para a aprovação das Emendas Constitucionais, previsto no art. 60, parágrafo 2º da Carta Magna. Antes,

porém, da entrada em vigor da Emenda nº 45/04, estes tratados e convenções somente vigiam por meio de Decreto Legislativo e tinham o status de leis ordinárias.

A redação deste inciso põe termo a um antigo posicionamento do Supremo Tribunal Federal que reiteradamente afirmava que os acordos internacionais que o Brasil integrava adquiriam o *status* de normas infraconstitucionais, equiparando-se às leis ordinárias ao ingressarem no ordenamento jurídico então vigente.

Merece ser ressaltada esta questão dos *tratados e convenções sobre direitos humanos*, pois que retira o Brasil de uma escala já superada pelos países desenvolvidos, no âmbito da comunidade internacional.

De fato, faltava ao Brasil assumir uma postura internacional nos moldes de um Estado Democrático, modelo este assumido na atual Carta do País. A nova norma vigente desestabiliza o círculo de restrições que envolviam o Brasil nas questões concernentes aos direitos humanos, capacitando-o, doravante, a assumir posturas mais ousadas e definidas e a se alinhar aos modelos de democracia das nações mais civilizadas, antes inviável.

Deve-se ressaltar, inclusive, que foi a partir do processo de democratização do país, datado de 1985, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, que o Brasil passou a assumir uma postura mais democrática nas questões internacionais de direitos humanos, passando a ratificar tratados que versavam sobre este assunto e ingressando, definitivamente, no rol dos países que protegem a dignidade humana.

Observe-se que a Constituição Federal de 1988 se configura como um verdadeiro objeto de transição para a democratização definitiva do país, ou seja, foi a ponte que ligou o Brasil repressivo ao Brasil democrático, e sobre a qual se jogaram as sementes da igualdade, da justiça e da dignidade da pessoa humana, que refletiram em todas as novas normas que passaram a reger o país, sob pena de se tornarem inconstitucionais.

A supremacia do Direito Internacional sobre o Direito Interno, agora adotado no Brasil, já era proclamada em Tratados Internacionais. A este propósito, cite-se a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que reza que o Estado deve dar preferência aos instru-

mentos internacionais em relação às normas jurídicas internas, sob pena de estas últimas se tornarem inviáveis.

4. JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL

Também acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/04, o parágrafo 4º do art. 5º estabelece a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, desde que previamente manifestado.

Igualmente relevante a iniciativa do legislador constituinte derivado, ainda na intenção de adequar o país às regras internacionais adotadas pelos países desenvolvidos, em especial com relação aos crimes contra a humanidade, o que indiretamente também ressalva a questão dos direitos humanos, definitivamente salvaguardados com a nova Emenda.

O Tribunal Penal Internacional foi criado pelo Estatuto de Roma, cuja competência compreende o julgamento de crimes graves de âmbito internacional, tais como o crime de genocídio, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, não substituindo, contudo, o sistema judicial interno. Desta feita, a jurisdição do Tribunal Internacional é meramente complementar à dos Estados, não descaracterizando a obrigação destes.

5. RECUSA À EXECUÇÃO DE LEI FEDERAL

A parte final do inciso III do art. 36, cujo texto se segue, foi introduzido por meio da Emenda nº 45/04:

Art. 36 [...]

III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

Trata-se de acrescentar à competência do Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, a hipótese de decretar a *intervenção* no caso de *recusa à execução da lei federal*, antes atribuída ao Superior Tribunal de Justiça.

A introdução da parte final do texto deste inciso III ensejou a revogação do inciso subsequente, IV, por se tornar redundante.

De fato, o legislador derivado suprimiu a competência do Superior Tribunal de Justiça de decretar a intervenção no caso de recusa à execução de lei federal, constante no revogado inciso IV, transferindo-a ao Supremo Tribunal Federal, mas valendo-se, ainda, de representação do Procurador-Geral da República.

6. CRIAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A competência privativa do Senado Federal de processar e julgar os crimes de responsabilidade se estende aos membros dos recém-criados Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público.

6.1. Do Conselho Nacional de Justiça

O art. 92 da Constituição da República, que dispõe sobre os órgãos do Poder Judiciário, sofreu alteração com a Emenda Constitucional nº 45/04, a qual introduziu o inciso I-A, criando o Conselho Nacional de Justiça e incluindo-o como órgão deste Poder.

A criação deste órgão se traduziu em um dos pontos mais polêmicos da Emenda Constitucional em tese, enquanto em tramitação, tendo recebido o repúdio de muitos membros integrantes do Poder Judiciário, pois que o denominavam até mesmo de "mordalha do judiciário".

A questão da criação do Conselho Nacional de Justiça pressupõe, de fato, muitas controvérsias, se levadas em consideração as opiniões provenientes não apenas dos membros do próprio Poder Judiciário, mas também de toda a sociedade que interage com este Poder, como o cidadão comum, que protagoniza a maioria das ações em trâmite. Desta feita, há quem concorde com um efetivo controle do Poder Judiciário, não obstante a autonomia de seus membros, desde que este controle contribua para a construção de um Poder mais justo e eficiente.

O art. 103-B estabelece que o Conselho Nacional de Justiça compor-se-á de quinze membros, com mais de trinta e cinco e me-

nos e sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos e admitida uma recondução.

Os incisos I ao XIII do art. 103-B dispõem sobre os membros do Conselho, e seu parágrafo 1º estabelece que este será presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Os parágrafos 2º e 3º trazem as regras da nomeação dos membros do Conselho, a qual se dará pelo *Presidente da República*, após a aprovação da escolha pela *maioria absoluta do Senado Federal*, ou ainda pelo Supremo Tribunal Federal, se não efetivada no prazo legal pelo primeiro indicado.

O parágrafo 4º elenca em seus incisos a competência do Conselho, estatuindo em seu *caput* a competência do *controle da atuação administrativa e financeira* do Poder Judiciário, bem como do cumprimento dos *deveres funcionais dos juízes*, a quem cabe, além de outras atribuições que lhe são conferidas pelo Estatuto da Magistratura: "zelar pela observância do art. 37 da Constituição e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário; receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais; representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diversos órgãos do Poder Judiciário; e elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa".

Merecem questionamento algumas regras estabelecidas nos parágrafos e incisos do aludido art. 103-B.

Primeiramente, o fato de a nomeação dos integrantes do Conselho ser de iniciativa do Presidente da República, e mais, após a aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Alega-se que se trata de um órgão de controle do Poder Judiciário, o que leva à conclusão de que este último deverá subordinação àquele, na medida em que passará a fiscalizá-lo. Observa-se a participação dos Poderes Executivo e Legislativo no controle do Poder Judiciário.

Suscita-se uma eventual violação da separação dos Poderes e do pacto federativo, o que tem sido questionado desde a promulgação desta norma constitucional.¹ Da mesma forma, a inclusão de "dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada" na composição do Conselho Nacional de Justiça gerou grande polêmica acerca da sua constitucionalidade.

Trata-se de submeter a soberania do Poder Judiciário, composto por cargos eminentemente técnicos e não políticos, ao controle de um órgão cuja composição comporta dois cidadãos que, inobstante os seus notáveis conhecimentos e dignas reputações, não integram nenhum dos Poderes da Federação.

Contra o argumento de inconstitucionalidade pesa a justificativa de que o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal estabelece que *"todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente"*, e que os dois cidadãos que integram o Conselho são indicados, um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal, sendo, portanto, escolhidos por representantes eleitos pelo povo.

Ainda assim, este dispositivo é passível de questionamento quanto à sua constitucionalidade, pois ainda que se justifique que os dois cidadãos são escolhidos por aqueles têm garantia constitucional de representar o povo, estes últimos integram o Poder Legislativo, caindo novamente na questão da violação da separação dos Poderes, já suscitada.

Outros já defendem este controle com a alegação de que não há poder absoluto no Estado Federativo, a não ser aquele decorrente do povo.

¹ A Associação dos Magistrados Brasileiros se manifestou contra este dispositivo, alegando que a composição híbrida do Conselho Nacional de Justiça fere o art. 2º da Constituição Federal e viola o pacto federativo, haja vista a imposição de uma hierarquia administrativa, financeira, orçamentária e disciplinar imposta ao Poder Judiciário (ADIn Nº 3367).

Dentre as atribuições previstas no art. 4º do art. 103-B da Constituição da República, consta a de que o Conselho poderá, de ofício ou mediante provocação, *desconstituir* ou *rever* os atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário[...].

Ressalta-se que este dispositivo faz menção apenas aos atos administrativos e não *jurisdicionais*, tratando-se do controle de atuação meramente administrativa, assim previsto, e resguardada a competência do Tribunal de Contas.

Não obstante, também os *deveres funcionais* dos juízes e dos membros dos Tribunais estão sob o crivo da apreciação deste Conselho. Com base nesta norma, poderão os membros do Conselho avocar *processos disciplinares* em curso, passando a emitir parecer contrário ou favorável e influenciando na decisão do processo, bem como rever os *processos disciplinares* instaurados contra aqueles, cujo julgamento tenha se dado há menos de um ano, pronunciando-se discricionariamente contra ou a favor tais disciplinas em questão.

Além do Conselho, há a previsão da criação de Ouvidorias de Justiça, que se dará pela União, e cuja competência será a de receber reclamações e denúncias contra membros ou órgãos do Poder Judiciário.

O reclamante poderá registrar a ocorrência tanto no Conselho quanto na Ouvidoria, sendo ambas dotadas de competência para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado.

Esta nova via de acesso aberta aos cidadãos, que passam a gozar de uma maior flexibilidade para registrar um ato arbitrário de um magistrado ou membro do Judiciário, os conduz a uma maior reflexão quanto à prática de seus atos, pois que antes estas manifestações obedeciam a uma maior burocratização, com fulcro no art. 52, parágrafo 1º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

A competência para processar e julgar, originariamente, as ações contra o Conselho Nacional de Justiça, bem como contra o Conselho Nacional do Ministério Público, pertence ao Supremo Tribunal Federal, de acordo com previsão Constitucional do art. 102, inciso I, "r".

Esta competência atribuída à mais Alta Corte de Justiça do país se justifica pelo fato de que o Conselho foi instituído num grau hierárquico acima do próprio Poder Judiciário, pelo qual este passa a ser

controlado, e, por isso, justificada está a sua subordinação ao julgamento da Suprema Corte.

O art. 52 da Lei Maior, em seu inciso II, dispõe sobre a competência privativa do Senado Federal para processar e julgar os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.

6.2. Do Conselho Nacional do Ministério Público

O art. 130-A da Carta Maior dispõe sobre a criação do Conselho Nacional do Ministério Público, que se comporá de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para exercer um mandato de dois anos, admitida uma recondução.

O inciso I estabelece que o Conselho será presidido pelo Procurador-Geral da República, e os incisos II ao VI e parágrafo 1º dispõem sobre a escolha de seus membros.

O parágrafo 2º elenca em seus incisos a competência do Conselho Nacional do Ministério Público.

O parágrafo 3º traz a regra sobre a escolha de um Corregedor nacional, a qual se dará por meio dos membros do Ministério Público, dispondo ainda em seus incisos das suas atribuições.

O parágrafo 4º traz a competência do Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados Brasil para oficiar junto ao Conselho e, finalmente, o parágrafo 5º dispõe sobre a criação das ouvidorias do Ministério Público, novidades trazidas pela Emenda nº 45/04.

A criação dos Conselhos Nacional de Justiça e do Ministério Público traz de forma inédita ao Poder Judiciário e ao Ministério Público a criação de um efetivo *controle externo* de suas atividades administrativa e financeira, o que motivou reiteradas manifestações contrárias, sobretudo dos magistrados e dos promotores de justiça, dada a autonomia de que sempre dispuseram, nunca antes questionada.

Limitar, em parte, um poder amplamente concedido gerou manifestações de toda sorte e interpretações que fugiam à proposta do legislador derivado, designada como sendo tão somente a busca pela *transparência no Poder Judiciário*.

A fim de que se instalasse a transparência em relação às suas atividades administrativas e financeiras, entendeu o legislador que era necessária a criação de um órgão externo e neutro, daí resultando a necessária criação de tais Conselhos.

7. A MAGISTRATURA APÓS A REFORMA DO JUDICIÁRIO

O *artigo 93* da Constituição Federal estabelece que lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, passando a elencar diversos dispositivos, nos incisos que o integram, que deverão ser observados por aquele Estatuto.

Esta modificação traz a ampliação de algumas regras que deverão ser observadas na elaboração do Estatuto da Magistratura, cujo escopo é o de gerar maior produtividade e transparência na prestação jurisdicional e na efetividade dos processos em trâmite.

O *inciso I* dispõe sobre o ingresso na carreira da Magistratura, cujo cargo inicial será o de juiz substituto. Manteve o dispositivo constitucional as exigências já constantes, como a realização de concurso público de provas e títulos, a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases do concurso e a nomeação de acordo com a ordem de classificação, incluindo a exigência de ter o bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica.

Pode-se observar, de início, que a aprovação no concurso dá ao candidato apenas a expectativa de nomeação, e não direito de fato a ela. A novidade deste inciso se finca na exigência de provar a prática da *atividade jurídica* pelo período mínimo de três anos, além da já existente exigência de graduação no curso de Direito.

Importa mencionar que o precitado lapso temporal, qual seja, 3 anos, assume o caráter de regra nacional, assim como as demais mudanças trazidas pela Emenda nº 45/04, pois que estas mudanças passaram a integrar o Texto Constitucional, inviabilizando que os Tribunais de Justiça dos Estados adotem regras específicas e diferentes.

7.1. Atividade Jurídica

A *atividade jurídica* a que faz alusão a nova Norma Constitucional, modificada com a EC nº 45/04, passa a integrar o rol de requisitos exigidos para o ingresso na carreira da Magistratura e do

Ministério Público, além daqueles já existentes, dispostos nos *artigos 93 e 129* da Constituição Federal.

Confere-se, a seguir, a redação dos mencionados artigos anteriormente à Emenda Constitucional.

Art. 93 [...]

*I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, através de concurso público de provas e títulos se atrela obviamente a uma **atividade profissional** cujo alcance deverá ser delimitado por lei, haja vista a abrangência que esta pode abarcar.*

Desta feita, de imediato pode-se concluir que este requisito para o ingresso na carreira da magistratura não se constitui em norma auto-aplicável, carecendo de regulamentação para que ocorra a plena eficácia pretendida pelo legislador.

Entretanto, enquanto não houver lei que disponha expressamente sobre a abrangência desta *atividade jurídica*, crescem as controvérsias sobre o assunto, especialmente em relação à dúvida sobre se neste lapso de três anos pode ser computado o período de estágio profissional exercido durante o curso de Direito.

Suscita-se, com o texto do *inciso I* do *art. 93*, se este lapso de tempo criado pela Emenda nº 45/04 objetivou criar um obstáculo de cunho temporal ao candidato, caso a prática desta atividade só possa se iniciar após a conclusão da graduação, ou se esta poderá ser exercida concomitantemente com o curso de Direito, o que parece mais razoável em termos de exigência do legislador.

Quando o legislador se reporta à frase: [...] exigindo-se do bacharel em Direito, no mínimo, *três anos de atividade jurídica* [...], não remete a uma fiel interpretação se este bacharel em direito, candidato ao ingresso na carreira da magistratura, deverá computar nestes *três anos de atividade jurídica* apenas as atividades exercidas após a conclusão do bacharelado em Direito, ou se este candidato, além do lapso do bacharelado em Direito, deverá ter mais três anos, no mínimo, de prática jurídica.

Alguns poucos juristas têm-se inclinado para a interpretação de que o legislador quis, de fato, estabelecer o prazo mínimo de três

anos entre o término do curso de Direito e o ingresso na carreira da magistratura, intencionalmente, objetivando proporcionar aos futuros juízes e promotores um período mínimo que servirá como experiência e amadurecimento profissional.

Este novo ordenamento contrariaria o que vem ocorrendo na prática atualmente, que é um grande número de candidatos recém-saídos das universidades de Direito inscritos nos concursos da magistratura e do Ministério Público, sendo muitos, inclusive, aprovados.

Com efeito, não raro os advogados se deparam, em audiências, com juízes de pouquíssima idade, fato este que chega a causar um certo desconforto em alguns causídicos que acumulam longos anos de profissão, já que os enxergam com os olhos da desconfiança no que tange à consolidação de suas práticas jurídicas, embora esta questão não seja passível de ser contestada.

Na verdade, prática e conhecimento são coisas distintas, não devendo se confundir, o que não significa que um juiz que tenha ingressado na carreira da magistratura logo após a saída da universidade não desempenhe seu cargo com competência, esta última desvinculada da experiência.

O que se vislumbra, partindo-se desta interpretação, seria a possibilidade de desistência de alguns candidatos para ingressarem na carreira da magistratura, que no íterim de três anos poderão optar por outro concurso ou mesmo pela advocacia, ocasionando uma evasão de candidatos a esta carreira. Levando-se em conta que poucos candidatos são aprovados, devido à rigidez dos exames, menos ainda serão, com uma menor demanda de procura pelo cargo.

Entretanto, a maioria dos juristas têm-se debruçado para a outra linha de raciocínio, que não se opõe a que os três anos de atividade jurídica que dispõe o *inciso I* do *art. 93* não exclui o período de experiência jurídica exercida concomitantemente com a universidade, ou quiçá antes desta.

Outra questão que deverá ser abordada pela norma regulamentadora é a que traçará os parâmetros do que poderá ser abrangido como "atividade jurídica", pois que, além da advocacia, ou seja, do exercício profissional dos advogados militantes, os promotores, os procuradores do Estado, do Município ou da União, o delegado de polícia estadual ou federal, os analistas judiciários, en-

tre tantos outros, também exercem atividade jurídica, e qualquer um desses poderá se submeter a concurso para o ingresso na carreira da magistratura e, por certo, terá o direito de computar o tempo de serviço nestas atividades dentro da exigência dos três anos de atividade jurídica.²

7.2. Promoção por antiguidade e merecimento

O inciso II trata da promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento.

7.3. Obrigatoriedade de promoção

A *alínea "a"* preceitua que o juiz que figurar por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento será obrigatoriamente promovido.

Não obstante, a promoção por merecimento só será concedida ao juiz se atendida a exigência de dois anos de exercício na respectiva entrância, e se este integrar a primeira quinta parte da lista de antiguidade, salvo se não houver juiz com tais requisitos que aceite o lugar vago.

7.4. Desempenho, Produtividade e Presteza

A *alínea "c"* reza que a aferição do merecimento será compatibilizada com o *desempenho* e com os critérios objetivos de *produtividade* e *presteza* no exercício da jurisdição, e pela frequência e aproveitamento, nos cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento. Incluem-se nestes cursos oficiais os cursos de especialização, mestrado e doutorado.

Em razão desta regra, a fim de concorrer à promoção por merecimento, deverá o juiz cercar-se com as respectivas provas de produtividade exigidas.

²Registre-se a existência de decisões provenientes do Superior Tribunal de Justiça, que consideraram a prática forense, antes exigida para o ingresso na carreira de magistratura, não apenas o exercício da advocacia e de cargos do Ministério Público, Magistratura ou outro privativo de bacharel em direito, mas também as assessorias jurídicas, as atividades desenvolvidas perante os Tribunais, os juízos de primeira instância, como as dos funcionários e até as atividades de estágio nas faculdades de direito, doadoras de experiência jurídica. Da mesma forma, no conceito de exercício de atividade jurídica tinha entendido estar compreendido o trabalho de quem fazia pesquisas jurídicas em bibliotecas, revistas, computador etc. (TAVARES, André Ramos, LENZA, Pedro, ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. Editora Método, 2005, p. 157)

A redação anterior à Reforma falava em "presteza" e "segurança", substituídas agora pela "produtividade" e "presteza".

O termo *segurança* foi substituído por *produtividade*, o que pressupõe um rompimento definitivo com a famigerada fama do servidor público, que é a de trabalhar pouco e de forma lenta.

Por muito tempo, o *funcionário público* tem sido sinônimo de uma prestação de serviço com pouca produtividade e presteza, não obstante a notoriedade da carência em sua estrutura funcional e material, diferenciando-se do empregado particular, para quem a manutenção do emprego está diretamente condicionada à produção.

Com efeito, a inclusão do termo *produtividade* para os membros da magistratura denota uma nova fase de *prestação jurisdicional*, capaz de atender a demandas cada vez maiores e aos anseios da coletividade, cada vez mais exigente.

Com a inclusão do critério de *desempenho* atrelado à *produtividade* e *presteza*, faz-se mister que o magistrado comprove, a partir da entrada em vigor da EC nº 45/04, e a fim de fazer jus à promoção por merecimento, a prática de atos jurisdicionais que lhe são inerentes, tais como os despachos, as decisões interlocutórias e as sentenças, além da realização de audiências, quantitativa e qualitativamente falando.

Não por acaso, o legislador constituinte derivado trouxe à E.C. nº 45/04 outros instrumentos de suma importância para o sucesso da Emenda como um todo.

Embora tenha trazido a imposição da *produtividade* e da *presteza*, reconheceu que estas não serão possíveis com o grande acúmulo de processos que têm enchido as mesas dos magistrados, multiplicando-se rapidamente. Em contrapartida, trouxe a regra embutida no *inciso XIII*, de que "o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população".

Além disso, registre-se que o legislador copiou os modelos que se aplicam nas grandes empresas privadas, que têm investido cada vez mais em seus empregados, como uma garantia de obter um maior retorno na produção e nos lucros. Criou, portanto, a obrigação da qualificação profissional, por meio de cursos de preparação e aperfeiçoamento, indispensáveis, também, à promoção.

7.5. Voto fundamentado e ampla defesa

A *alínea "d"* preceitua que o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo *voto fundamentado* de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio e assegurada a *ampla defesa*, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação.

A mudança ficou por conta da exigência de que o *voto* seja *fundamentado*, se compactuando com o princípio constitucional que impõe as "decisões fundamentadas", e com a exigência de que ao magistrado seja *assegurada a ampla defesa*, também se adequando a preceito já estabelecido na Lei Maior, em seu art. 5º, *inciso LV*.

Observação oportuna é que acaso se dê esta recusa à promoção do juiz mais antigo, a votação deverá ser repetida pelo respectivo Tribunal até que seja efetivada a indicação subsequente.

7.6. A não promoção do juiz que retiver os autos sem justificativa além do prazo legal

A *alínea "e"*, acrescentada pela EC nº 45/04, traz a regra de que não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver os autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão.

A retenção dos autos além do prazo legal pelo juiz implicará em critério que inviabilizará a sua promoção, além de infringir preceito constitucional introduzido pela mesma EC nº 45/04 no rol dos direitos e garantias fundamentais, disposto no novo *inciso LXXVIII*.

Por conseguinte, a infração do referido preceito constitucional pelo juiz consistirá em falta gravíssima e ensejará a manifestação do Tribunal a fim de aplicar-lhe as penas cabíveis.

Os demais incisos do *art. 93* trouxeram algumas mudanças substanciais à carreira da magistratura, sendo a análise de algumas destas normas relevante para este trabalho.

7.7. Acesso aos Tribunais de 2º grau

A redação do *inciso III* do art. 93 é a seguinte: "o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância".

O *inciso III* foi alterado pela EC nº 45/04, tendo sido retirado da redação anterior o Tribunal de Alçada. Em seu lugar, a nova norma utiliza a opção "ou única entrância".

Deve-se registrar que esta extinção é a nível nacional, pois que anteriormente à Emenda nº 45/04 alguns estados da Federação já haviam decretado a extinção destes Tribunais, como é o caso do Estado do Rio de Janeiro, que o fez em 1998, entre outros.

Em decorrência da extinção dos Tribunais de Alçada ocorre, conseqüentemente, a absorção de seus juizes pelos Tribunais de Justiça de cada Estado, fato este que desencadeou, em alguns deles, uma majoração expressiva no número de magistrados.

A exemplo do exposto, informe-se que o Estado de São Paulo passou a acumular 385 desembargadores, contra os 132 existentes antes da extinção de seu Tribunal de Alçada.

Importa ressaltar que o *tribunal de segundo grau* a que faz alusão o texto da Emenda compreende os tanto os Tribunais de Justiça quanto os Tribunais Federais.

7.8. Cursos oficiais

Outra novidade trazida pela EC nº 45/04, introduzida no *inciso IV* da Carta Fundamental, diz respeito à obrigatoriedade da participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados, como etapa obrigatória do processo de vitaliciamento.

Em face desta norma, o vitaliciamento só se dará se cumprido o requisito ali estipulado, ou seja, a Constituição Federal, através da citada Emenda, impõe que se criem todos os meios necessários para que o juiz não vitalício se valha deste requisito, sob pena de descumprimento de norma constitucional.

7.9. Exceção para a exigência de o juiz titular residir na comarca

O *inciso VII* trouxe a possibilidade de exceção à exigência registrada no mesmo inciso do texto anterior à Reforma do Judiciário, a qual previa a obrigatoriedade de o juiz titular residir na respectiva comarca.

Essa exceção será possível se houver a autorização do Tribunal, de acordo com a redação do inciso: "o juiz titular residirá na respectiva comarca, *salvo autorização do tribunal*". (grifo nosso).

Fica claro que caberá à lei de organização judiciária traçar os parâmetros para a emissão desta autorização, estipulando se ela se aplicará genericamente ou em quais circunstâncias.

7.10. Remoção, disponibilidade e aposentadoria

O inciso VIII, que trata da remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado por interesse público sofreu alteração com a Reforma do Judiciário, que substituiu a exigência do voto de dois terços pela *maioria absoluta* do respectivo tribunal, ou do *Conselho Nacional de Justiça*, também acrescentado com o texto da Emenda, mantendo-se o direito à ampla defesa, já assegurado no Texto Constitucional.

Esta norma teve o claro escopo de viabilizar os atos de remoção, disponibilidade e aposentadoria pretendida pelo Tribunal ou pelo Conselho Nacional de Justiça, uma vez que, por meio do *quorum* antes estipulado, nem sempre se formalizavam tais atos, por depender de número dos votantes.

A Emenda nº 45/04 conferiu ao recém-criado Conselho Nacional de Justiça a competência para impor ao magistrado a *remoção compulsória*, a *disponibilidade* e a *aposentadoria compulsória*, com subsídios e proventos proporcionais ao tempo de serviço, o que se dará pelo voto da maioria absoluta de seus integrantes.

Deve-se registrar que, antes da referida Emenda, esta competência punitiva era cabível apenas ao tribunal de origem do magistrado.

Da mesma forma, alterou-se o número do *quorum* para este fim, passando de 2/3 para a maioria absoluta dos membros integrantes do órgão do qual provém a medida punitiva.

7.10.1. Disponibilidade

Importante enunciar que a disponibilidade tanto pode ser aplicada em caso de punição como em hipótese diversa de interesse público.

No caso de a aplicação da disponibilidade com o efeito punitivo, os subsídios do magistrado serão proporcionais ao tempo de serviço. Se esta for aplicada com base em motivo diverso que não a punição, os subsídios não sofrem nenhuma alteração, mas se mantêm integrais.

Inalterável tanto na disponibilidade punitiva quanto na de motivo diverso é a vedação que se aplica concomitantemente a esta, constante no *art. 96, inciso I*, da Constituição da República, segundo a qual o magistrado em disponibilidade não poderá exercer qualquer outro cargo ou função, salvo uma de magistério.

7.10.2. Aposentadoria Compulsória por interesse público

A determinação da aposentadoria compulsória, da mesma forma que a disponibilidade punitiva, também se dará com os vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, em consonância com o disposto nos *arts. 28 e 42, inciso V*, ambos da Lei Complementar nº 35/1979.

7.11. Publicidade dos julgamentos

O *inciso IX* preceitua que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação."

O dispositivo deste inciso trouxe uma questão a ser analisada, que é o claro confronto entre dois direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, que são: "o direito à intimidade" e o "direito à informação pela coletividade".

O primeiro se encontra previsto no *inciso X do art. 5º* da Carta Maior, que é justamente o art. que elenca os direitos e garantias fundamentais, a seguir descrito:

Art. 5º [...]

*"X - são invioláveis a **intimidade**, a vida privada, a honra e a*

imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo material ou moral decorrente de sua violação". (grifo nosso).

A garantia constitucional do direito à intimidade veio oportunamente coibir os abusos e excessos cometidos no mundo contemporâneo contra a intimidade das pessoas, que é cada vez mais invadida, seja real ou virtualmente.

A Emenda nº 45/04 estendeu esta garantia de inviolabilidade da intimidade às partes envolvidas em uma lide, quando a alguma delas, ou a todas, interessar manter o sigilo das informações, o qual deverá ser protegido pelos juízes e tribunais, desde que este sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Em face desta nova ordem constitucional, o direito à informação se sobrepôs ao direito à intimidade das partes. Entretanto, é mister elucidar que a divulgação desta informação supõe a existência de um interesse público, indispensável para a vida em sociedade, nos moldes do regime político adotado com a Constituição de 1988, de modo que a própria intimidade poderá ceder a este bem jurídico de maior relevância.

Desta forma, não há que se falar que o direito à intimidade de outrem poderá ser arbitrariamente violado sem que haja um interesse maior que o justifique, qual seja, o interesse público, devidamente justificado. A simples informação, por si só, não justifica a sua livre divulgação pelos juízes e tribunais. É necessário, pois, que esta informação seja verdadeira e útil à coletividade.

7.12. Decisões motivadas e em Sessão Pública

O inciso X do art. 93 reza que "as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros".

A Emenda nº 45/04 introduziu a norma de que as decisões administrativas dos tribunais não serão apenas motivadas, mas também realizadas em sessão pública.

Registre-se que a precitada Emenda enfatizou o princípio da publicidade em mais de um dispositivo constitucional, vislumbrando-se uma clara tendência do legislador constituinte reformador

em imprimir os selos da informação e da publicidade nos atos processuais.

7.13. Vagas para o órgão especial dividida entre antiguidade e eleição pelo Tribunal Pleno

O *inciso XI* não trouxe mudanças substanciais em relação ao texto anterior, mantendo a redação de que a constituição de órgão especial prevista para os Tribunais que contarem número superior a vinte e cinco julgadores se dará com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, tendo acrescentado que a metade das vagas deverá ser provida por antiguidade e a outra metade por eleição do tribunal pleno.

7.14. Fim das Férias Coletivas

O *inciso XII* foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/04, conceituando que "a atividade jurisdicional será *ininterrupta*, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente".

O uso da expressão "ininterrupta" adicionada à atividade jurisdicional pressupõe a existência de uma atividade contínua, constante, 24 horas por dia, sete dias por semana.

Dita ainda o texto da Emenda que nos dias em que não houver expediente forense normal deverá haver um juiz de plantão permanente, de forma que seja mantida a atividade jurisdicional de forma ininterrupta.

Importa salientar que a ininterruptão da atividade jurisdicional não se atrela unicamente à presença do juiz, como também faz supor que os demais servidores do órgão judiciário, ainda que apenas os essenciais para que se formalizem as atividades, estejam presentes.

Portanto, à primeira vista, a interpretação do texto do *inciso XII* do *art. 93* remete a um entendimento de que a ininterruptão da atividade jurisdicional ensejará outras mudanças e ajustes para que se constate a sua efetividade.

Outra questão pertinente ao tema, e que merece ser trazida à análise é a que alude à contagem de prazo. Se a intenção do legislador constituinte reformador, ao se valer da expressão "atividade jurisdicional ininterrupta", foi, de fato, trazer a *permanência* desta atividade, para todos os efeitos, sem dúvida, há que se rever todas as leis infraconstitucionais que norteiam os prazos processuais, sobretudo o Código de Processo Civil.

Entretanto, outra pode ter sido a intenção do legislador derivado ao redigir o *inciso XII do art. 93*, de sorte que a expressão *atividade jurisdicional ininterrupta* não alcance uma dimensão tão ampla a ponto de determinar que o Judiciário, com todos os seus serviços de apoio, não pare em hipótese nenhuma.

Neste caso, o termo *ininterrupto* guardaria relação tão-somente com o período antes designado para as férias forenses, que não mais subsistem, mantendo-se o plantão permanente nos dias em que não houver expediente forense normal, entendendo-se como estes os feriados e finais de semana, interpretação esta que nos parece mais coerente e alinhada à realidade.

Ante a incerteza da real intenção do legislador constituinte derivado ao trazer a ininterrupção da *atividade jurisdicional*, imprime-se a questão de que pelo menos não restaram dúvidas quanto à extinção das férias coletivas, que compreendiam o período de 2 a 31 de janeiro e de 2 a 31 de julho.

Da mesma forma, toda a legislação infraconstitucional que estabelecia prazo processual levando em consideração o período de recesso, ou seja, as tais férias coletivas, encontra-se revogada, devendo ser substituída por legislação compatível com a nova ordem constitucional.

Vale ressaltar que no âmbito das Justiças Estaduais, em alguns Estados, o recesso judiciário existia não apenas perante os Tribunais de Justiça, como também para os juízes monocráticos, ou de 1º grau.

Já na Justiça Federal tal recesso, de janeiro de julho, era apenas aplicado aos Tribunais Regionais e aos Tribunais Superiores, incluindo o Superior Tribunal Federal - STF. Os juízes federais monocráticos, ao contrário, nunca adotaram tal recesso integralmente, mas tão somente no período de 20 de dezembro do ano findo, até

6 de janeiro do ano seguinte, período este considerado "feriado" pela Lei nº 5.010/66, e usada como referência para aquela classe.

7.15. Número de Juízes proporcional à população

O *art. 93, inciso XIII*, acrescentou que "o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população".

Intencionou o legislador, com isso, criar um maior contingente de magistrados nas comarcas mais populosas e com um maior número de processos em trâmite.

Da mesma forma, esta norma prevê a majoração do número de juízes em determinadas Comarcas que, devido a algum fator que tenha contribuído para o seu crescimento, tiveram como consequência um aumento no número de processos judiciais.

Insta registrar a existência de norma legal infraconstitucional que já trazia a previsão da majoração do número de membros do Tribunal se o total de processos distribuídos e julgados durante o ano anterior superasse o índice de trezentos feitos por juiz. Trata-se da Lei Complementar nº 35/79, art. 106, parágrafo 1º.

Ocorre que, na prática, não se vislumbra a ocorrência de tais mudanças após a edição desta lei, ainda que se tenha constatado o aumento expressivo da quantidade de processos em inúmeros Tribunais do país.

Resta saber se a edição da Emenda Constitucional nº 45/04, que aborda a questão da proporcionalidade do número de juízes à demanda judicial e à população, trará sorte diferente à questão, e, ainda, se serão incrementadas as ações que viabilizem este processo, com a *inadiável* reforma do aparelho jurisdicional, já que esta pressupõe mudanças estruturais na maioria dos seus segmentos.

Ainda dentro do enfoque das mudanças estruturais, importa salientar a imprescindibilidade de um maior número de juízes para atender às demandas que surgem.

Note-se, ainda, o fato de que o sucesso deste dispositivo está atrelado a um constante levantamento estatístico, já que as questões ensejadoras da aplicação do aludido dispositivo constitucional não são estáticas, mas ao contrário, podem se alterar de tempo em tempo, com o aumento da população e das demandas judiciais.

7.16. Distribuição imediata dos processos

O último inciso do *art. 93, o inciso XV*, estabelece que "a distribuição de processos será imediata em todos os graus de jurisdição".

É clara a intenção do legislador constituinte reformador ao costurar os artigos da Emenda Constitucional nº 45/04, pois evidenciou a intenção de promover o amplo acesso à jurisdição, relacionando, inclusive, uns artigos aos outros.

O texto abordado no inciso XV se traduz no escopo de evitar o represamento de processos e recursos no Setor de Distribuição dos Fóruns e Tribunais, o que antes ocorria de praxe. Relaciona-se a ele o *inciso LXXVIII, do art. 5º*, que traz a previsão da celeridade processual, também com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nestes termos, o represamento de processos e de recursos nos setores de distribuição se caracterizaria como uma contradição ao novo ideário da Justiça traçado pela Reforma do Judiciário, que é a sua rápida e eficaz prestação.

7.17. Vedações acrescentadas pela EC nº 45/04 aplicadas aos juízes

O *parágrafo único do artigo 95* da Constituição Federal trata das vedações que se aplicam aos juízes. Ressalta-se que tais vedações trazem a conseqüente ampliação da garantia de imparcialidade dos órgãos jurisdicionais.

Por força da Emenda Constitucional nº 45/04 foram acrescentados mais dois incisos a este artigo, quais sejam, os *incisos IV e V*. O *inciso IV* é como uma extensão do inciso II, pois que este estabelece a vedação de "receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo", ao passo que aquele assim reza: "receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei".

Em razão da repetição da parte inicial dos aludidos incisos, melhor seria se o legislador apenas alterasse a redação do *inciso II*, acrescentado ao final de seu texto a vedação descrita do *inciso IV*.

O mesmo ocorre com relação aos *incisos I e V*. O *inciso I* dispõe sobre a vedação aos juízes de: "exercer, ainda que em dispo-

nibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério"; ao passo que o *inciso V* traz a vedação de exercer "a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração".

Poderia o legislador constituinte derivado alterar o *inciso I*, trazendo a seu texto a vedação descrita no *inciso V*.

Com o acréscimo dos *incisos IV e V* foi o legislador repetitivo em seu texto final, caracterizando-se uma impropriedade legislativa.

No tocante ao teor dos novos incisos, percebe-se que o *inciso IV* estendeu a vedação de receber "custas ou participação em processos a eventuais auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas", ressalvadas as exceções previstas em lei.

Ainda que as expressões "auxílio" e "contribuição" mereçam uma melhor delimitação a ser traçada por legislação infraconstitucional, numa primeira interpretação tem-se a impressão de que o legislador reformador restringiu-se a ratificar o *princípio da moralidade administrativa*, já previsto no art. 37 do Texto Fundamental, pois que a recepção de *auxílios* ou *contribuições* por parte dos juízes, advindos de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, poderia levar ao questionamento da lisura de suas condutas.

Já o *inciso V* trouxe uma novidade ao Texto Constitucional, ao impor um lapso temporal de três anos para que o juiz, aposentado ou exonerado, venha a exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou. É a denominada *quarentena*.

Esta medida tem a clara intenção de inviabilizar que o magistrado venha a atuar como procurador de uma das partes em processos nos quais tenha atuado enquanto no exercício da magistratura, e que em razão disto tenha pleno conhecimento das razões e das contra-razões ali alegadas, bem como de todo andamento do feito, o que poderia lhe trazer benefícios e a conseqüente violação do *princípio da impessoalidade*.

Entretanto, o prazo de *três anos* não o exime de vir a atuar em processos que tenha conduzido como Juiz, visto que não raro este prazo não é suficiente para esgotar o trâmite judicial de uma lide, sobretudo se as partes recorrerem aos Tribunais Superiores.

Importa trazer a ressalva de que este dispositivo constitucional se aplica, igualmente, a todos os magistrados, tanto aos que vão

se aposentar após a Emenda como àqueles que já se encontravam aposentados após a sua edição, posto que, conforme tem sido o entendimento reiterado do STF, não há direito adquirido a regime jurídico.

Entretanto, é certo que muitos magistrados já aposentados tentarão se valer da alegação de fazer jus ao direito adquirido contra a Emenda, sobretudo por se tratar de norma oriunda de Poder Constituinte Derivado. Suscita-se que esta questão trará controvérsias jurídicas na prática.

Da mesma forma, pode-se prever que esta vedação venha a ter efeito apenas formal, por ser comum que pessoas impedidas de advogar o façam, com muita frequência, por meio da assinatura de outro advogado.

Esta vedação para que o magistrado só exerça a advocacia após o período de três anos de quarentena não se aplica se este advogar imediatamente fora do juízo ou tribunal do qual se afastou, posto que tal vedação objetiva evitar a interferência do ex-magistrado nas decisões de seus ex-colegas de magistratura e nos serviços dos servidores com quem tenha trabalhado. Esta convicção se firma na tese de que norma que restringe direitos há de ser aplicada de modo restritivo.

8. DESTINAÇÃO EXCLUSIVA DAS CUSTAS E EMOLUMENTOS

O *art. 98* da Constituição da República teve a inclusão do *parágrafo 2º* por meio da Emenda Constitucional nº 45/04, trazendo uma das mais oportunas mudanças ao Poder Judiciário. Segue-se o seu texto:

Art. 98 [...]

Parágrafo 2º - As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.

Este artigo se traduz na autonomia financeira do Poder Judiciário, o qual passará a arrecadar, administrar e fiscalizar os seus recursos. Esta medida poderá contribuir sobremaneira para a reestruturação do Poder Judiciário, uma vez que a destinação das verbas não dependerá do crivo de outro Poder diverso deste.

9. CRIAÇÃO DE ÓRGÃO ESPECIAL

O inciso XI do artigo 93 traz a previsão da criação de Órgão Especial nos Tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores:

Art. 93

[...]

XI - nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.

Assim como em outros dispositivos trazidos pela Emenda Constitucional nº 45/04, também neste dispositivo fica clara a intenção do Legislador Reformador de democratizar o Poder Judiciário, em razão da novidade da eleição da metade dos membros do órgão especial pelo tribunal pleno, na qual todos os desembargadores não incluídos no requisito antiguidade poderão ser candidatos. Também as atribuições administrativas e jurisdicionais deste Tribunal serão delegadas da competência do Tribunal Pleno.

Antes mesmo da vigência desta Emenda, pode-se observar que a composição do órgão especial era de demasiada importância nos tribunais, sendo sede de deliberação das mais importantes decisões daquela Casa, tais como as promoções e as punições dos magistrados.

Entretanto, com o inevitável aumento no número dos membros dos tribunais, já que alguns passaram a ser compostos por até cinqüenta ou mais desembargadores, aqueles que não compunham o órgão pleno pouco participavam das decisões relevantes do órgão que integravam.

Portanto, em razão da imprecisão da norma quanto à distribuição de competência, na prática, após a vigência da Emenda em tese, pouco têm operado os novos órgãos especiais, já que a sua operação depende de deliberação dos tribunais plenos.

Para a plena eficácia da criação dos órgãos especiais, necessário se faz que os órgãos plenos estipulem as suas competências originárias e aquelas que pretendem delegar aos órgãos especiais por meio de seus regimentos internos. Ou seja, a operação do órgão especial depende de resolução do órgão máximo dos tribunais, qual seja, o órgão pleno, sem a qual aquele ficará inoperante.

Dáí resulta a intenção de democratização do legislador derivado, posto que incumbe ao órgão máximo dos Tribunais a delegação de competência ao novo órgão especial, para que este exerça a competência originária daquele.

10. CRIAÇÃO DE OUVIDORIAS

O *artigo 103*, em seu novo *parágrafo 7º*, dispõe sobre a criação de ouvidorias pela União, inclusive no Distrito Federal e em seus Territórios, destinadas a receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra os membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra os seus servidores auxiliares, e representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

Da mesma forma, o *artigo 130-A*, em seu *parágrafo 5º*, estabelece que leis da União e dos Estados criarão, respectivamente, *ouvidorias* do Ministério Público Estadual e Federal, criadas com o mesmo objetivo de receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra seus membros, órgãos e auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.

Mais uma vez o legislador mostrou sua veemente intenção de consagrar a transparência no Poder Judiciário, pondo à disposição da sociedade, além da já existente Corregedoria (para os juízes de 1º grau), estes novos órgãos de acesso irrestrito a todos os interessados que necessitarem de se manifestar, por meio de reclamações ou denúncias, contra o Poder Judiciário e o Ministério Público.

Importa aduzir que as ouvidorias a serem instituídas para o Ministério Público são inéditas no que concerne a um controle das condutas de seus membros, que, embora de insofismável relevância para o Poder Judiciário, não devem ter autonomia absoluta quanto a seus atos, em razão do próprio sistema constitucional de freios e contrapesos vigente no país.

11. CRIAÇÃO DA JUSTIÇA ITINERANTE

O *art. 107* da Constituição Federal, que dispõe sobre a composição dos Tribunais Regionais Federais, sofreu alteração com a adição dos *parágrafos 2º e 3º* por meio da Emenda Constitucional nº 45/04.

O parágrafo 2º traz a novidade da *Justiça Itinerante*, conceituando que "os Tribunais Regionais Federais instalarão a *Justiça Itinerante* com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários".

A previsão deste dispositivo traz a lume o cumprimento do *princípio de acesso à ordem jurídica justa*, por meio da criação da *Justiça Itinerante*, bem como da sua descentralização da justiça, conforme se depreende do dispositivo que cria a autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria Pública Estadual, e que será oportunamente analisado.

Cumpre registrar que a aludida Emenda criou a *Justiça Itinerante* não apenas no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, constante no *art. 107, parágrafo 2º*, mas também nos Tribunais de Justiça dos Estados (*art. 125, parágrafo 7º*), e nos Tribunais Regionais do Trabalho (*art. 115, parágrafo 1º*), todos da Constituição Federal.

Portanto, é de se ressaltar que a previsão da criação da *Justiça Itinerante* abarcou a dualidade das estruturas judiciárias, compreendendo os âmbitos da Justiça Estadual e Justiça Federal. Neste contexto, foram contempladas com esta criação tanto a Justiça Estadual, ordinária, compreendida pelos Tribunais de Justiça dos Estados, quanto a Justiça Federal, especial, que foi agraciada por meio dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Regionais do Trabalho.

A criação da *Justiça Itinerante* é mais uma versão da nova feição do Judiciário, traçado pela Emenda Constitucional nº 45/04, que tem como meta principal viabilizar o direito de todo cidadão ao acesso à Justiça, direito esse já respaldado na Lei Fundamental, em seu *art. 5º, inciso XXXV*, que traça o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Art. 5º [...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Nestes temos, com fulcro neste novo ordenamento legal constitucional, as pequenas comarcas do interior farão jus ao atendimento de uma Justiça Itinerante nos âmbitos da Justiça ordinária, nos processos de primeiro grau; dos Tribunais, na fase recursal dos processos, e da Justiça do Trabalho, nas lides desta natureza.

O parágrafo 2º do art. 107, portanto, é um dos novos aliados ao inciso XXXI do art. 5º, pois prevê uma ampliação do acesso à Justiça de forma inovadora, fazendo-a chegar àqueles menos favorecidos que residem nas comarcas do interior dos Estados que, devido a problemas financeiros e à dificuldade de se locomoverem de suas cidades, muito raramente fariam uso do direito constitucionalmente assegurado do acesso ao Poder Judiciário, tanto de primeiro quanto de segundo grau.

A Emenda em tese viabiliza, pois, levar o Judiciário ao cidadão que não dispõe de recursos para buscá-lo, ainda que dele precise.

12. CRIAÇÃO DAS CÂMARAS REGIONAIS

Os mesmos artigos mencionados no item anterior, que alude à criação da *Justiça Itinerante*, arts 107, 115 e 125, abarcam em seus textos a criação de *Câmaras Regionais*.

Inovou também o legislador constituinte derivado ao dispor na EC nº 45/04 sobre a criação das *Câmaras Regionais*, valendo-se do mesmo ideário aplicado na previsão da criação da Justiça Itinerante, qual seja, a aproximação do cidadão à Justiça, tanto de 1º quanto de 2º grau.

O art. 107, que trata dos *Tribunais Regionais Federais*, traz a matéria em seu parágrafo 3º, que assim dispõe: "os Tribunais Regionais Federais poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à Justiça em todas as fases do processo".

A criação destas Câmaras a que se refere o art. 107, parágrafo 3º, em especial, pressupõe uma descentralização dos Tribunais e a

aproximação da prestação jurisdicional em todas as fases do processo. Esta iniciativa será de grande valia, sobretudo para os jurisdicionados das cidades do interior dos Estados, cujo acesso à Justiça de Segundo Grau se tornará formalmente viável.

Da mesma forma, esta iniciativa também encerra o acatamento ao princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, por viabilizar o exercício ao direito pleno de recurso.

O *art. 115*, por seu turno, elenca a composição dos Tribunais Regionais do Trabalho, e sofreu o acréscimo do *parágrafo 2º*, que passou a prever a sua descentralização, por meio da criação de Câmaras regionais. Segue-se o texto do mencionado parágrafo.

Art. 115 [...]

*"Parágrafo 2º - Os Tribunais Regionais do Trabalho poderão funcionar **descentralizadamente**, constituindo **Câmaras regionais**, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo". (grifos nossos)*

Por fim, o *art. 125*, que imprime a organização dos Tribunais e Juízes dos Estados, também foi alterado com a inclusão do *parágrafo 6º* na disposição da descentralização do Tribunal de Justiça, que poderá constituir Câmaras regionais:

Art. 125 [...]

*"Parágrafo 6º - O Tribunal de Justiça poderá funcionar **descentralizadamente**, constituindo **Câmaras regionais**, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo". (grifos nossos)*

13. CRIAÇÃO DAS VARAS AGRÁRIAS

Além da criação das supracitadas Justiça Itinerante e Câmaras regionais, a Emenda Constitucional nº 45/04 acrescentou à Carta Constitucional o *art. 126*, cujo texto se segue:

*Art. 126 - Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de **varas especializadas**, com competência exclusiva para **questões agrárias**. (grifos nossos)*

O antigo texto do *art. 126* já previa a designação, pelo Tribunal de Justiça, de juízes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias que se destinassem a dirimir conflitos fundiários. Não se sabe, ao certo, se esta previsão foi efetivamente concluída em todos os Tribunais que acolhiam lides concernentes a conflitos agrários.

A alteração deste artigo pela EC nº 45/04, entretanto, deu maior ênfase às questões agrárias que há muito se arrastam, em especial com a crescente atuação dos membros do Movimento dos Sem Terra - MST, conforme se noticia com freqüência nos jornais e TV. Pode-se registrar que a atuação deste Movimento parece ter ganhado maior proporção sobretudo com o início do Governo Luis Inácio Lula da Silva, filiado ao Partido Trabalhista, mesmo partido que acolhe os líderes deste Movimento.

Agora, com a nova Emenda, a competência para estas questões poderá ser designada pelos Tribunais de Justiça para as *varas especializadas em questões agrárias*.

Portanto, caberá aos Tribunais de Justiça dinamizar a instalação das respectivas varas especializadas, a fim de se formalizar a competência ora criada pela Emenda Constitucional nº 45/04, denominada de Reforma do Judiciário.

A iniciativa do Legislador Constituinte Derivado se traduz na tentativa de conciliação das crises sociais geradas pelos conflitos agrários, que têm acontecido em número cada vez maior. A partir destes conflitos agrários pode-se noticiar o surgimento de diversas lides, que são levadas à apreciação do Judiciário. Dentre essas lides, destacam-se as numerosas ações de reintegração de posse movidas pelos proprietários que tiveram suas propriedades invadidas e que se acumulam nos Tribunais de todo o país.

Apenas para ilustrar esta assertiva, pode-se mencionar que os conflitos agrários trazem em si a presunção de crises pré-existentes e fazem menção a institutos que foram contemplados na Carta de 1988, como ideologia de um Estado Democrático de Direito, tais como: trabalho, moradia, reforma agrária, função social da propriedade, preservação do meio ambiente, dignidade da pessoa humana etc.

É de se observar que as questões agrárias envolvem problemas tanto da esfera econômica como da social, os quais requerem

uma ação conjunta dos três Poderes do Estado. Neste sentido, constata-se até mesmo a importância de ressaltar que a Emenda Constitucional nº 45/04 não se traduz em uma fórmula mágica que, subitamente, solucionará problemas que se arrastam há décadas em nosso país, e que se solidificaram com o passar do tempo e com a falta de medidas consistentes que se lhes aplicassem.

Em virtude da proporção que atinge a crise nas questões agrárias, bem como nos segmentos que esta atinge, direta ou indiretamente, mister se faz uma análise mais minuciosa sobre este tópico.

13.1. As questões agrárias e a EC nº 45/04

Não é de hoje que as questões agrárias chamam a atenção dos membros dos Poderes do Estado. Por isso, esse tema tem sido alvo de inúmeras discussões não só no meio público como entre aqueles que, direta ou indiretamente, têm sido prejudicados com a incerteza que tem norteadado esta questão.

Os protagonistas deste conflito vão desde o Governo aos proprietários de terras, líderes de movimentos sindicais, ambientalistas etc., todos estes envolvidos nesta questão e na busca de uma intermediação destes conflitos, que atualmente atinge uma escala nacional.

Imbuído do compromisso de selar uma sociedade mais justa, o Legislador Constituinte Originário já demonstrava o interesse em dirimir tais conflitos de ordem agrária, trazendo o tema à Constituição Federal de 1988, em seu *artigo 126*: "para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará juízes de *entrância especial*, com *competência exclusiva para questões agrária*". (grifos nossos)

A efetivação deste artigo esbarrava em problemas de ordem prática, dada a já conhecida insuficiência de juízes em nossos Tribunais, e o acúmulo de processos com que estes têm de arcar, sobretudo quando se trata de *entrância especial*, uma vez que o texto do artigo determinava a designação de juízes com o fito de solucionar as questões agrárias, que em geral ocorrem em comarcas menores, distante da Capital.

Outro problema de ordem prática seria a tal designação dos juízes de *entrância especial* para estas comarcas mais distantes, que

protagonizam as crises agrárias, haja vista que, no curso da carreira da Magistratura, os juízes são designados para as pequenas comarcas antes de alcançarem a Comarca da Capital, e o deslocamento destes juízes de volta a Comarcas do interior se traduziria num retrocesso na carreira do magistrado.

Contudo, evoluiu o Constituinte Reformador, que no texto da Emenda Constitucional nº 45/04, trouxe a previsão da criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias.

Ainda que esta tenha sido uma iniciativa louvável do legislador, questiona-se se a criação destas varas, por si só, bastará como medida para a solução de questão de cunho eminentemente social, e que parece requerer várias ações conjuntas.

Com efeito, entende-se que a solução para as questões agrárias que há muito protagonizam os cenários brasileiros só serão sanadas com a adoção de um rol de medidas que conjuntamente visem a sanar tais pendências. Entre estas medidas, destaca-se, preliminarmente, a observância à função social da propriedade.

13.2. A Competência das Varas Agrárias

O art. 126 da Constituição da República, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/04, se reporta à criação de varas agrárias, que deverá ser proposta pelos Tribunais de Justiça. Com isso, costura a competência para a criação destas varas à Justiça Estadual.

Com efeito, foi claro o legislador reformador em limitar a criação desta justiça especializada à competência estadual, excluindo, desde já, a competência da União para este fim. Desta forma, aqueles conflitos que envolvam questões agrárias no âmbito da União não serão agraciados com essa justiça especializada.

Importa acrescentar que não se incluem neste rol de competência das varas agrárias os conflitos em que a União, bem como um de seus órgãos, figure como parte, tais como aqueles atinentes à reforma agrária, cuja competência é exclusivamente da Justiça Federal, ou as ações que versam sobre desapropriação, cuja competência é constitucionalmente assegurada à União (art. 22, incisos I e II e 184, parágrafo 2º).

Esta competência já foi ratificada por diversas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça, tais como as que se seguem:

"Ementa: Conflito de competência. Ação possessória. Interesse de autarquia federal. Compete ao juízo federal decidir sobre o interesse manifestado por autarquia federal, no sentido de figurar como assistente de uma das partes em litígio. Acórdão: Por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o juízo federal em Tocantins-TO". (CC 2311/GO, rel. Min. Dias Trindade, j. 26.08.1992, DJU 21/09/1992, p. 15.648, RSTJ 80/445).

"Ementa: Competência. Execução Fiscal. Inkra. Sendo o Inkra parte da relação processual, a competência é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF, tratando-se de competência absoluta, em razão da pessoa, correta a decisão do ilustre suscitado que declinou de ofício de sua competência. Acórdão: Por unanimidade, pela competência do juiz federal da 15ª Vara-SP, suscitante". (CC 1216/SP, rel. Min. Garcia Vieira).

Cumprе registrar que as causas de competência da Justiça Estadual poderão ser designadas para as varas agrárias estaduais. Já nas causas em que a União, ou um de seus órgãos, figurar como parte interessada não serão passíveis de serem remetidas para as futuras varas agrárias, sob pena de gerar um conflito de competência.

14. DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS

Ainda dentro do ideário que norteia a Reforma do Judiciário, qual seja, a ampliação do acesso à Justiça, merece destaque a mudança com que foi contemplada a *assistência jurídica gratuita*.

É sabido que a questão das custas processuais tem sido um dos maiores entraves que impedem o acesso à Justiça, em especial daqueles que não podem arcar com as despesas que requerem o trâmite de um processo judicial, nem com os honorários de um advogado.

Daí a relevância da Defensoria Pública, órgão a quem incumbe constitucionalmente a assistência judicial e extrajudicial aos hipossuficientes, e sem a qual grande parcela da sociedade não teria chances de alcançar a prestação jurisdicional, muitas das vezes indispensável para a solução de uma lide.

Dada a sua importância dentro dos moldes de um Estado Democrático, e levando-se em consideração o número cada vez maior de pessoas carentes e o quadro de desigualdade social que se estampa no país, é de fundamental importância o fortalecimento da Defensoria Pública, devendo esta merecer a mesma atenção dispensada à Magistratura, Ao Ministério Público e às Procuradorias de Estado.

A Emenda Constitucional nº 45/04 finalmente trouxe à Defensoria Pública a autonomia funcional, administrativa e financeira, bem como a iniciativa de sua proposta orçamentária, observados os limites da Lei de Diretrizes Orçamentárias e a subordinação ao dispositivo constitucional constante no *art. 99, parágrafo 2º*, devendo os recursos e as dotações orçamentárias, aqui compreendidos também os créditos suplementares, ser entregues assim como exigido do Judiciário e do Ministério Público, até o dia 20 de cada mês, em duodécimos na forma de Lei Complementar, conforme a nova disposição constante no *art. 168*, também da Constituição Federal.

Ressalta-se quão oportuna é a mudança trazida a esta instituição, pois sendo a Defensoria Pública um órgão independente do Estado, conforme o novo Texto Constitucional, não se justifica que não contemple, também, as autonomias funcional, administrativa e financeira.

A conquista desta independência e a desvinculação do Poder Executivo conduzem à prestação de um serviço imparcial e, em consequência, a uma melhor assistência aos necessitados.

De fato, o repasse de verbas por parte do Poder Executivo, conforme previsão anterior à Reforma, acabava por acarretar uma subordinação injustificável e incompatível com os parâmetros de uma instituição a quem incumbe a prestação de um direito fundamental, assegurado na Lei Maior, em seu *art. 5º, inciso LXXIV*.

Esta autonomia já vinha sendo defendida por juristas e até mesmo pela legislação infra-constitucional, sendo que o seu novo *status*

constitucional engessa a garantia de uma melhor organização funcional ao instituto da Defensoria Pública, a quem caberá doravante gerir, diretamente, suas próprias finanças.

A vinculação do órgão da Defensoria Pública ao Poder Executivo a deixava, sem dúvida, na sombra deste, que lhe cerceava as iniciativas essenciais a uma gestão eficiente e democrática. Com isso, o silêncio do Legislador Constituinte Originário no que alude à autonomia da Defensoria Pública foi finalmente suprido pelo Legislador Reformador.

15. FIM DOS TRIBUNAIS DE ALÇADA

A Emenda Constitucional nº 45/05 formalizou o fim dos Tribunais de Alçada, onde estes ainda existirem, posto que já foram extintos na maioria dos Estados brasileiros, restando apenas 3 (três) no Estado de São Paulo, 1 (um) no Estado de Minas Gerais e outro no Estado do Paraná.

Em face dessa extinção, os antigos membros dos tribunais extintos passarão a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados, respeitadas a antiguidade e classe de origem, os quais promoverão, por ato administrativo próprio, a integração destes servidores em seus quadros, no prazo de 180 dias a partir da promulgação da referida Emenda - 08 de dezembro de 2004.

Caberá aos Tribunais de Justiça de cada Estado fixar a competência destes novos membros, bem como remeter ao Poder Legislativo, no mesmo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, proposta de alteração da organização e da divisão judiciária correspondentes, promovendo o aproveitamento dos servidores nos quadros do Poder Judiciário Estadual e assegurando os direitos dos inativos e pensionistas do órgão extinto.

16. O PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA

Além das competências de que já dispunha o Procurador Geral da República, ressalta-se que a Emenda Constitucional nº 45/04 aumentou o elenco dessas competências.

O novo parágrafo 5º acrescentado ao art. 109 traz a seguinte redação:

Art. 109 [...]

*Parágrafo 5º - Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o **Procurador Geral da República**, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. (grifo nosso)*

Com efeito, o Procurador Geral da República será a pessoa a quem compete suscitar o deslocamento de competência para a Justiça Federal, no caso de grave violação de direitos humanos.

Outra competência atribuída ao Procurador-Geral da República pela mencionada Emenda foi a constante no também novo inciso III do art. 36, que dispõe sobre a decretação da intervenção federal.

Art. 36 A decretação da intervenção federal dependerá:

[...]

III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

Caberá também ao Procurador-Geral da República a representação para fins de decretação de intervenção federal, nos casos previstos no inciso III.

Soma-se ainda a nova competência preceituada no art. 130-A, inciso I. O artigo 130 traz a disposição sobre a criação do Conselho Nacional do Ministério Público, elencando em seu inciso I que este Conselho será presidido pelo Procurador-Geral da República.

No mais, terá o condão de oficial junto ao Conselho Nacional de Justiça, juntamente com o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, de acordo com previsão constitucional contida no art. 103-B, parágrafo 6º.

Além das competências já elencadas, também lhe coube, por meio da nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/04, atuar junto ao Conselho Nacional de Justiça, com determinação dos preceitos que se seguem:

Art. 103-B - O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

[...]

*X - um membro do Ministério Público da União, **indicado pelo Procurador-Geral da República;***

*XI - um membro do Ministério Público estadual, **escolhido pelo Procurador-Geral da República** dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; (grifos nossos).*

17. CRIAÇÃO DAS SÚMULAS VINCULANTES

Não restam dúvidas de que a Reforma do Judiciário sinaliza um marco importante na história do país, trazendo lídimos sinais de segurança jurídica e esperança na criação de leis mais justas e adequadas à realidade de toda a sociedade, em especial dos menos favorecidos, que desde muito são esquecidos pela história.

Ainda que longe de ser o ideal de justiça de que tanto se almeja, pode-se afirmar que a Reforma do Judiciário já se traduz em uma renovação no campo do direito e na busca de uma justiça mais eficaz.

Neste diapasão, a criação das Súmulas Vinculantes demonstra claramente a busca de um Poder Judiciário mais célere, em especial com o descongestionamento da Corte Maior, a qual se inclinará tão somente à apreciação de questões de maior importância para a organização social e política do país, contribuindo sobremaneira para a diminuição do excessivo número de recursos que chegam diariamente àquela Corte.

Tem-se notícia de que hoje o Supremo Tribunal Federal está processando e julgando mais de 100 mil processos por ano, ao passo que há quatro décadas atrás, este número era em torno de 5.000 feitos por ano. Mais estarrecedor é que o número de Ministros que atuam naquela Corte se manteve inalterável, podendo-se dimensionar quão sobrecarregados se encontram aqueles nobres julgadores.

Não é diferente o quadro do Superior Tribunal de Justiça, que recebe um número cada vez mais crescente de Recursos Especiais para apreciação e julgamento.

De fato, descongestionar o Supremo Tribunal Federal não é uma garantia efetiva de maior celeridade processual, mas já é o começo de uma reforma que tanto se almeja na busca da plena justiça. Portanto, uma ação conjunta com a criação de um quadro institucional mais sólido e que transmita uma maior segurança jurídica é essencial para o sucesso da Reforma do Judiciário.

17.1. O benefício das Súmulas Vinculantes

A criação da Súmula Vinculante pressupõe que os magistrados das instâncias inferiores tenham suas decisões de acordo com o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, qual seja, 8 dos 11 ministros. Terão, ainda, o condão de agilizar processos que contenham matérias idênticas, pois que nestas hipóteses ficará o julgador adstrito a decisão semelhante proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Esta medida parece bastante salutar quando aplicável a julgamentos repetitivos, que por certo assolam a Suprema Corte, e cujas matérias já se encontram pacificadas nos Tribunais, sobretudo quando não há nenhum indício de argumento novo e relevante que possa ensejar um novo desfecho para a questão sob julgamento.

Desta feita, os magistrados de primeira instância ficam vinculados à decisão majoritária dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob pena de punição em caso de inobservância destas.

Uma corrente doutrinária tem-se empenhado em aplaudir e homenagear este novo dispositivo constitucional, desvinculando-o da taxação de uma eventual "rigidez jurídica", e apostando que os Tribunais se empenharão em manter a criatividade, por meio de decisões atuais e condizentes com as mudanças sociais.

Outro argumento que milita a favor da aplicação da Súmula Vinculante é o de que os Tribunais Superiores, doravante, poderão conhecer ou não os recursos, de acordo com a sua relevância social, política e econômica, procedendo adequadamente na função precípua que é a de salvaguardar a aplicação do Texto Constitucional e se dedicar, de fato, às questões jurídicas de grande relevância, dignas de apreciação pela mais Alta Corte do país.

Neste diapasão, questões de menor relevância, como tantas que hoje chegam àquela Casa, devem ser solucionadas nos seus

Tribunais ou Varas de origem, guardando coerência com os seus graus de complexidade e relevância social e econômica.

Importa ressaltar que os Ministros, no afã de impor a justiça, não devem se acomodar com a edição de decisões repetitivas, fechando os olhos para a apreciação de novos argumentos, e, sobretudo, ter sensibilidade de identificá-los, pois que neste novo quadro surgirão oportunistas que tentarão induzί-los a erro, com casos já corriqueiros.

17.2. A jurisprudência vinculante e o princípio da liberdade de convicção

Dentro dos moldes de uma Federação, pode-se afirmar que não há princípio absoluto no Direito brasileiro, devendo cada um ceder, quando o caso concreto assim exigir, aos demais existentes no ordenamento jurídico.

O *princípio da liberdade de convicção* do qual dispõem os magistrados, por seu turno, deverá se relativizar às Súmulas que compõem o ordenamento jurídico, juntamente com as leis e os costumes.

Com a vigência das Súmulas Vinculantes, consolidou-se a prática já existente na Justiça brasileira, que é a de uniformizar o entendimento do Texto Supremo. Todavia, não se deve abrir mão da habitual interpretação que requer cada novo tema que é levado à apreciação daquela Corte.

Se contrapondo às críticas que recaem sobre a repetição do direito quando da aplicação da Súmula Vinculante, traz-se à tona a possibilidade, ou mesmo a necessidade, do uso do *princípio da liberdade de convicção*, do qual os Ministros do Pretório Excelso não estão vedados de se valer na formulação de suas convicções.

17.3. As dúvidas quanto à eficácia das Súmulas Vinculantes

Entretanto, esta questão esbarra em um problema de ordem política, pois que, de acordo com a crítica de alguns juristas, nem sempre as decisões oriundas da Suprema Corte são dotadas de autonomia, podendo receber a influência direta do chefe do Poder Executivo, a quem cabe nomear os Ministros daquela Corte.

Ressalvados o respeito e a dignidade a que fazem jus os ilustres Ministros do Supremo, de fato, não se vislumbra a parcialidade nas opiniões ou nos julgamentos daqueles cujos cargos são adquiridos por nomeações, embora esta não seja a regra, mas eventualmente a exceção, tendendo a opinião dos julgadores a se assemelhar à opinião daquele que os nomeou.

Este fato, por si só, já acarretaria a frustração na busca de uma justiça mais justa e igualitária, caindo por terra o objetivo maior da Reforma do Judiciário.

Esperava-se que o Legislador Reformador fosse mais ousado e trouxesse uma mudança definitiva na forma de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, substituindo o livre arbítrio do Presidente da República pelo ingresso dos integrantes das carreiras jurídicas, em sinal de reverência ao livre convencimento e à plena independência do Poder Judiciário.

Ao invés de ousar, engessou ainda mais a escolha política dos membros do Supremo, perdendo o Legislador Reformador a grande oportunidade de democratizar e de tornar independente em definitivo o Poder Judiciário, em todas as suas instâncias. Manteve, pois, a composição da Instância Maior à mercê do gosto daquele que estiver ocupando o mais alto cargo do Poder Executivo.

Outra questão que tem sido suscitada é a que diz respeito à violação ou não da independência funcional do juiz, assim como a possibilidade de ocorrer a estagnação do direito, que estará fadado a se repetir, e ao eventual autoritarismo que decorrerá deste dever de os Tribunais inferiores copiarem as decisões da Corte Suprema.

Levando-se em consideração que a aplicação do Direito deve ser dinâmica, pois que cada caso levado à apreciação do Poder Judiciário tem elencos e cenários diferentes, e, ainda, que o Direito se destina a dirimir conflitos protagonizados na vida em sociedade, e que esta é dinâmica, não se repetindo jamais, poder-se-ia concordar com esta opinião.

Esbarra também a referida Súmula na possibilidade de se repetir para sempre uma decisão que teve origem na vontade daqueles que detinham o poder, mas cujo teor não se assemelhava aos anseios de toda a sociedade, nem alcançava a plena justiça,

radicalizando, com isso, a impossibilidade de se rever tal decisão de forma imparcial e mais justa.

Por isso, nasce desde já o anseio de toda a sociedade no sentido de que os membros da Suprema Corte se conscientizem de que as suas decisões engessarão questões de forma irreversível, e que por isso merecem a minuciosa apreciação, a busca incansável da imparcialidade a certeza da aplicação do mais puro direito, sob pena de relegar à sociedade o eterno dissabor de uma irreversível injustiça, além de conduzir o país a um retrocesso político.

O cidadão, a quem foi assegurado constitucionalmente o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, com os efeitos da Súmula Vinculante, se vê diante de uma tutela pré-estabelecida, cujo desfecho final não poderá ser diferente de outra decisão já transitada em julgado que se assemelha à dele.

É verdade que a Reforma traz também a possibilidade de revisão ou cancelamento da súmula por aqueles a quem compete propor a ação direta de inconstitucionalidade, mas, em contrapartida, a decisão desta revisão ou cancelamento será emitida pelo próprio Supremo, sendo quase nulas as chances de uma mudança posterior às suas decisões emitidas através das Súmulas.

Importa ressaltar que as decisões oriundas da Suprema Corte sempre tiveram relevância para os julgamentos das instâncias inferiores, valendo de fato como referência para os demais julgados. Mas, por outro lado, este fato não os vinculava à sua fiel aplicação, podendo os juízes adaptá-las, quando entendessem mais conveniente e justo. Havia a flexibilidade para adequá-las a cada caso concreto.

Não obstante, há quem entenda que a aplicação da Súmula Vinculante transformará a figura do juiz em mero aplicador de uma lei já estabelecida, não mais se valendo do livre convencimento por ele motivado.

Daí a ambigüidade das Súmulas Vinculantes, que trazem em si a expectativa de constituir uma Justiça mais ágil, mas que retiram do jurisdicionado a possibilidade de fazerem jus a uma decisão inovadora, em especial quando a Súmula que será aplicada por analogia não seja o ideal de justiça esperado.

17.4. Eficácia *erga omnes*

O novo texto do parágrafo 2º do art. 102 dispõe que as decisões definitivas de mérito nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Com essa redação, selam-se as dúvidas porventura ainda existentes sobre a incidência do efeito vinculante sobre as aludidas ações. Ademais, passa a dispor sobre a extensão da eficácia da decisão.

18. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Além do aumento de competências atribuídas ao Procurador-Geral da República, já mencionado neste trabalho, ressalta-se também a ampliação de competências do Supremo Tribunal Federal, trazida pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Com a Emenda Constitucional precitada, e a alteração do artigo 103, a ação declaratória de constitucionalidade passa a ter os mesmos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade, igualando-se ambas na qualidade de salvaguarda judicial da lei suprema. Decorre daí que o Legislador Derivado teve o escopo de fazer um ajuste numa desigualdade jurídica que, intencionalmente ou não, nasceu do Legislador Originário.

Em razão do maior número de legitimados que passam a ter as duas ações que têm por finalidade salvaguardar a Lei Maior, poderá haver uma ampliação no número destas ações em curso, o que não chega a ser um óbice para esta "correção", tendo em vista a causa a que se destina.

Outra mudança significativa foi a ocorrida com a alteração do parágrafo 2º do art. 102. Antes da Emenda, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal tinham efeito vinculante apenas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), embora já houvesse uma previsão infraconstitucional, Lei Ordinária nº 9.868/99, em seu artigo 28, que atribuía este mesmo efeito vinculante às Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade.

Portanto, a constitucionalidade deste dispositivo legal foi amplamente questionada, em razão da possibilidade de uma simples lei ordinária ser capaz de atribuir legalmente um efeito vinculante a decisões de mérito proferidas pela Corte Maior do país.

Esta polêmica resultou na manifestação do próprio Supremo, que acolheu a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 9.868/99, tendo sido relator do voto o Ministro Maurício Corrêa.

Desta feita, tendo já ocorrido o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal acerca do efeito vinculante das suas decisões de mérito proferidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, além da incidência já reconhecida nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, tem-se que a Emenda nº 45/04, com a alteração trazida no *parágrafo 2º do artigo 102*, veio apenas ratificar a decisão Corte Suprema, constitucionalizando-a.

Este mesmo dispositivo constitucional, *parágrafo 2º do art. 102*, tem sido questionado no que se refere aos destinatários do efeito vinculante, expressamente elencados em seu texto, sendo eles "os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Verifica-se a exclusão do Poder Legislativo, bem como de seus legisladores, neste rol de destinatários do efeito vinculante em foco, bem como do próprio Supremo Tribunal Federal, o que tem merecido a crítica de diversos juristas. Não obstante, espera-se que a Corte Maior se manifeste, oportunamente, a respeito desta aparente injustiça jurídica.

O *parágrafo 3º do art. 102* traz a criação do requisito de repercussão geral das questões constitucionais que serão analisadas como critério de admissibilidade do recurso extraordinário, que deverá ser demonstrado pelo recorrente de forma preliminar, como condição para a sua interposição, aditando o mesmo parágrafo que tal admissão do recurso somente poderá ser recusada pela manifestação do "*dois terços dos membros do STF*". Trata-se de mais um mecanismo de filtragem trazido pela Emenda Constitucional nº 45/04.

O *artigo 103* também sofreu alteração com a Emenda nº 45/04, que majorou o número de titulares para legitimar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), tendo sido incluído ao rol a Mesa de

Assembléia Legislativa e ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, bem como o Governador de Estado ou do Distrito Federal, em seus incisos IV e V.

Com a inclusão da *alínea "r"* ao *inciso I do artigo 102*, caberá ao Supremo Tribunal Federal, após a EC nº 45/04, processar e julgar originariamente "as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público".

Dentro do rol de competências inseridos nos incisos *I, II e III do art. 102*, alterou-se o *inciso III*, que dispõe sobre o julgamento, mediante *recurso extraordinário*, das causas *decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida (alínea "d")* julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Merece uma melhor análise este dispositivo, pois inclui a *alínea "d"* no *inciso III*, que dispõe sobre a competência do STF para julgar, mediante *recurso extraordinário*, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida "julgar válida lei local contestada em face de *lei federal*" (alínea "d").

Com isso, designou-se ao STF a competência para resolver conflito normativo entre lei local e lei federal, julgadas mediante *recurso extraordinário*, ficando remanescente ao STJ a competência para dirimir conflitos entre ato de governo local em face de lei federal, julgados por meio de *recurso especial*.

Este dispositivo põe termo ao conflito normativo que antes recaía sobre o STJ, restando a este último, doravante, a competência expressa no *art. 105*, inciso III, alínea "b", qual seja: Compete ao Superior Tribunal de Justiça (*caput do art. 105*), julgar, em *recurso especial*, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais do Estado, do Distrito Federal e dos Territórios, quando a decisão recorrida (*inciso III*): "julgar válido *ato de governo local* contestado em face de lei federal".

Ao Supremo Tribunal Federal caberá também intervir na decretação de intervenção federal, *art. 36*, que dependerá, dentre outros, de "seu provimento" (*inciso III*), de representação de Procurador-Geral da República, na hipótese no art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

Com isso, atribui-se também ao STF a competência para apreciar representação, no caso de recusa à execução de lei federal.

Registre-se que antes da Emenda em estudo, este provimento cabia ao STJ, o que sofreu revogação com o novo texto.

Caberá ainda ao STF processar e julgar "as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público", conforme disposição contida no *art. 102, inciso I, alínea "r"*.

A competência antes atribuída ao STF, para "a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do **exequatur** às cartas rogatórias" na revogada alínea "h" do inciso I do art. 102, passou, por alteração trazida pela EC nº 45/04, ao rol de competências do STJ, atual *artigo 105, I, alínea "i"*, acrescentada pela supracitada Emenda.

19. JUSTIÇA DO TRABALHO APÓS A EC Nº 45/04

A Justiça do Trabalho foi uma das que mais sofreu modificação com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/04. Dentre tantas modificações, as mais expressivas são:

19.1. A ampliação do número de Ministros do Tribunal Superior do Trabalho - TST

Houve a ampliação do número de Ministros do Tribunal Superior do Trabalho - TST, que passou de 17 para 27 Ministros. Esta medida visa a extinguir o deslocamento de Juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho para atuar como substitutos naquele Tribunal, fato este que acaba gerando um desfalque no número de juízes dos Tribunais Regionais. (*Caput* do artigo 111-A);

19.2. A composição do Tribunal Superior do Trabalho

A composição do Tribunal Superior do Trabalho foi alterada, tendo ocorrido uma redução das vagas de Ministros oriundos da advocacia e do Ministério Público do Trabalho, que passou a somar 1/5 das vagas. O restante, 4/5, será preenchido entre Juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho provenientes da Magistratura de carreira e indicados pelo próprio Tribunal Superior (incisos I e II do artigo 111-A).

O parágrafo 2º do artigo 111-A, por seu turno, elenca em seus incisos a composição do Tribunal Superior do Trabalho.

19.3. A competência do Tribunal Superior do Trabalho

Foi acrescentado o parágrafo 1º ao artigo 111-A, que reza que lei irá dispor sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho. Com isso, o legislador reformador deixa a cargo de lei ordinária a disposição sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho, o que faz deduzir que a eficácia deste dispositivo depende da publicação de lei para torná-la plena.

19.4. Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho

O inciso I do parágrafo 2º supracitado dispõe sobre previsão de criação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, dispondo como competência, entre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira. A exemplo do que foi criado para os Tribunais de Justiça, intencionou o legislador uniformizar os requisitos para o ingresso e promoção dos magistrados tanto da justiça comum quanto da especializada, com o claro escopo de qualificá-los para o exercício de tão relevante função no sistema federativo brasileiro;

19.5. Conselho Superior da Justiça do Trabalho

O inciso II do parágrafo 2º do mesmo artigo também a exemplo da criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, dispõe sobre a criação do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, a quem caberá exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho, tanto de 1º como de 2º grau e cujas decisões terão efeitos vinculantes. É a repetição do controle externo se aplicando a toda a composição do Poder Judiciário, na busca de uma justiça transparente e democrática. Registre-se que este Conselho deverá ser instalado em 180 dias.

19.6. Competência para julgar ações oriundas de relação de trabalho

Além de suas atribuições regulares, uma das novidades que a Emenda Constitucional nº 45/04 trouxe à Justiça do Trabalho foi a atribuição da competência para julgar ações oriundas de relação de

trabalho, com previsão no artigo 114, inciso I, independentemente de previsão específica em lei.

Aduz ainda o supracitado inciso que estas ações abrangem os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Não por acaso o legislador reformador se valeu do termo "relação de trabalho", posto que este é mais abrangente do que relação de emprego. Para este termo, o que importa é que haja trabalho.

Em consonância com o disposto no artigo 442 da CLT, a relação de trabalho abrange todas as relações jurídicas em que há a prestação de trabalho por pessoa natural a outra pessoa, natural ou jurídica, no âmbito de contrato de trabalho, ou ainda, de acordo com os artigos 593 e seguintes do Código Civil, no de contrato de prestação de serviços, assim como em outros contratos tais como: transporte, mandato, empreitada etc.

Incluem-se neste rol os prestadores autônomos de serviço e os profissionais liberais, dentre eles engenheiros, advogados, representantes comerciais, transportadores, corretores, arquitetos, médicos etc.

Também estão incluídos os servidores públicos, tanto os sujeitos ao regime da CLT, o que não se alterou com a Emenda, como os vinculados ao regime estatutário e os ocupantes de cargos de confiança de qualquer das entidades da Federação.

Pode-se constatar o quão maior se tornou a competência desta justiça especializada, passando a ter sob sua égide profissionais de diferentes patamares econômicos. A este propósito, deduz-se que doravante o prestador autônomo de serviço não mais está vinculado à idéia de empreiteiro operário ou artífice, como antes associada, nos termos do artigo 652, "a", III da CLT.

Importa ainda informar que esta nova competência da Justiça do Trabalho abrange os dois lados da prestação de serviço autônomo, ou seja, tanto o prestador de serviço quanto o seu contratante, sejam eles pessoa natural ou jurídica.

19.7. Competência para julgar ações oriundas do exercício de direito de greve

O inciso II do artigo 114, também acrescentado com a Emenda Constitucional nº 45/04, trata do novo exercício de direito de greve.

Com a redação anterior à aludida Emenda, a Justiça do Trabalho era competente para julgar a incidência ou não de abusividade em caso de greve, consoante o Enunciado 189 do TST. Decidia, também, acerca do dissídio coletivo, fixando, quando necessário, as condições de trabalho das categorias envolvidas nestes conflitos de greve.

Com a nova redação, a Justiça do Trabalho passa a ser competente para julgar litígios que surgirem durante as greves, estando estas causas atreladas a práticas anti-sindicais do empregador ou de terceiro, assim como às condutas dos grevistas em caso de ocupação, ou do impedimento de acesso ao local do trabalho, seja dos próprios empregados, seja de terceiros na relação trabalhista.

19.8. Competência para julgar ações sobre representação sindical

O inciso III do mesmo artigo 114 traz a competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações de representação sindical entre sindicatos, entre estes e trabalhadores e entre sindicatos e empregadores.

Antes da Emenda nº 45/04, a competência para julgar dissídios sobre representação sindical pertencia à Justiça comum, manifestando-se a Justiça do Trabalho tão-somente para conhecer tais ações de modo incidental, não se aplicando a eficácia da coisa julgada sobre este eventual pronunciamento.

Entretanto, a precitada Emenda reverteu esta questão para a Justiça do Trabalho, em razão de estas ações envolverem o âmbito sindical, o que não justifica a sua inclinação para a Justiça comum.

Esta competência passa a abarcar o julgamento de ações, incidental ou principal, sobre representação sindical, sejam partes tanto os próprios sindicatos, os trabalhadores e os sindicatos, ou ainda estes e os empregadores.

19.9. Competência para julgar mandados de segurança, Habeas Corpus e Habeas Data em matérias de jurisdição trabalhista

A competência para julgar mandados de segurança, **Habeas Corpus** e **Habeas Data** quando o ato questionado envolver matéria sujeita à jurisdição trabalhista soma-se às demais competências trazidas pela Emenda nº 45/04 à Justiça do Trabalho.

Portanto, esta não se constitui exatamente numa novidade, pois que a questão já se encontrava pacificada em lei e jurisprudência, e vinha ocorrendo nos casos práticos. Desde há muito, por exemplo, a Justiça do Trabalho já vinha julgando mandado de segurança impetrado contra Juiz do Trabalho.

19.10. Conflitos de competência de jurisdição trabalhista

O inciso V do artigo 114 traz para o âmbito da Justiça do Trabalho a competência para julgar os *conflitos de competência* entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no artigo 102, I, "o".

Este dispositivo vem pôr termo a quaisquer *conflitos de competência* que surgirem entre as Varas de Trabalho, entre os Tribunais Regionais Federais - TRF, ou entre estes e aquelas, cuja competência para julgamento será da Justiça do Trabalho.

Esta competência da Justiça do Trabalho se estende em caso de conflitos de competência entre Varas do Trabalho e órgãos da Justiça Estadual, quando designados a substituí-las, nos casos previstos pelo *caput* do artigo 112.

19.11. Competência para julgar ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho

Outra nova competência da Justiça do Trabalho é a inserida no inciso VI que, como os anteriores do artigo 114, foi acrescentado ao Texto Constitucional por meio da Emenda nº 45/05. Esta competência diz respeito à ação de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrente de relação de trabalho.

Não obstante a inclusão deste artigo no rol de novas competências do *art. 114*, a matéria por ela abrangida já encontrava amparo legal no *inciso I* deste mesmo artigo, que dispõe de forma abrangente sobre ações oriundas da relação do trabalho, ou seja, como ele não enumera quais são estas ações a que se refere, entende-se que se incluem aqui *todas* as ações oriundas da relação de trabalho.

Ademais, registre-se anterior jurisprudência trabalhista, da lavra do Superior Tribunal Federal, que já dispunha sobre competência trabalhista para julgar ação de indenização por dano moral:

Justiça do Trabalho - Competência - Ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida, e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do direito civil. (STF, 1ª Turma, RE 238737, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 17.11.1998, DJU 05.02.1999, p. 47).

19.12. Competência para julgar ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores em relações de trabalho

A Emenda Constitucional nº 45/04 atribuiu à Justiça do Trabalho a competência para julgar ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho.

Se comparado à amplitude do texto do *inciso I*, que dispõe sobre a competência da Justiça do Trabalho para julgar ações oriundas de relação de trabalho, não trazendo nenhum termo restritivo a esta competência, pode-se considerar que o *inciso VII*, ao contrário, foi restritivo em demasia.

Neste *inciso VII*, o legislador prevê a competência para as ações relativas às penalidades administrativas *impostas aos empregadores* pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho.

Por certo, tal redação poderia ter se desvinculado do sujeito passivo mencionado - os empregadores - e ter sido tecida de forma abrangente, como o fez no *inciso I* deste artigo, de forma a abranger tantas outras penalidades que recaem sobre os empregados, inclusive pelos próprios órgãos fiscalizadores das relações de trabalho, quase sempre pela omissão de seus deveres legais.

19.13. Competência para julgar execuções das contribuições sociais

O inciso VIII estabelece a competência da Justiça do Trabalho para efetuar execução de ofício das contribuições sociais previstas

no art. 195, inciso I, "a", e inciso II, e seus acréscimos legais decorrentes das sentenças que proferir.

Contudo, esta previsão não constitui novidade no Texto Constitucional, pois a Emenda nº 20 já a havia introduzido no art. 114, parágrafo 3º. Com efeito, a Emenda nº 45/04 veio apenas ratificar este entendimento já constitucionalizado.

19.14 - Competência para julgar "outras controvérsias"

O texto do *inciso IX* reza a competência da Justiça do Trabalho para julgar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho na forma da lei.

Este texto traduz a intenção do legislador reformador de deixar em aberto a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de outras controvérsias não abarcadas pelo citado *artigo 114*, e que porventura possam vir a surgir em decorrência de relação de trabalho.

Ademais, a redação deste inciso supõe uma dualidade de interpretação: o legislador teve a intenção de ratificar a assertiva já exposta no *inciso I*, de modo a não deixar nenhuma margem de dúvida de que quaisquer controvérsias decorrentes de relação de trabalho serão, e somente serão, julgadas pela Justiça do Trabalho.

O legislador foi redundante ao trazer este inciso referente a "outras controvérsias", posto que o *inciso I* já é suficientemente claro ao trazer o termo "as ações oriundas da relação de trabalho", não fazendo qualquer restrição a estas ações.

20. JUSTIÇA MILITAR APÓS A EC Nº 45/04

Além da Justiça do Trabalho, a Emenda Constitucional nº 45/04 alterou os dispositivos referentes à Justiça Militar com a redação dos *parágrafos 3º, 4º e 5º do artigo 125*, a seguir descritos:

Art. 125 [...]

Parágrafo 3º - A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar Estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de

Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

Parágrafo 4º - Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Parágrafo 5º - Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

O parágrafo 3º deixa clara a possibilidade da criação de Justiça Militar estadual, a ser instituída por iniciativa do Tribunal de Justiça, cuja composição deverá se dar com juízes de direito e com o Conselho de Justiça, no 1º grau de jurisdição, e com o Tribunal de Justiça no 2º grau de jurisdição. Ademais, é requisito indispensável para a sua criação que o seu Estado de origem possua um efetivo militar superior a vinte mil integrantes.

Ressalta-se a exigência da composição de juízes de direito, togados, para comporem o 1ª grau de jurisdição da Justiça Militar estadual, bem como dos Conselhos de Justiça, que são o Conselho Permanente de Justiça e o Conselho Especial de Justiça, possuindo cada um deles as suas composições e atribuições específicas, de acordo com previsão contida na Lei Federal nº 8.457/92.

O parágrafo 4º elenca uma nova competência da Justiça Militar estadual, que é a de processar e julgar as *ações judiciais*, mas apenas contra *atos disciplinares militares*, ressalvada a competência do Tribunal do Júri em caso de a vítima ser civil.

No que concerne à ressalva de julgamento pelo Tribunal do Júri quando a vítima for civil, consigna-se que esta previsão já encontrava amparo infra-constitucional na Lei Federal nº 9.299/96.

O parágrafo 5º, por seu turno, encerra a constatação quanto à competência da Justiça Militar estadual de 1º grau, composta por juiz de direito, para processar e julgar crime militar praticado contra civil e as ações contra atos disciplinares militares, restando ao Conselho de Justiça, também presidida por juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

21. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIN's) PROPOSTAS EM FACE DA EC Nº 45/04.

Tão logo foi editada a Emenda Constitucional nº 45/04, em meio a tantas controvérsias e insatisfações de algumas classes do Judiciário, não tardou a serem propostas Ações Diretas de Inconstitucionalidades - ADIN, na tentativa de desconstitucionalizarem alguns de seus dispositivos. São elas:

1) ADIN nº 3.367, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em 09.12.2004, questionando, em especial, a criação do Conselho Nacional de Justiça e a sua composição por membros de diferentes poderes e por magistrados de diferentes instâncias, alegando ferir os art. 2º e 18 da CF/88.

Ocorre que, em julgamento recente, o Supremo Tribunal Federal não acolheu a alegação interposta, reconhecendo a constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça.

2) ADIN nº 3.392, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), em 20.01.2005, objetivando afastar a necessidade do "comum acordo" como condição para a propositura de dissídios coletivos. Será aplicada a regra do art. 12 da Lei 9.868/99 para o seu julgamento.

3) ADIN nº 3.395, proposta pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) em 25.01.2005, atacando o art. 114-I, com a alegação de vício formal em relação à tramitação e à interpretação.

Registre-se que no julgamento da medida cautelar o Ministro Nelson Jobim concedeu *liminar*, com efeito **ex tunc**, para dar interpretação, conforme a Constituição Federal, ao inciso I do artigo 114, com o seguinte parecer:

*"Suspendo, **ad referendum**, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF (...) que inclua, na competência da Justiça do Trabalho, (...) apreciação de causas que sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo".*

Consigne-se, ainda, que a ADIn foi distribuída por prevenção, em 1º de fevereiro de 2005, ao Ministro Cezar Peluso.☰

AÇÃO CIVIL PÚBLICA E ACESSO À JUSTIÇA

Hugo Filardi

Advogado militante no Rio de Janeiro

1. EVOLUÇÃO DA TUTELA COLETIVA NO DIREITO BRASILEIRO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.

A adequação da prestação da tutela jurisdicional aos anseios dos jurisdicionados e a transformação de sua concepção liberal individualista para a dogmática social, visando trazer ao processo a certeza da presença do julgamento justo e credibilidade do Poder Judiciário, em vez de somente privilegiar o litigante melhor representado e com maior poderio socioeconômico, *é uma exigência do Estado Democrático de Direito*. Tal movimento foi iniciado com a entrada em vigor do Código de Processo Civil austríaco de 1895, elaborado pelo notável jurista Franz Klein, momento em que as amarras do conservadorismo e do rigor das formas começaram a ser postas de lado em favor da instrumentalidade do processo, a busca incessante da verdade real e a facilitação do acesso à justiça.

Muito embora tenhamos, por nossa forte influência lusitana, tendência a recepcionarmos em nosso ordenamento jurídico, instrumentos processuais da Europa continental, a evolução no sentido da utilização do processo socialmente efetivo ocorreu de forma destacada com a aproximação do direito anglo-saxão, mais especificamente com o devido processo legal substantivo, a criação dos juizados especiais e as ***class actions***¹. Inclusive, Cândido

¹ Sobre a aproximação do direito processual brasileiro a elementos processuais dos países da ***common law***, faz-se imperiosa a leitura do artigo "O processo civil brasileiro entre dois mundos", de José Carlos Barbosa Moreira, publicado na **Revista Forense**, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002, Volume 359, páginas 123-130.

Rangel Dinamarco² entende que esta afinação com o sistema processual da **common law** possibilita que nosso sistema processual "possa desvencilhar-se dos rigores de vetustas regras herdadas dos romanos, em si mesmas responsáveis pela segurança do processo, mas que, em certa medida, impedem a agilidade que se pretende na preparação e outorga da tutela jurisdicional. O legislador moderno, comprometido com o método que se qualifica como processo civil de resultados, opta por ousar prudentemente, renunciando a exigências que retardam a tutela e permitindo soluções e condutas que, sem criarem grandes riscos de males prováveis, concorram para maior aderência do processo à realidade econômica dos conflitos e dos litigantes, com maior aptidão abreviar a penosa duração dos juízos".

Verificamos, então, que a tutela coletiva e, em especial, a Ação Civil Pública, guarda direta relação com a democratização do acesso à justiça, já que esta deve ser utilizada como meio de economia judicial e processual, impossibilitando que demandas muito dificultosas sirvam como óbice ao direito de ação, além de permitir o desafogamento do Poder Judiciário e conseqüente diminuição da propositura de ações similares. Outro fator importante para a propagação deste instituto é a segurança jurídica advinda da impossibilidade de provimentos jurisdicionais meritórios conflitantes, respeitando definitivamente o princípio da igualdade diante da lei. O princípio da isonomia também é observado quando a Ação Civil Pública permite que partes em desnível econômico, jurídico e técnico possam litigar em um mesmo patamar. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes³ retrata com precisão este fenômeno ao afirmar que "a possibilidade dos interesses e direitos lesados serem defendidos concomitantemente faz com que a correlação de forças entre os litigantes seja redimensionada em benefício da parte individualmente fraca, mas razoavelmente forte quando agrupada, levando por terra, assim, a política maquiavélica da divisão para reinar".

² Dinamarco, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, Tomo II, 4a Edição, Malheiros Editores, São Paulo, página 733.

³ Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, página 38.

A defesa dos interesses metaindividuais teve seu marco inicial na Constituição de 1934 que influenciada pela Constituição de Weimar, tentou de modo infrutífero⁴ firmar uma estrutura democrático-social mais atinente às expectativas populares, instituindo a Ação Popular que preceituava que "qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios."⁵ Tal instrumento de defesa dos interesses difusos e coletivos foi obviamente suprimido na Carta de 1937, sendo novamente inserido no ordenamento jurídico pela Constituição democrática de 1946.

Entretanto, a proteção dos interesses metaindividuais somente adquiriu amplitude e solidez quando da edição da Lei 4.717 de 1965, oportunidade em que estabeleceu uma conceituação mais específica de patrimônio e alargou-se o leque de pessoas tuteladas por provimentos jurisdicionais proferidos impulsionados por tal instituto⁶. Mesmo assim, era necessária uma via mais eficaz, e graças aos esforços intelectivos de José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinolver e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior entre outros, foi sancionada pelo então presidente José Sarney a Lei 7.347, quando se consagrou a Ação Civil Pública como instrumento protetivo responsável pelo meio ambiente, consumidor e bens e direitos de valor paisagístico, artístico, estético, histórico e turístico (Artigo 1º da LACP).

Caminhando na trilha de alargamento das opções de proteção dos interesses metaindividuais, surgiu o Código de Defesa do Consumidor, estendendo a incidência da Ação Civil Pública a todo interesse difuso ou coletivo. Observando com inigualável precisão, a tendência de abertura trazida por este instrumento de tutela coletiva, seja pela legitimidade adequada ou pelo próprio objeto protegi-

⁴ Há de ser ressaltado que a Constituição de 1934 foi taxada de infrutífera em razão de ter vigorado por apenas três anos, sendo substituída pela Carta totalitária de 1937, a Polaca, em alusão à Constituição violadora de direitos fundamentais Polonesa, permitindo assim a legalidade do regime ditatorial varguista.

⁵ Constituição de 1934. Artigo 113.

⁶ Ver Barbosa Moreira, José Carlos, "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'" in **Temas de Direito processual**, Editora Saraiva, 1977.

do, constatou José Carlos Barbosa Moreira⁷ que "avanços nesta direção podem abrir (ou alargar) um dos canais utilizáveis para dar vazão às crescentes necessidades de tutela dos "interesses coletivos" ou "difusos", como tais designados, aqui, os interesses que se caracterizam, do ponto de vista subjetivo, por uma pluralidade de titulares em número indeterminado (e, ao menos para fins práticos, indeterminável) e, ao ângulo objetivo pela indivisibilidade do objeto: interesses relacionados com defesa do meio ambiente, ligados a valores culturais ou espirituais - v.g, à proteção dos bens de valor histórico ou artístico -, orientados para a "proteção do consumidor", e assim em diante. Defrontamo-nos neste passo com outro fenômeno característico da "irrupção" do social na paisagem do processo: se o tratamento judicial dos interesses "difusos" postula o uso de novos instrumentos, ou pelo menos de uma adaptação cuidadosa dos instrumentos conhecidos, é justamente porque os litígios a eles relativos ultrapassam a medida dos indivíduos, e até a dos grupos bem definidos de indivíduos, para envolver coletividades de contornos amplíssimos, e em todo caso imprecisos."

Não há como negar a importância ímpar da Ação Civil Pública como fator preponderante na dinamização da tutela jurisdicional, cumprindo assim o preceito de efetividade trazido pelo direito processual constitucional. A eliminação de inúmeros processos individuais, através da Ação Civil Pública, nos traz a certeza da desobstrução da já castigada máquina judiciária, além de permitir que pretensões de viabilidade econômica debilitada fossem entregues à tutela judicial, sendo eliminada a litigiosidade reprimida por fatores ilegítimos.

Sob o prisma da democracia participativa, onde todos devem ter respeitados seus direitos fundamentais e a possibilidade de questionar e influir nas decisões governamentais, a Ação Civil Pública, calcada na legitimidade adequada e representativa, e de provimentos jurisdicionais aproveitáveis aos tutelados, mostra-se um eficaz instrumento na distribuição de justiça e na retomada do respeito e

⁷ Barbosa Moreira, José Carlos. "Tendências contemporâneas do direito processual civil" in **Temas de Direito Processual**, 3ª Série, Editora Saraiva, São Paulo, 1984, páginas 9 e 10.

confiança dos indivíduos nas instituições estatais. Com a explosão do sistema capitalista, da sociedade de massa e os conseqüentes conflitos de interesse, encontram-se cada vez mais disparidades sociais, que infelizmente tendem a refletir negativamente com mais facilidade nos processos individuais. Portanto, a tutela coletiva desponta como meio justo de solução destes conflitos, e o Poder Constituinte originário a consagrou também com a previsão dos institutos do mandado de segurança coletivo e do mandado de injunção coletivo⁸.

Enfim, os interesses metaindividuais podem plenamente ser exercidos, pois como ressalta Mauro Cappelletti⁹ "a concepção tradicional do processo civil não dá lugar à defesa dos direitos difusos pelos particulares. Desde há muito, entende-se que o processo é uma contenda entre duas partes, acerca de seus próprios direitos. Os direitos de um grupo determinado da população ou de algum setor social não eram levados em consideração".

2. INTERESSES TUTELÁVEIS.

Apenas para fins terminológicos, convém destacar que adotamos a nomenclatura utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor, ou seja, a expressão "interesse", sem qualquer adjetivação, para que não recaiamos na infundável e pouco prática discussão sobre a sinonímia entre "interesses" e "direitos". No entanto, cabe uma pequena digressão sobre a possibilidade destas expressões "interesses" e "direitos" serem utilizadas de forma equivalente. Kazuo Watanabe,¹⁰ um dos autores do anteprojeto da Lei 8.070/90, afirma que os termos "interesses" e "direitos" foram aplicados como sinônimos, defenden-

⁸ "Writ deferido. Mandado de injunção coletivo - admissibilidade. Entidades sindicais dispõem de legitimidade ativa para a impetração do mandado de injunção coletivo, que constitui instrumento de atuação processual destinado a viabilizar, em favor dos integrantes das categorias que essas instituições representam, o exercício de liberdades, prerrogativas e direitos assegurados pelo ordenamento constitucional. Precedentes sobre a admissibilidade do mandado de injunção coletivo." (STF - Tribunal Pleno - Ministro Relator Celso de Mello - MI 472 / DF - Julgado em 06.09.1995).

⁹ Cappelletti, Mauro e Garth, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie. Porto Alegre. Sérgio A. Fabris, Editor, 1988, página 49.

¹⁰ Watanabe, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 6ª Edição, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2000, Página 719.

do que os interesses quando ganham relevância jurídica tornam-se direitos. Contudo, entendo mais acertado defender que os "interesses" estão numa escala antecedente de formação do direito subjetivo, o que me permite concluir que em Ações Coletivas preventivas, interesses são tutelados, enquanto nas demandas coletivas repressivas, busca-se a satisfação de direito violados.

Ultrapassada esta questão, que como já mencionado, tem pouca relevância para os destinatários do comando legislativo, passamos a delinear os contornos dos conceitos de interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, e suas repercussões no que tange a sua proteção pela Ação Civil Pública. A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 129, e a introdução do inciso IV pelo Código de Defesa do Consumidor ao artigo 1º da Lei 7.347/85, ampliaram definitivamente o âmbito de incidência da Ação Civil Pública à proteção de qualquer interesse transindividual.

Os incisos do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor trazem a definição das três espécies de interesses metaindividuais tuteláveis coletivamente. Assim, o legislador optou por abreviar embates conceituais na doutrina, e desde logo, procurou distinguir os interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Os interesses difusos possuem como características marcantes a indeterminação do titular da relação jurídica de direito material e indivisibilidade do bem jurídico a ser protegido. Já os interesses coletivos *stricto sensu* também têm como marca característica a transindividualidade e a indivisibilidade do bem jurídico tutelado, muito embora o titular da relação jurídica de direito material possa ser individualizado coletivamente.

Buscando distinguir os interesses difusos dos coletivos *stricto sensu* a partir de um conceito de pluralidade determinável de indivíduos, afirma Luís Roberto Barroso¹¹ que "assim como os difusos, os interesses coletivos em sua acepção estrita também são indivisíveis relativamente a seu objeto; mas a diferença em relação àqueles é

¹¹ Barroso, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Editora Renovar, 5a Edição, Rio de Janeiro, 2001, páginas 221.

que se está diante de uma pluralidade *determinada* ou *determinável* de pessoas, todas *ligadas em virtude da mesma relação jurídica básica*". Outro fator distinto é a existência nos interesses coletivos de relação jurídica base entre os interessados. Como exemplo de interesse difuso, podemos mencionar um desastre ecológico numa base de extração de petróleo ou até a veiculação de propaganda enganosa por empresa prestadora de serviços. Já no que concerne aos interesses coletivos e determinabilidade de seus titulares, cabe trazer à tona o caso de uma indústria que institui jornada de trabalho a seus trabalhadores em cabal contrariedade à CLT.

Há de ser enfatizado, que ambos os exemplos refletem a indivisibilidade do bem jurídico tutelado, além da pluralidade de titulares indeterminado (ou ao menos indeterminável), não comportando divergência de soluções para os interessados, sob pena de violação ao princípio da isonomia. Tal fenômeno já não necessariamente ocorre na tutela dos interesses individuais homogêneos, de caráter socialmente coletivo, dada a divisibilidade do objeto da prestação jurisdicional. Segundo Aluisio Gonçalves de Castro Mendes¹² a defesa destes interesses acidentalmente coletivos "atende aos ditames da economia processual; representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e em tempo hábil as suas funções; permite e amplia o acesso à justiça, principalmente para conflitos em que o valor diminuto do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formulação da demanda; e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas repetitivas, que estariam fadadas a julgamentos de teor variado, se apreciadas de modo singular".

Visivelmente inspirada nas ***class actions*** do direito estadunidense¹³, a tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos ocorre quando há pluralidade de sujeitos e o objeto tutelado

¹² Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. Editora Revista dos Tribunais, Volume 4, São Paulo, 2002, página 230.

¹³ Inclusive Pedro da Silva Dinamarco *in Ação Civil Pública*, Editora Saraiva, 1a Edição, São Paulo, 2001, página 59, defende a aplicabilidade da ***class actions*** norte-americanas no direito brasileiro através de analogia, utilizando o artigo 126 do Código de Processo Civil como base legal.

decorrer de uma situação comum. Convém destacar que os sujeitos das relações jurídicas de direito material são determinados, podendo demandar individualmente no sentido de obter provimento jurisdicional cognitivo ou exercer seus direitos na liquidação e execução da sentença condenatória genérica proferida em sede de processo coletivo.

Indubitável acerto cometeu o legislador ao tutelar coletivamente estes direitos tecnicamente individuais, pois *conferiu* a determinados entes a responsabilidade de promoção de justiça e inseriu uma gama da população que jamais imaginou ter representatividade junto ao Poder Judiciário. As desigualdades econômicas, culturais, emocionais e operacionais, não mais se constituem óbice, já que a tutela de interesses individuais homogêneos pela Ação Civil Pública respeita o princípio da isonomia processual e, por conseguinte, gera aceitação dos provimentos jurisdicionais pelo povo.

O artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente a publicação de edital (instituto similar a *notice* do direito estadunidense) para que os interessados possam intervir no processo coletivo como litisconsortes, fato que se respeitado pelos magistrados, gerenciadores da demanda, traria mais credibilidade e maior grau de cognição às decisões judiciais. Contudo, o que se vê, na prática, é o desrespeito a esta norma e a certeza de que nossos juízes estão ainda muito arraigados a concepções processuais conservadoras e antidemocráticas.

Questão não menos interessante é a da não existência de litispêndência entre o processo coletivo e demanda instaurada individualmente, tendo o Autor desta, a faculdade de, em 30 (trinta) dias a partir da ciência da Ação coletiva, requerer a suspensão da demanda que instaurara. Esta faculdade deve-se única e exclusivamente ao respeito ao instituto da legitimidade adequada e da isonomia processual, já que o demandante pode eleger qual processo pode lhe propiciar mais eficazmente o exercício do direito material invocado.

Entendo perfeitamente sustentável também que, em respeito aos princípios fomentadores da Ação Civil Pública e suas origens no direito estadunidense, exista viabilidade de um autor individual ter a faculdade de aderir como litisconsorte ulterior a demanda proposta

por outro autor individual, por acreditar que este tem melhores condições de representar seus interesses em juízo, muito embora nosso ordenamento não tenha recepcionado a possibilidade de aferição da **adequacy of representation** pelo Poder Judiciário, sendo os autores ideológicos taxativamente expressos por lei. Tal requerimento de suspensão de demanda individual em detrimento de outra poderia se fundar claramente no artigo 265, IV, alíneas a e b, do Código de Processo Civil, que dispõe que se suspende o processo quando a sentença de mérito, depender do julgamento de outra causa que constitua objeto principal da demanda a ser suspensa, e não puder ser proferida sem análise de fato ou prova produzida em outro processo.

Contudo, a escola positivista nos cerceia o direito a maiores construções doutrinárias com base no direito comparado, já que nossos magistrados parecem mais preocupados com a dogmática formal do que com a exploração de mecanismos aptos a deflagrar uma tutela jurisdicional eficiente, célere e justa. O magistrado deve romper as amarras do formalismo e empregar sim, por meio de analogia e da **equity**, o conceito do processo civil de resultado, obtendo a disseminação de provimentos jurisdicionais sábios e apaziguadores das desigualdades sociais existentes.

3. LEGITIMAÇÃO.

Para que o magistrado possa proferir sentença de mérito, empregando a atuação concreta da vontade da lei à demanda, devem ser observados alguns óbices ao alcance da possibilidade de um provimento final meritório. Segundo a notável pena do processualista Giuseppe Chiovenda¹⁴, "entendem-se como condições da ação as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta de lei invocada pelo autor".

Em outro estudo, voltado para o processo de execução e mais especificamente sobre sua modalidade de defesa endoprocessual,

¹⁴ Chiovenda, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, trad. bras. de J. Guimarães Menegale, 3a Edição, São Paulo, Editora Saraiva.

já nos manifestamos quanto às condições da ação afirmando: "Interesse processual, possibilidade jurídica da demanda e legitimidade de partes. Estes três obstáculos à obtenção de um provimento final meritório constituem-se em matéria de ordem pública cuja inobservância acarreta nulidade absoluta do processo. Justamente por isso, faz-se cabível o exercício da exceção de executividade, visto que independe de dilação probatória e a sua argüição não prejudica em nada a efetividade do processo de execução. O direito de ação consiste em um direito público-subjetivo posto à disposição dos jurisdicionados para a obtenção de um provimento judicial sobre a **res in judicium deducta**. De acordo com os abstrativistas, as condições da ação, juntamente com os pressupostos processuais, são um filtro mínimo para que as demandas temerárias não importunem indevidamente os demandados".¹⁵

No campo das ações coletivas¹⁶, o óbice à análise meritória das demandas postas em Juízo de maior relevância para este artigo é justamente a legitimação ativa, já que o legislador elegeu na LACP e no Código de Defesa do Consumidor determinadas pessoas para defesa dos interesses metaindividuais. Em uma precisa definição de legitimidade ativa sob o prisma da acessibilidade e da efetividade da tutela jurisdicional, sustentou Leonardo Greco¹⁷ que "a garantia constitucional do amplo acesso à tutela jurisdicional efetiva confere esse direito a todo aquele que alegue ser titular do direito material em que a demanda se fundamenta e apresente ao juiz o mínimo de provas necessárias para demonstrar a possibilidade de efetivamente deter essa titularidade".

A legitimidade é a titularidade do direito de ação. Por conseguinte, parte legítima é aquela à qual a lei deferiu o direito de in-

¹⁵ Filardi, Hugo. "Aspectos Controvertidos da Exceção de Executividade. A adequação da demanda executória aos modernos princípios de Direito Processual Civil, inserindo-lhe carga de cognição em respeito ao **Due Process of Law**". Trabalho monográfico de conclusão do Curso de Graduação em Direito na UFRJ, páginas 55 e 56.

¹⁶ Hugo Nigro Mazzilli in **A Defesa dos interesses difusos em juízo**, 11a Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999, páginas 51 e 52 sustenta que o legislador se equivocou ao instituir co-legitimados com o Ministério Público ao tratar da Ação Civil Pública. O mencionado autor destaca que tecnicamente correto seria nomear de Ação Civil Pública somente a demanda coletiva proposta pelo MP, enquanto os "co-legitimados" proporiam Ação Coletiva. Ao meu ver, tal distinção se afigura mero tecnicismo, sem eficácia prática nenhuma para os jurisdicionados.

¹⁷ Greco, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. Dialética, 1a Edição, 2003, página 40.

gressar em Juízo e requerer determinada prestação jurisdicional. No caso da Ação Civil Pública, os legitimados legais são o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, autarquias, fundações, sociedades de economia mista ou associações. A estes legitimados para a tutela coletiva, o Código de Defesa do Consumidor acrescentou entidades e órgãos da administração pública, cuja finalidade seja a defesa de interesses metaindividuais, mesmo que estes não possuam personalidade jurídica.

Dada a natureza dos interesses tutelados pela Ação Civil Pública, a titularidade ativa no processo coletivo foge à regra da congruência entre a relação jurídica de direito material e a relação jurídica de direito processual. Visando à determinação da natureza jurídica da legitimação na Ação Civil Pública, convém destacar que a legitimidade ordinária é justamente a coincidência entre jurisdicionados afetáveis por fato ou ato jurídico e demandantes na defesa de seus interesses, enquanto na legitimidade extraordinária, a lei confere a titularidade do direito de ação a um terceiro para defender interesse alheio.

No que concerne à tutela dos interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, compartilhamos da mesma opinião de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁸ que afirmam que "a dicotomia clássica da legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender o direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. Não poderia ser admitida ação judicial proposta pelos 'prejudicados da poluição', pelos 'consumidores de energia elétrica', enquanto classe ou grupos de pessoas. A legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim *legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozebführungsbefugnis)*: a lei

¹⁸ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery *in* **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**, 5ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, página 1885.

elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo".

Assim, resta claro que não concordamos com a posição doutrinária¹⁹ de que a natureza jurídica da legitimação na Ação Civil Pública seria ordinária, sob o argumento de que o interesse em defesa seria público e com a tese de legitimidade extraordinária sustentada pelo STF²⁰. Como já dito, a legitimidade não pode ser considerada ordinária, pois os legitimados não são titulares da relação jurídica de direito material, e muito menos extraordinária, pelo simples fato de ser impossível a identificação dos titulares dos interesses tutelados.

Apenas no que tange aos interesses individuais homogêneos, considerados apenas socialmente coletivos, vislumbro a hipótese de legitimidade extraordinária concorrente ou disjuntiva, pois tanto o titular do direito material, quanto o legitimado extraordinariamente estão autorizados a defender o interesse em juízo. Somente na tutela desta espécie de interesse o posicionamento do STF deve prosperar, já que admitir substituição processual sem conseguir diagnosticar os substituídos, nos parece o mesmo que comprar um presente sem saber a quem destiná-lo.

Diferentemente do que ocorre nos países da *common law*, a verificação da legitimidade adequada para propositura de demandas coletivas no direito brasileiro encontra-se preestabelecida pelo legislador que, de forma taxativa, concedeu a determinadas pessoas a titularidade da ação na defesa de interesse metaindividuais. Tais entes eleitos pelo legislador não são pessoas naturais, fato que impede que um dos lesados individualmente exerça o direito de ação pelos demais interessados. A exceção presente em nosso ordenamento e que guarda, mesmo que longínqua correlação, com

¹⁹ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro in **O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conceito com base na Constituição de 1988**, 5a Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999, página 24, defende que a natureza jurídica da legitimação nas demandas coletivas é ordinária.

²⁰ "Constitucional. Ministério Público. Ação civil pública para proteção do patrimônio público. Art. 129, III, da CF. Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa do autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da lei nº 8.429/92). Recurso não conhecido." (STF - 1a Turma - Ministro Relator Moreira Alves - RESP 267023 / MA - Julgado em 30.04.2002).

o conceito de autor ideológico do direito norte-americano é a Ação popular, que concede a qualquer cidadão a defesa dos interesses metaindividuais tutelados pela Lei 4.717/65.

3.1. Ministério Público na defesa dos interesses individuais homogêneos.

As funções do Ministério Público foram estabelecidas pela Constituição da República, nos artigos 127 a 130, onde resta evidente sua incumbência da propositura de Ação Civil Pública na defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. O texto constitucional não contemplou expressamente a legitimação do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos, muito embora tendamos, com pequenas ressalvas, a incluí-los no seu campo de atuação. Até mesmo porque, o legislador constitucional originário não poderia explicitar um interesse que ainda não havia sido delimitado pela doutrina. Então, entendemos que as interpretações lógico-extensivas admitindo a tutela de interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público são plenamente favoráveis à eficácia do princípio constitucional de livre acesso ao Judiciário e colimam para o fim primordial do Estado Democrático de direito que é a propagação da paz social através da distribuição de justiça.

Em sentido contrário, opinando inclusive pela inconstitucionalidade de qualquer lei infraconstitucional que institua a defesa dos interesses individuais homogêneos ao Ministério Público²¹, manifestou-se Miguel Reale²², com base nas discussões durante a Assembléia Nacional Constituinte que excluíram do anteprojeto a possibilidade de tutela pelo *Parquet* de interesses jurídicos gerais. Para o renomado jurista paulista, o simples fato de o legislador ter suprimido a expressão "interesses jurídicos gerais" do âmbito de proteção do Ministério Público impossibilita qualquer extensão normativa

²¹ Código de Defesa do Consumidor e Lei Orgânica do Ministério Pública da União.

²² Reale, Miguel. "Da Ação Civil Pública" in **Questões de Direito Público**, Editora Saraiva, 1997, São Paulo, páginas 130-132.

que amplie os interesses, por este, tuteláveis. No entanto, consideramos que a não inclusão do termo jurídico mencionado se deu em função de sua precária precisão terminológica que poderia acarretar numa ilegítima intervenção do MP em interesses que não os de relevância social.

Vislumbramos sim a intenção do poder constituinte originário em conferir também a tutela dos nomeados interesses individuais homogêneos ao MP, mas em virtude da imprecisão em delimitar tais interesses, o legislador constituinte preferiu se omitir a legalizar uma indevida participação do *Parquet* nas relações jurídicas de direito privado. Ademais, sob o prisma da acessibilidade seria uma infeliz contradição impedir que o Ministério Público atuasse com destaque na defesa de interesses socialmente e acidentalmente coletivos, visando distribuir justiça e minimizar as desigualdades processuais que adviriam das milhares de demandas individuais, normalmente mais frágeis, perante grandes potências econômicas.

Neste sentido, faz-se claramente oportuna a legitimação do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos em que o bem jurídico envolvido tenha relevância social e a tutela coletiva proporcione a prestação jurisdicional mais efetiva para os jurisdicionados do que a demanda individual. Como a proteção do patrimônio social faz parte das atribuições constitucionais do Ministério Público, não existe razão para não entender lícita a sua atuação como substituto processual na tutela destes interesses "coletivos" em virtude da mesma origem fática. Oportuno destacar a posição do Ministro Luiz Fux²³, que em recente provimento jurisdicional emanado pelo Superior Tribunal de Justiça, relatou que "com a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve alargamento do campo de atuação do *Parquet* que, em seu art. 129, III, prevê, como uma das funções institucionais do Ministério Público a legitimidade para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos. O Ministério Público está legi-

²³ STJ - Primeira Turma - Ministro Relator Luiz Fux - RESP 506511 / MG - Julgado em 25.11.2003.

timado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos".

Já Pedro da Silva Dinamarco²⁴ sustenta que somente os interesses individuais homogêneos indisponíveis poderiam ser tutelados pelo Ministério Público, sob o prisma de estar havendo indevida interferência do Parquet na esfera de interesse dos lesados. O renomado processualista, para ilustrar sua respeitável tese, recorre à lição jurisprudencial proferida pelo Desembargador Araken de Assis²⁵ que preconizou que "nos termos do art.129, inc. III, da Constituição Federal, o Ministério Público só tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesses difusos e coletivos, que são os 'interesses sociais' inesculpidos no *caput* do art.127. Não são direitos de índole diversa, e, muito menos, direitos patrimoniais disponíveis, como se verifica na espécie. Conceber a esfera legitimante do *Parquet* diversamente levaria à aniquilação de direitos privados, à alteração, por órgão do Estado, do objeto litigioso, em qualquer demanda; bastaria autorizar a intervenção do Ministério Público num organismo com poderes ainda maiores do que a *Prokuradura* soviética".

Talvez o tema que mais desperte discussões sobre a legitimação do MP para defesa dos interesses individuais homogêneos seja justamente o relativo à cobrança de tributos. Em razão da disponibilidade da tutela destes interesses e pela argumentação de que não se aplicaria o Código de Defesa do Consumidor aos contribuintes, o Supremo Tribunal Federal²⁶ vem se posicionando pela ilegitimidade ativa do MP para propositura de Ações coletivas questionando a legalidade da imposição de tributos pelo Estado. Contudo,

²⁴ Dinamarco, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**, Editora Saraiva, 1a Edição, São Paulo, 2001, página 215-219.

²⁵ TJ/RS - Apelação 92.13468-8 - 1a Câmara Cível - Desembargador Relator Araken de Assis, *apud* Dinamarco, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**, Editora Saraiva, 1a Edição, São Paulo, 2001, página 215-216.

²⁶ "O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto $\frac{3}{4}$ no caso o IPTU $\frac{3}{4}$ pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com 'interesses sociais e individuais indisponíveis'" (STF - Tribunal Pleno - Ministro Relator Carlos Veloso - RE 195056/PR - Publicado em 30.05.2003 - Vencido o Ministro Marco Aurélio Mello).

tal orientação adotada pela corte "constitucional" parece servir muito mais aos interesses arrecadatários do fisco do que efetivamente impedir que o *Parquet* intervenha ilegitimamente na esfera de interesses exclusivamente privados. Como é um órgão essencialmente político, até mesmo pela forma de sua investidura, o STF se mostra muito reticente em respeitar os direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil quando estes colidem com os interesses do Estado enquanto parte processual.

O escopo da tutela coletiva abranger os chamados interesses individuais homogêneos é assegurar a eficácia da tutela jurisdicional, proporcionando a distribuição de justiça para todos os jurisdicionados interessados através da preservação do ***substantive due process of law*** e da isonomia entre os litigantes. Por se tratarem de interesses apenas socialmente coletivos, a defesa dos interesses individuais homogêneos visa a transformar indivíduos em jurisdicionados e impedir que a diferença no êxito de demandas de mesma matéria motivada contribua para o descrédito do Judiciário perante a sociedade civil. Definitivamente, os magistrados devem deixar de apegos a técnicas processuais de pouca utilidade prática e defender irrestritamente o pleno acesso ao Judiciário no sentido de conferir efetividade aos comandos constitucionais abstratos.

3.2. Princípio da obrigatoriedade da ação civil pública para o Ministério Público.

Partindo da idéia preconizada por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro²⁷ de facilitar o acesso à justiça com a propositura de Ação Civil Pública pelo Ministério Público ao afirmar que esta "foi um importante passo para garantir o princípio da acessibilidade especificamente no plano do direito individual, permitindo a defesa coletiva de um grande número de pessoas lesadas (que possivelmente não procurariam a justiça) e assegurando um adequado desempenho processual, de sorte a manter o equilíbrio material - igualdade de armas entre as partes", podemos facilmente deduzir a existência do princí-

²⁷ Pinheiro Carneiro, Paulo Cezar. **Acesso à justiça**. 2a Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000, páginas 117 e 118.

pio da obrigatoriedade desta modalidade de tutela coletiva pelo *Parquet*.

Assim, o Ministério Público somente poderá deixar de propor a Ação Civil Pública, se após a realização de todas as diligências cabíveis, alcançar a conclusão que inexistente fundamentação para a utilização desta medida judicial. Cumpre ser asseverado que no sentido de eliminar qualquer ilegalidade na verificação de ausência de fundamentação para propositura da Ação Civil Pública, o Conselho Superior do Ministério Público exerce controle deste parecer de inviabilidade da demanda coletiva, podendo inclusive designar outro membro do *Parquet* para a confecção e distribuição da Ação Civil Pública.

Decorre também da obrigatoriedade do Ministério Público na propositura da Ação Civil Pública, a imperiosa necessidade deste assumir a legitimidade ativa, em caso de desistência infundada ou abandono da demanda coletiva por associação legitimada²⁸. Há de ser ressaltado que a substituição processual somente poderá prosperar quando estivermos diante de conduta inerte ou infundada de determinada associação, sob pena de configurar indevida intervenção do MP na esfera de interesses privados.

Saliente-se ainda, que a participação do Ministério Público na Ação Civil Pública é obrigatória mesmo quando não figura como demandante, já que existe expressa previsão legal lhe atribuindo o papel de fiscal da lei nestas demandas. Tal disposição tem por objeto impedir a utilização do processo coletivo como forma de obtenção de vantagem ilícita ou de pressionamento do demandado através da propositura de demandas temerárias, zelando sempre pelos princípios da efetividade da tutela jurisdicional e da igualdade de condições entre os litigantes.

3.3. Associação e a dispensa do requisito temporal para sua legitimação em virtude do interesse social.

A Lei 7.347/1985 também confere legitimidade ativa às associações para a defesa de interesses metaindividuais através de de-

²⁸ Muito embora o texto legal disponha "associação legitimada", acertadamente a jurisprudência dominante vem adotando interpretação extensiva, preconizando a obrigatoriedade de substituição sucessiva no pólo ativo pelo MP quando de desistência infundada ou abandono por parte de qualquer outro legitimado ativo.

manda coletiva, desde esta esteja devidamente registrada de acordo com a legislação civil vigente há pelos menos um ano e que os interesses tuteláveis façam parte de suas finalidades institucionais. Deve ser destacado que estes requisitos para a plena legitimação ativa visam a evitar o uso desvirtuado da demanda coletiva, impedindo assim que associações de duvidosa solidez possam propor demandas consideradas temerárias. Afinal, o direito de ação tem por escopo secundário impossibilitar que pessoas sejam indevidamente demandadas.

Porém, tais exigências legais não podem servir de óbices ilegítimos à tutela dos interesses metaindividuais, permitindo a Lei da Ação Civil Pública que o magistrado possa dispensar o requisito temporal da pré-constituição, quando restar caracterizado o manifesto interesse social. Assim, sempre que da exigência legal de pré-constituição de um ano, decorrer risco de impedimento de tutela de interesses coletivos *lato sensu* e conseqüente dano irreparável, o Juiz estará autorizado a legitimar a associação para propositura de demanda coletiva.

4. COMPETÊNCIA.

A prestação da tutela jurisdicional deve ser pautada especialmente pelos princípios da moralidade e eficiência, havendo claramente uma necessidade de divisão de tarefas no sentido de que o Poder Judiciário possa atender plenamente aos anseios de seus jurisdicionados. A Jurisdição é una, sendo encarada como um poder, enquanto a competência nada mais é do que o exercício delimitado deste. Então, através de notórias divisões de competência no órgão judiciário como o escopo de dinamizar e prestar de forma adequada à tutela jurisdicional, o Estado buscou na especificidade/distributividade a imparcialidade e justiça em suas decisões judiciais.

No que concerne à fixação da competência para demandas coletivas, devemos mencionar os artigos 2º e 21, da Lei da Ação Civil Pública e os artigos 90 e 93 da Lei 8.078/90 que estipulam regras de natureza funcional²⁹ para o processamento destes processos. Tais artigos consagram a perfeita compatibilidade e

²⁹ Cumpre asseverar que se trata de incompetência absoluta, atacável através de preliminar de contestação, e não por exceção de incompetência. Tal impropriedade técnica pode acarretar inclusive em decretação revelia.

harmonização entre os dois diplomas legais para o regramento das demandas coletivas, sendo certo que inexistente qualquer revogação da Lei 7.347/85. Então, podemos afirmar com precisão que é competente para o processamento e julgamento para demandas coletivas, ressalvada a competência da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho, o foro em que ocorreu o dano.

Quando o dano for de âmbito nacional ou regional, são competentes para o enfrentamento da demanda os foros da Capital do Estado ou no Distrito Federal, sendo os conflitos eventuais de competência concorrente dirimidos pela regra de prevenção prevista no Código de Processo Civil. Convém destacar que efetivamente não há competência exclusiva do foro do Distrito Federal para julgamento de demanda coletiva de âmbito nacional, justamente pela redação do 93 da Lei 8.078/90 consagrar a competência concorrente, até mesmo para atender ao princípio da acessibilidade e aproximação da população ao Poder Judiciário.

5. INQUÉRITO CIVIL E COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.

Justamente em atenção ao princípio da operosidade, no qual as pessoas envolvidas na atividade jurisdicional devem atuar da forma mais proba e eficiente possível para perfeito exercício do direito de ação, a Lei da Ação Civil Pública instituiu o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta como meios dar maior efetividade às demandas coletivas. Tais institutos têm o condão de propiciar aos jurisdicionados uma sensação de proteção maior quanto à credibilidade dos julgados, e propiciam aos magistrados uma convicção ampla para prolação de sentença.

O compromisso de ajustamento de conduta se consubstancia num reconhecimento de uma obrigação legal a ser cumprida, sendo a conduta acordada um dever jurídico para aquele que se predispôs a adequar seus procedimentos aos anseios comportamentais do Estado e da sociedade civil. Cumpre estabelecer clara distinção com o instituto da transação, já que não ocorrem concessões recíprocas, propiciando a aplicação do compromisso de ajustamento de conduta inclusive para proteger interesses individuais homogêneos.

Já o inquérito civil visa a propiciar ao julgador elementos probatórios mais elucidativos para a perfeita entrega da tutela jurisdicional, averiguando a viabilidade da propositura da Ação Civil Pública. A instauração deste inquérito se dá pela provocação de qualquer pessoa, seja ela natural, formal ou jurídica, e ainda de ofício pelo Ministério Público. Neste sentido, com entusiasmo se posicionou Paulo Cezar Pinheiro Carneiro³⁰ atestando que "quanto melhor instruído estiver o inquérito, maiores serão as possibilidades da utilização com êxito dos instrumentos processuais previstos para garantir a efetividade do processo".

6. TUTELA DE URGÊNCIA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

Diante da esquematização processual sugerida pelo Código de Processo Civil, a tutela de urgência foi instaurada visando a propiciar a extinção das mazelas temporais a que podem ser submetidos os processos. Considerando o processo como o meio mais democrático de aplicação da vontade da lei ao caso concreto, devem surgir mecanismos que mitiguem a plena participação de todos os jurisdicionados interessados na demanda em detrimento da prolação de decisões judiciais emergenciais. Torna-se evidente que tais provimentos jurisdicionais são provisórios, já que são emanados sem que todos os interessados na questão possam influir eficazmente.

Assim, a tutela de urgência se manifesta através da propositura de Ação Cautelar ou do instituto da antecipação de tutela. A primeira surge com o escopo de resguardar uma outra relação processual, sendo um instrumento assegurado de efetividade de uma demanda principal. Já a antecipação de tutela ocorre no bojo da demanda principal, não estando relacionada a efetividade processual tão-somente, mas contribuindo de forma decisiva para a realização da tutela de um direito material.

O artigo 12 da Lei da Ação Civil Pública, de 24 de julho de 1985, dispõe que "poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia". Logicamente este comando legislativo se refere tanto às medidas cautelares, quanto à antecipação de tutela,

³⁰ Pinheiro Carneiro, Paulo Cezar. **Acesso à justiça**. 2a Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000, páginas 119.

muito embora esta somente tenha sido introduzida em nosso ordenamento jurídico em 1994. Ambas formas de manifestação da tutela de urgência são compatíveis ao procedimento que rege as demandas coletivas, cabendo ao requerente instrumentalizar de forma correta os pedidos, sob pena de incorrer em cabal impropriedade técnica³¹.

Buscando distinguir a tutela cautelar da tutela antecipada, recorreremos aos ensinamentos do ilustre Prof. José Carlos Barbosa Moreira³², que enaltece o caráter instrumental da Ação Cautelar: "O processo de conhecimento, tendente à formulação da norma jurídica concreta que deve reger determinada situação, e o processo de execução, por meio do qual se atua, praticamente, a essa norma jurídica concreta, têm um denominador comum: visam um e outro à tomada de providências capazes de, conforme o caso, preservar ou reintegrar *em termos definitivos* a ordem jurídica e o direito subjetivo ameaçado ou lesado. Por isso se diz que constituem modalidades de tutela jurisdicional imediata ou satisfativa. A ambos se contrapõe, em tal perspectiva, o processo cautelar, cuja finalidade consiste apenas, segundo a concepção clássica, em assegurar, na medida do possível, a eficácia prática de providências quer cognitivas, quer executivas. Tem ele, assim, função meramente *instrumental* em relação às duas outras espécies de processo, e por seu intermédio exerce o Estado tutela jurisdicional *mediata*".

O processo cautelar tem natureza instrumental, visando a salvaguardar direito para o pleno exercício de Ação principal, relacionando-se com esta de forma acessória. Pode dar-se de forma preparatória ao processo principal, ou ser instaurada no curso deste.

Já a tutela antecipada é forma de prestação jurisdicional satisfativa, tendo como fulcro o Juízo de probabilidade. Alexandre Freitas Câmara³³ discorre sobre o assunto ao escrever que "é de se

³¹ Em razão do princípio da instrumentalidade das formas, as recentes reformas no Código Processo Civil consagram a fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada.

³² Barbosa Moreira, José Carlos. O **Novo Processo Civil Brasileiro**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 20a Edição, página 301.

³³ Câmara, Alexandre Freitas. **Lições de Processo Civil**, V.I, Editora Lumen Iuris, 2a edição, 1999, pág. 79.

notar que tal tutela jurisdicional, consistente em permitir a produção dos efeitos (ou, ao menos, de alguns deles) da sentença de procedência do pedido do Autor desde o início do processo (ou desde o momento em que o Juiz tenha se convencido da probabilidade de existência do direito afirmado pelo demandante), exige alguns requisitos para sua concessão. Não basta estar presente a probabilidade de existência do direito alegado, fazendo-se necessário que haja uma situação capaz de gerar fundado receio de grave dano, de difícil ou impossível reparação, ou que tenha ocorrido abuso do direito de defesa por parte do demandado."

Dessa forma é que o juiz, como gerenciador da efetividade do processo, deve deferir tutela de urgência quando o tempo se constituir em óbice ilegítimo ao alcance do direito material. Não é concebível ainda, que seja utilizada como fundamento para indeferimento da tutela de urgência pleiteada, a irreversibilidade da medida, pois tal exigência é mitigada pelo princípio da razoabilidade. O magistrado tem o dever de analisar a conveniência da concessão de uma tutela de urgência, utilizando o instituto do *balance of convenience* existente na *common law*.

Sobre a concessão de tutela antecipada, mesmo esta se mostrando irreversível, sob o prisma da efetividade do processo e do princípio da razoabilidade/proporcionalidade, faz-se mister colacionar os ensinamentos de Luiz Fux³⁴: "Entretanto, há providências cujos os resultados são irreversíveis e urgente a necessidade de tutela. Sob este prisma, o juízo, desincumbindo-se de seu poder/dever, há que responder de tal maneira, que malgrado o estado irreversível das coisa, a decisão não cause prejuízo irreparável ao demandado. Em essência, é a contrapartida da regra que não permite ao juízo, para conjurar um perigo, criar outro de maior densidade."

Por fim, partindo da premissa de que o processo não é um campo exclusivo de atuações dos demandantes, não vislumbramos

³⁴ Fux, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência**. Editora Saraiva, São Paulo, 2002, página 351.

³⁵ Bedaque, José Roberto dos Santos. **Tutela cautela e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. Malheiros Editores, São Paulo, 1998, página 336.

qualquer óbice à concessão de tutela de urgência em favor do demandado. José Roberto Bedaque³⁵ sustenta que "não se pode excluir, todavia, em caráter absoluto, a possibilidade de o réu formular pedido de tutela antecipada na própria contestação, ainda que não se trate de ação dúplice".

7. COISA JULGADA E A MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.494/97 NO QUE TANGE À RESTRIÇÃO DE SEUS LIMITES SUBJETIVOS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

A formação da coisa julgada ocorre quando o provimento jurisdicional se torna irrecorrível, sendo definida como a qualidade de imutabilidade da parte dispositiva da sentença. Instrumento de pacificação social às relações processuais, a coisa julgada tem o condão de consagrar a segurança jurídica às situações fáticas sujeitas à apreciação do Poder jurisdicional. Trata-se de um direito fundamental assegurado aos cidadãos pela Constituição da República Federativa do Brasil, visando à estabilidade das situações jurídicas. Assim, a coisa julgada mostra-se de importância indiscutível na defesa do interesses de uma sociedade de consumo e de massa, devendo ser preservada de modo indevassável³⁶.

Quanto aos seus limites objetivos não existem maiores discussões, sendo evidente que apenas a parte dispositiva da sentença transita em julgado. Tema que adquire especial relevância, ainda mais quando tratamos de tutela coletiva, é justamente o da delimitação dos limites subjetivos da coisa julgada. Tradicionalmente, a regra existente nas demandas individuais é de que o dispositivo da sentença somente afeta as partes que puderam eficazmente exercer seus direitos de ação e de defesa. A coisa julgada faz a sentença imutável e indiscutível entre as partes, mas definitivamente este fenômeno não pode atingir a terceiros estranhos e alheios ao processo.

³⁶ Os mais tradicionalistas, de maneira exagerada, afirmavam que a coisa julgada era capaz de transformar o preto em branco (*res iudicata nigrum albiu[m] facit*). Ver o posicionamento de Scassia in Eduardo Juan Couture, **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, trad. bras. de Rubens Gomes de Souza, 1946, p. 329.

Contudo, esta regra não se aplica ao sistema de propagação dos efeitos da coisa julgada contemplados por nosso ordenamento legal para as demandas coletivas, já que se adotou a eficácia **erga omnes** ou **ultra partes** (dependendo do tipo de interesse tutelado³⁷) **secundum eventus litis**. Assim, não é necessário que o jurisdicionado interessado venha a aderir à demanda coletiva para que seja agraciado com a entrega da tutela jurisdicional, bastando apenas o acolhimento da pretensão coletiva. Em caso de improcedência, apenas a insuficiência de provas, não vincula os jurisdicionados envolvidos na demanda. Ao tratar especificamente da tutela dos interesses individuais homogêneos, definiu que o julgamento contrário à parte que propôs a demanda jamais produzirá efeitos **erga omnes**.

Nesta esteira, o legislador pátrio não consagrou o sistema de vinculação da **common law**, ou seja, o **opt in** no caso da Inglaterra e **opt out** nos Estados Unidos. O sistema de inclusão inglês funciona com o jurisdicionado interessado manifestando expressamente a sua vontade de ser atingido pelos efeitos do provimento jurisdicional coletivo. O sistema estadunidense é justamente o oposto, já que é calcado na comunicação prévia e ostensiva dos interessados sobre a propositura de determinada demanda coletiva, para que estes espontaneamente requeiram sua exclusão em relação aos efeitos da tutela coletiva.

Faz-se mister destacar ainda sobre o tema, a inconstitucionalidade do artigo 2º-A da Lei 9.494/97 que, ao alterar o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, tratou de restringir o alcance da tutela coletiva, violando claramente os modernos preceitos do processo de efetividade e eficiência. Limitar os efeitos da demanda coletiva aos "substituídos" que, na época da propositura da demanda, tenham domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator da decisão, é o mesmo que disseminar insegurança jurídica e conceder aos jurisdicionados tratamento desigual.

³⁷ Nas ações coletivas que tutelam interesses difusos, a coisa julgada tem efeitos **erga omnes**, enquanto nas que são garantidoras de interesse coletivos, a coisa julgada é **ultra partes**, limitada ao grupo, categoria ou classe. No que concerne aos interesses individuais homogêneos, a vinculação é **erga omnes** apenas em caso de procedência.

Não se pode admitir a disseminação de coisa julgada **erga omnes** que não atinja a todos irrestritamente. É um grande contrasenso restringir territorialmente os efeitos de um provimento jurisdicional. Tal imposição normativa somente estimula a extenuante interposição de recursos, visando a levar a demanda às instâncias superiores apenas para que a limitação territorial prevista seja desconsiderada. Portanto, a redação atual do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública é manifestamente inconstitucional por afrontar o **substantive due process of law**, o princípio da razoabilidade, o princípio da eficiência da Administração Pública também aplicável ao Poder Judiciário, a inafastabilidade da tutela jurisdicional, o próprio poder de jurisdição, ao juiz natural e o imperioso tratamento isonômico entre as pessoas. ☐

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

(PROBLEMA DE CONSCIENTIZAÇÃO)

Luiz Guilherme Marques

Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Juiz de Fora - MG.

Participando da 2ª Turma Recursal de Juiz de Fora - MG, da qual sou Presidente, pude observar que ainda existe muito desconhecimento, não só de muitos advogados como também de juízes, a respeito das regras processuais aplicáveis ao Juizado Especial Cível, e, assim, resolvi apontar algumas falhas que observo freqüentemente, não com o intuito de desmerecer a forma como alguns interpretam a Lei 9.099/95, mas sim para colaborar no aperfeiçoamento do Juizado Especial Cível.

Em primeiro lugar, deve ser dito que a aplicação indiscriminada das regras do Código de Processo Civil aos processos do Juizado Especial não é correta, uma vez que existe diferença acentuada entre os princípios que regulamentam os processos de Vara Cível e aquelas outras que devem nortear os feitos do Juizado Especial Cível, sendo que, não observadas as diferenças, a tramitação dos processos neste último será tão morosa e complicada quanto a daqueles de Vara Cível.

O objetivo mais importante que se pretendeu com a Lei 9.099/95 foi o da celeridade, sem sombra de dúvida, e esta só se consegue se os processos do Juizado Especial Cível seguirem as regras específicas dessa Lei, que são exceções às normas processuais comuns.

Acima da própria celeridade, pretendeu a equipe de juristas que idealizou o Juizado Especial Cível a incrementação do acordo das partes, uma vez, que, como se sabe, é essa a única solução realmente definitiva para qualquer lide, gerando a satisfação das partes, nenhuma se sentindo vencida e proporcionando a paz social.

Anotei algumas regras específicas da Lei 9.099/95, que aponto adiante, para comentar alguma coisa sobre elas.

Art. 2º:

"O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação."

O formalismo ainda é muito rígido no CPC, fazendo com que muitas vezes seja vencedor na demanda justamente aquele que seria vencido caso se apreciasse o mérito da causa, no entanto, a Lei 9.099/95, adotando os princípios acima enumerados, pretende quebrar o formalismo para priorizar as decisões de mérito.

Art. 9º:

"Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória."

A desnecessidade do patrocínio de advogado nas causas de reduzido valor econômico facilitou o acesso à Justiça.

Art. 13:

"Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei. §1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo."

As regras de nulidade ficam muito mitigadas com a análise que deve ser feita levando-se em conta o critério do prejuízo, ao contrário do que se faz nas causas das Varas Cíveis, em que muitas nulidades são decretadas sem ter havido nenhum prejuízo a quem quer que seja.

Art. 14:

"O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado. §1º Do pedido constarão de forma simples e em linguagem acessível: I - O nome, a qualificação e o endereço das partes; II - Os fatos e os fundamentos de forma sucinta; III - O objeto e seu valor."

A intenção dos idealizadores do Juizado Especial de criar uma realidade muito diferente daquela instaurada pelo CPC é tão evidente que o art. 14 fala em apresentação do pedido como substitutivo do que se diz no CPC a respeito da petição inicial, prevendo a Lei 9.099/95 a apresentação de pedido oral, resumindo os requisitos daquilo que seria equivalente ao art. 282 do CPC.

A menção à formulação do pedido em forma simples e em linguagem acessível é muito importante para atender ao espírito da Lei, sendo que, no entanto, na prática, muitos advogados ainda não se deram conta disso, apresentando petições iniciais prolixas e complicadas, além de requerem a juntada de volume exagerado de documentos, criando com isso dificuldade para a parte contrária e para o próprio Juízo.

Sugiro que as Comissões Estaduais de Supervisão dos Juizados Especiais editem norma através da qual se autorizem as Secretarias de Juizados a não receberem petições iniciais desse tipo, dando aos advogados prazo de 24 horas para adequação da petição ao estilo da Lei 9.099/95.

Art. 16:

"Registrado o pedido, independentemente de distribuição e autuação, a Secretaria do Juizado designará a seção de conciliação a realizar-se no prazo de quinze dias."

Verifica-se que a preocupação com a celeridade é tão prioritária na Lei 9.099/95 que a distribuição e o registro ficam colocados em plano secundário, uma vez que o interesse maior é a designação da audiência de conciliação. Verifica-se também que não é através de um despacho do Juiz que essa audiência é designada e sim por iniciativa da própria Secretaria.

Art. 17:

"Comparecendo inicialmente ambas as partes, instaurar-se-á, desde logo, a seção de conciliação, dispensados o registro prévio de pedido e a citação. Parágrafo único. Havendo pedidos contrapostos, poderá ser dispensada a contestação formal e ambos serão apreciados na mesma sentença."

Acredito que a interpretação desse artigo possa ser feita para a unificação de processos de forma mais ampla, possibilitando a prolação de uma única sentença para os casos em que haja pedidos contrapostos, mesmo que formulados em processos distintos.

Art. 20:

"Não comparecendo o demandado à seção de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do juiz."

Prevista nesse artigo uma hipótese nova de revelia, qual seja, a de não comparecimento do requerido à audiência de instrução e julgamento, pois que é obrigatória a presença das partes nas duas audiências.

Art. 27:

"Não instituído o juízo arbitral, proceder-se-á imediatamente à audiência de instrução e julgamento, desde que não resulte prejuízo para a defesa."

Como se prevê facilmente, na grande maioria dos casos, não é instituído o Juízo arbitral, e, assim, tem que ser designada logo a audiência de instrução e julgamento. Entendo que essa designação também possa ser feita pela Secretaria do Juizado, até para reduzir a carga de trabalho do Juiz, sendo que, na certa, não poderá ser decretada nulidade, justamente porque não há prejuízo (art. 13).

Art. 28:

"Na audiência de instrução e julgamento serão ouvidas as partes, colhida a prova e, em seguida, proferida a sentença."

Por uma razão ou por outra, os Juízes do Juizado Especial não têm prolatado sentenças em audiência, a não ser nos casos de homologação de acordo, o que retarda em muito o andamento dos processos.

Art. 29:

"Serão decididos de plano todos os incidentes que possam interferir no regular prosseguimento da audiência. As demais questões serão decididas na sentença. Parágrafo único. Sobre os documentos apresentados por uma das partes, manifestar-se-á imediatamente a parte contrária sem interrupção da audiência."

Presente sempre a idéia da celeridade, todas as decisões devem ser dadas de plano, não havendo recurso contra elas, por evidente. Caso prevaleça o entendimento daqueles que seguem à risca as regras tradicionais dentro do Juizado Especial, teremos agravos, correições parciais e mandados de segurança entavando o andamento dos processos.

Art.30:

"A contestação, que será oral ou escrita, conterà toda a matéria de defesa, exceto argüição de suspeição ou impedimento do juiz, que se processará na forma da legislação em vigor."

O que se vê normalmente nos processos do Juizado Especial Cível é a apresentação de extensa contestação escrita, com pedido de juntada de carradas de documentos, contrariando o espírito da Lei.

Também aqui faço a mesma sugestão que apresentei na nota ao art. 14.

Art. 33:

"Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente, podendo o juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias."

Como se sabe, a juntada de documentos atrasa muitas vezes o andamento dos processos nas Varas Cíveis, ainda mais porque se tem que cumprir a regra do contraditório. Bem-vinda a norma do art. 33, que limita a produção de prova documental à oportunidade da audiência de instrução e julgamento, bem assim as outras provas.

Art. 34:

"As testemunhas, até o máximo de três para cada parte, comparecerão à audiência de instrução e julgamento, levadas pela parte que as tenha arrolado, independente de intimação ou mediante esta, se assim for requerido."

A fixação do número de testemunhas arroláveis a três é também salutar, justamente porque se vê freqüentemente nos processos de Varas Cíveis o hábito de ser arrolar grande número de testemunhas, fazendo com que a instrução seja demorada e muitas vezes inútil.

Art. 35:

"Quando a prova do fato exigir, o juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico."

Como se sabe, foi a solução acima adotada para a produção de prova técnica, sem que se tenham os excessos da prova pericial.

Art. 38:

"A sentença mencionará os elementos de convicção do juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório."

Grande problema tem sido para os Juízes a observância dos requisitos tradicionais da sentença, justamente porque se exige o fastidioso relatório, absolutamente inútil, enquanto que o art. 38, aci-

ma, já traz uma melhoria ao dispensar o relatório, que deve cingir-se apenas a um breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, mantendo-se a exigência quanto à parte dispositiva e à fundamentação da sentença.

Acredito que a tendência vá ser no sentido de adotar-se a regra do Direito inglês, abolindo-se, em futuro talvez não muito distante, até o relatório e a fundamentação, para exigir-se do Juiz que apenas mencione a parte dispositiva, que é, na verdade, a única que interessa para as partes.

Art. 41...§ 2º:

"No recurso, as partes serão obrigatoriamente representadas por um advogado."

A exigência da assinatura de advogado no recurso (sucedâneo da apelação) não me parece correto, uma vez que, conseguindo a parte recorrente explicar a sua inconformação e o que pretende com o recurso, deveria ser aceita validamente a petição, quando a causa, pelo seu valor, não necessite da presença de advogado na primeira instância.

Creio que essa regra do § 2º mereceria ser modificada, para não obrigar a parte a constituir advogado simplesmente para atuar na segunda instância.

Art. 43:

"O recurso terá somente efeito devolutivo, podendo o juiz dar-lhe efeito suspensivo, para evitar dano irreparável para a parte."

A idéia da celeridade mostra-se presente também neste artigo, contrariando a regra geral do CPC, que privilegia o condenado de má-fé ao dar geralmente o efeito suspensivo à sua apelação.

Art. 46:

"O julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão."

Aproveito a oportunidade para elogiar a orientação dada pela equipe do desembargador José Fernandes Filho, Presidente da Comissão Supervisora dos Juizados Especiais de Minas Gerais, quando determinou que, ao julgarmos em segunda instância os processos

dos Juizados Especiais de nossa competência, nos casos em que votamos pela manutenção da sentença pelos seus próprios fundamentos, devemos apenas afirmar que a mantemos por esses fundamentos, sem necessidade de relatório nem explicitação dos fundamentos.

De se notar a celeridade que conseguimos imprimir nos nossos julgamentos de segunda instância a partir dessa orientação.

Art. 54:

"O acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição do pagamento de custas, taxas ou despesas."

Sempre tive a idéia de que o acesso à Justiça é um direito sagrado do cidadão, vendo as despesas processuais como entrave que deveria ser abolido, o que ocorre com a edição da Lei 9.099/95, que eliminou as despesas processuais na primeira instância.

Acredito que futuramente essa situação vá se estender a número cada vez maior de processos, talvez ao ponto de o acesso à Justiça ser irrestrito, sem cobrança de qualquer despesa dos cidadãos já por demais onerados com os inúmeros tributos existentes.

Art. 55:

"A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa. Parágrafo único. Na execução, não serão contadas custas, salvo quando: I - reconhecida a litigância de má-fé; II - im procedentes os embargos do devedor; III- tratar-se de execução de sentença que tenha sido objeto de recurso improvido do devedor."

Tenho para mim que a presente norma procurou sutilmente desestimular os recursos meramente protelatórios.

Art. 59:

"Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei."

Acredito que o legislador tivesse sido mais feliz se fosse explícito ao aumentar o rol acima incluindo os recursos ou sucedâneos contra decisões, afirmando que o único recurso cabível seria aquele do art. 41.

EM CONCLUSÃO

O rito da Lei 9.099/95 se mostra resumido a poucas fases, começando pela designação da audiência de conciliação, na qual já deve ser apresentada a contestação, e, se o caso merecer, logo sendo designada a audiência de instrução e julgamento, onde todas as provas devem ser produzidas, menos os documentos que devam acompanhar a inicial ou a contestação, prolatando o Juiz a sentença na própria audiência.

Acredito que a tendência vá ser futuramente pela abolição de qualquer recurso em causas cujo valor seja considerado pequeno, tal qual ocorre no Direito francês.

Quanto à opcionalidade, creio que a idéia que a instituiu seja de multiplicar as formas de acesso à Justiça, no entanto, presumo que, com o fortalecimento do Juizado Especial Cível, tornar-se-á obrigatória a escolha por este último para as causas definidas na Lei.

O desenvolvimento do Juizado Especial Cível é questão apenas de tempo, entretanto, entendo que o que tem dificultado esse desenvolvimento seja muito mais a insuficiência de informações e de compreensão dos seus próprios operadores do que a tão propalada falta de recursos materiais.☐

OS CRIMES FALENCIAIS NO DIREITO INTERTEMPORAL

Arthur Migliari Júnior

Promotor de Justiça de São Paulo.

Professor da Universidade São Francisco e da Escola Superior do Ministério Público.

Integrante da Comissão Jurídica do Ministério Público do Estado de São Paulo para analisar, discutir e apresentar sugestões ao Projeto de Lei nº 4.376/93, da Câmara dos Deputados - atual Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo discutir alguns aspectos penais e processuais penais da nova legislação falencial, que entrou em vigor no dia 9 de junho de 2005, objeto de intensa discussão nas Casas do Congresso Nacional, inclusive com um trâmite de mais de dez anos, com tantas idas e vindas dos projetos, que acabou por ser aprovada e sancionada no dia 9 de fevereiro de 2005, e que irá substituir o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, intitulado de "Lei de Falências".

É claro que uma lei que tramita em uma Casa Legislativa por mais de dez anos encontra muito mais a opinião daqueles que a debateram do que propriamente do arquiteto da legislação.

Como a atual Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 sofreu inúmeras modificações, é importante ouvirmos a palavra sempre atual de Henry Lévy-Brull, para quem "o verdadeiro autor de uma lei, nunca é demais repeti-lo, é menos o legislador individualmente considerado que o grupo do qual ele é o porta-voz mais ou

menos fiel, de modo que as intenções pessoais deste ou daquele redator da lei podem ser encaradas como quantidade desprezível".¹

E mais adiante conclui: "Isso é tanto mais verdadeiro quanto maior lapso de tempo decorreu desde a promulgação da lei. O texto desta desprende-se de seu autor e passou a viver sua própria vida. Perdeu um certo número de características e adquiriu outras. Qualquer busca de seu sentido antigo seria um contra-senso, pois ele só permaneceu vivo na medida em que pôde adaptar-se às necessidades novas da sociedade."²

Não obstante, as modificações que sofreu o texto inicial, submetido à apreciação do Redator do Projeto de Lei, Dep. Osvaldo Biolchi, a sua pureza e essência não foram alterados quer na Câmara dos Deputados, quer no Senado Federal, passando, também, pelo crivo presidencial, sem vetos na parte criminal e processual penal, o que demonstra que estamos próximos de uma realidade palpável do mundo comercial-penal-processual, equidistante, de outro lado, dos interesses que cercam a elaboração de uma legislação mais branda.

Em relação à antiga denominação "Lei de Falências" creio que haverá necessidade de se readaptar a nomenclatura da nova legislação, não obstante já venham alguns tentando batizá-la de "Nova Lei de Falências". Não podemos concordar com essa nomeação, eis que totalmente contrária ao espírito do legislador de 2005, que dá uma nova ênfase ao novel instituto da recuperação de empresas, tratando basicamente mais da situação econômica da empresa em crise momentânea do que propriamente da falência da empresa.

Ao contrário do instituto anterior (Decreto-Lei 7.661/45), que se baseava primeiramente na quebra, com as conseqüências indigestas do quebramento da cadeia produtiva, o atual instituto Lei de Recuperação de Empresas (LRE) prevê a continuação dos negócios do

¹ HENRY LÉVY BRUHL, **Sociologia do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 72.

² HENRY LÉVY BRUHL, op. p.

empresário, com a sua retirada da frente de sua empresa, mantendo a cadeia produtiva, procurando dessa forma continuar o processo de produção, geração de empregos, contribuições tributárias, em sentido amplo, propiciando, destarte, a movimentação da massa produtiva.

Logo, não poderemos aceitar passivamente que se tente rotular a novel legislação simplesmente de "Nova Lei de Falências", eis que não é essa a finalidade precípua da mesma, mas, ao revés, deveremos tratar da mesma como a tentativa de recuperar empresas em crise momentânea ou permanente, visando o saneamento das finanças e o seu retorno à estabilidade econômica e social.

Daí porque repudiamos essa vã tentativa de se falar em "Nova Lei de Falências" para exigirmos, como o próprio instituto está a sugerir, tratar-se a Lei 11.101/2005 como sendo a Lei de Recuperação de Empresas (LRE), eis que a falência, ao revés do Decreto-Lei 7.661/45 não é o seu ponto alto - cujas concordatas eram apenas incidentais e/ou preventivas de quebras.

A nova Lei de Recuperação de Empresas (LRE) é muito, mas muito mais que isso; ela contém o embrião de um novo (re)começo para o sistema creditício nacional, motivo pelo qual afirmamos ser esta a denominação real que se deve brindar no cenário jurídico nacional: recuperação da empresa como fim maior, sendo a falência, infelizmente, a conseqüência da impossibilidade de se manter a empresa em funcionamento, pelos motivos que a própria lei estabelece.

Assim, passemos a comentar a nova parte penal e processual da Lei de Recuperação de Empresas (LRE) em face do Decreto-Lei 7.661/45, sendo que não teremos a pretensão de darmos a última palavra a respeito do tema, mas, sim, fomentar a discussão e o enriquecimento de idéias, numa área cerceada de doutrinadores especializados no assunto, cuja ausência se presta, como afirmava Rubens Requião, "à indiferença dos penalistas ou à falta de conhecimento dos comercialistas"³, florescendo, dessa forma, erva daninha

³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar** - São Paulo: Saraiva, 1988, 2º v., 10ª edição.

no lugar que deveria ser um campo semeado de grandes pensadores, mormente porque os crimes falenciais são essencialmente ligados ao crédito público e à própria cadeia produtiva nacional.

2. DO NOME CORRETO: FALENCIAL OU FALIMENTAR?:

É curioso apontar que os autores se referem aos crimes da falência como sendo "crimes falimentares". Não obstante consagrado o termo crime falimentar na doutrina e na jurisprudência pátria há mais de séculos, não podemos nos esquecer de que esse entendimento, porém, deve sucumbir. Primeiramente, necessitamos observar que a nova legislação não trata apenas dos crimes cometidos na falência, como o Decreto-Lei 7.661/45 tratava, mas, também, dos crimes cometidos nas recuperações judicial e extrajudicial - o que não existia com relação às concordatas - daí porque a utilização do termo crime falimentar não estaria correta, eis que poderá existir crime que não tenha sido praticado na falência.

Seja como for, a expressão falimentar não é correta, nunca.

E pregoamos que o melhor momento para se alterar a sua utilização é agora, com a modificação legislativa, passando a utilizar o termo *falencial* ao invés do já consagrado e utilizadíssimo *falimentar*.

É certo que os léxicos apontam um e outro como sinônimos, sendo que os doutrinadores, em voz unânime, jamais pestanejaram quanto à correção de um ou outro termo, apontando-os indistintamente, quando se pretende referir aos crimes da falência.

No entanto Pedro Caeiro, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, após a edição do Código Penal português em 1995⁴, afirmou que o correto na utilização do termo é *falencial* e não *falimentar*.⁵ Aduz que o termo falencial é o decorrente da falência, que é a ação ou efeito de falir, cessação de pagamentos, quebra

⁴ Com a entrada em vigor do DL nº 48/95, de 15 de março de 1995, onde foi aprovada a Revisão do Código Penal português, os crimes falenciais passaram a integrar os arts. 227º, 228º e 229º, previstos no Capítulo IV do Título II da Parte Especial.

⁵ CAEIRO, Pedro. "Sobre a natureza dos crimes falenciais". Universidade de Coimbra. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra Editora, 1996, p. 81.

de um negociante, enquanto que o termo falimentar decorre de erro, omissão, míngua, carência, falha, gerando a palavra falimento, e, conseqüentemente, o falimentar. Ademais, o termo *falimentar* é decorrente do *italianismo* ao passo que falencial advém do português. Daí a sugestão do autor de Coimbra ao apressar-se em utilizar o termo falencial ao invés de falimentar, o que nos parece mais adequado.

3. A HISTÓRIA DA PERSECUÇÃO PENAL FALENCIAL NO BRASIL

Não podemos deixar de observar que o Brasil sempre puniu os delitos falenciais, a começar pelas Ordenações do Reino, que mandavam observar os delitos praticados pelos comerciantes, tratandolos como verdadeiros criminosos em caso de bancarrota, eis que sobre os mesmos pesavam a dupla presunção legal de punibilidade, ou seja, falência e crime eram uma única coisa.

A "Lei da Boa Razão", de 18 de agosto de 1769, continuou a punir os delitos falenciais, observando-se as regras estabelecidas nas Ordenações do Reino.

O Código Criminal do Império, de 1830, passou a prever os crimes falenciais em disposição própria (art. 263), e tal fato não foi alterado com a edição do Código Comercial de 1850, embora este tratasse das falências em disposições própria, sob o epíteto capitular "Das Quebras".

O Código Penal de 1890 (Decreto 847, de 11 de outubro de 1890) passou a cuidar dos crimes falenciais artigos 336 e 337, no Capítulo III, "**Da falência**", no Título XII "*Dos crimes contra a propriedade pública e privada*", sendo que Decreto Republicano nº 917 de 24 de outubro de 1890 apenas ratificou as determinações penais mencionadas.

A Consolidação das Leis Penais, Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932, manteve a mesma forma de repressão penal dos crimes falenciais (artigos 336 e 337).

A Lei 2.024/1908 foi o ponto culminante para a modificação da filosofia penalística-falencial no Brasil, introduzindo os tipos penais no próprio corpo da lei comercial-falencial, nascendo a natureza híbrida das normas penais-falenciais, como se vê dos artigos 167

a 173, que cuidavam dos crimes falenciais e, dos artigos 174 a 177 que tratavam do processo penal falencial.

Já os Códigos Penais de 1940 e 1969 não cuidaram do instituto penal, mesmo porque a falência e seus dispositivos penais passaram a ser instituto próprio do Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945, nos arts. 186 a 191, embora o inquérito judicial estivesse em disposições distintas (arts. 103 a 113).

E, finalmente, temos a Lei 11.101/2005, oriunda do Projeto de Lei nº 4.376/93, proveniente da Mensagem nº 1.014, de 21 de dezembro de 1993, elaborado pela Comissão constituída pela Portaria nº 233 do Ministério da Justiça. A Lei 11.101/05 foi publicada na edição extra do D.O.U. de 9 de fevereiro de 2005, transformando-se na Lei 11.101, de 2005.

4. OS CRIMES FALENCIAIS EM ALGUNS PAÍSES.

O Código Penal de Portugal de 1982, bem como a Revisão, que acabou de ser realizada através do Decreto-Lei nº 48/95, promulgado em 15 de março de 1995, e retificado pela Declaração nº 73-A/95, de 14 de junho de 1995, continuam mantendo os crimes falenciais na área dos crimes contra o patrimônio.

Nesse meio-tempo, porém, foi editado o Decreto-Lei nº 132, de 23 de abril de 1993, que veio a aprovar o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CFal), onde, no seu art. 3º, acabou por dar nova redação aos artigos 325º, 326º e 327º do Código Penal português⁶ e, pelo art. 3º do novo dispositivo legal português (Dec.-Lei 132/93), veio a revogar inteiramente o art. 324º do Código Penal, que tratava do delito de frustração de créditos⁷.

⁶ São os crimes de frustração de créditos (324º), falência dolosa (325º), falência por negligência (326º) e favorecimento de credores (327º)

⁷ Código Penal de Portugal:
Art. 325º (falência dolosa)

1. O devedor comerciante que com a intenção de prejudicar os seus credores:

a) Destruir, danificar, inutilizar ou fizer desaparecer parte do seu património;

b) Diminuir ficticiamente o seu activo, dissimulando objectos, invocando dívidas supostas, reconhecendo créditos fictícios, incitando terceiros a apresentá-los ou simulando, por qualquer outra forma, uma situação patrimonial inferior à realidade, particularmente por meio de contabilidade inexacta ou de falso balanço;

c) Para reterdar a falência, comprar mercadorias a crédito, com o fim de as vender ou utilizar em pagamento por

A reforma do Código Penal de 1995, em Portugal, no entanto, não alterou as disposições especiais do Dec.-Lei 132/93.

De outro lado, na França, os crimes falenciais são tratados em separado, conforme se vê da **Ordenance** prevista no Code de Commerce, pela Lei 2.000-912, de 18 de setembro de 2000, prevenindo a pena base de cinco anos de prisão, mais 75.000 (setenta e cinco mil euros) de multa, consoante estampado nos artigos 626-1 a 626-14⁸, além da responsabilização penal da pessoa jurídica, con-

preço sensivelmente inferior ao corrente, será punido, se vier a ser declarado em estado de falência, com prisão até 5 anos.

2. A mesma pena será aplicada ao concordado que não justificar a regular aplicação dada aos valores do activo existentes à data da concordata.

3. Qualquer terceiro que, com conhecimento do devedor ou em seu benefício, praticar os factos referidos no n.º 1 deste artigo, se o estado de falência vier a ser declarado, será punido com prisão até 2 anos.

Art. 326º (falência por negligência)

1. O devedor comerciante que, por grave incúria ou imprudência, prodigalidade ou despesas manifestamente exageradas, especulações ruinosas, ou grave negligência de exercício da profissão, criar um estado de falência, se esta vier efectivamente a ser declarada, será punido com prisão até 1 ano e multa até 100 dias.

2. Aos factos indicados no número anterior é equiparado o caso do devedor que vier a ser declarado falido, quando tenha deixado de cumprir as disposições que a lei estabelece para a regularidade da escrituração e das transações comerciais, salvo se a exiguidade do comércio e as rudimentares habilitações literais do falido o relevarem do não cumprimento dessas disposições.

3. O procedimento criminal depende de queixa, que deve ser exercida dentro de 3 meses a partir da declaração da falência.

4. O direito de queixa não poderá ser exercido pelo credor que tiver induzido o falido a contrair levemente dívidas, a fazer despesas exageradas, a dedicar-se a especulações ruinosas ou que o tiver explorado usurariamente.

Art. 327º (Favorecimento de credores)

O devedor que, conhecendo a sua situação de insolvência e com a intenção de favorecer certos credores em prejuízo de outros, solver dívidas ainda não vencidas ou as solver de maneira diferente do pagamento em dinheiro ou valores usuais, ou der garantias para as suas dívidas a que não era obrigado, será punido com prisão até 2 anos ou até 1 ano, conforme venha a ser declarado em estado de falência ou de insolvência.

⁸ Código Comercial da França:

Art. L. 626-1 - *Les dispositions de la présente section sont applicables:*

1º À tout commerçant, agriculteur ou personne immatriculée au répertoire des métiers;

2º À tout personne qui a, directement ou indirectement, en droit ou en fait ou liquidé une personne morale de droit privé ayant une activité économique;

3º Aux personnes physiques représentants permanents de personnes morales dirigeants des personnes morales définies au 2 ci-dessus.

Art. L. 626-2 - *En cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, son coupables de banqueroute les personnes mentionnées à l'article L. 626-1 contre lesquelles a été relevé l'un des faits ci-après:*

1º Avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, soit fait dès achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds;

2º Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou débiteur;

3º Avoir frauduleusement augmenté le passif du débiteur;

4º Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque la loi en fait l'obligation;

5º Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales.

Art. 626-3 *La banqueroute est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 d'amende.*

Encourent les mêmes peines les complices de banqueroute, même s'ils n'ont pas la qualité de commerçant, d'agriculteur

forme estatuído no artigo 626-7, fazendo referência direta às penalidades previstas no artigo 131-38 e 131-39, do Código Penal.⁹

Já na Espanha, os crimes falenciais foram remetidos ao Código Penal Espanhol, no seu Título XIII, que trata dos delitos contra o patrimônio e contra a ordem socioeconômica, merecendo destaque o Capítulo VII que trata das insolvências puníveis, sendo que o Capítulo VIII trata dos crimes cometidos contra os concursos e hastas

ou d'artisan ou ne dirigeant pás, directement ou indirectement, en droit ou fait, une personne morale de droit prive ayant une activité économique.

Art. 626-4 Lorsque l'auteur ou le complice de banqueroute est un dirigeant d'une entreprise prestataire de services d'investissement, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 d'amende.

Art. L. 626-5 Les personnes physiques coupables des infractions prévues par les articles L. 626-3 et L. 626-4 encourent également les peines complémentaires suivantes:

1° L'interdiction des droit civiques, civils et de famille, suivant les modalités de l'article 131-26 du Code penal;

2° L'interdiction, por une durée de cinq ans au plus, d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ;

3° L'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus ;

4° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ;

5° L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35 du Code pénal.

Art. L. 626-6 - La juridiction qui reconnaît l'une des personnes mentionnées à l'article L. 626-1 coupable de banqueroute peut, en outre, prononcer soit la faillite personnelle de celle-ci, soit l'interdiction prévue à l'article L. 625-8.

Lorsqu'une juridiction répressive et une juridiction civile ou commerciale ont, par des décisions définitives, prononcé à l'égard d'une personne la faillite personnelle ou l'interdiction prévue à l'article L. 625-8 à l'occasion des mêmes faits, la mesure ordonnée par la juridiction est seule exécutée.

Art. 626-7 - 1 - Les personnes morales peuvent être declares responsables pénalement, dans lès conditions prévues pr l'article 121-2 du Code pénal, des infractions prévues par les articles L. 626-3 et L. 626-4.

II - Les peines encourues par les personnes Morales sont:

1° L'amende, suivant les modalités prévus par l'article 131-38 du Code pénal;

2 Les peines mentionnées à l'article 131-39 du Code pénal.

III - L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 du Code pénal porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

⁹ *Art. 131-37. Les peines criminelles ou correctionnelles encourues par les personnes morales sont :*

1° L'amende ;

2° Dans les cas prévus par la loi, les peines énumérées à l'article 131-39.

Art. 131-38. Le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu por les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction.

Art. 131-39. Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes :

1° La dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans (L. N° 2001-504, 12 juin 2001), détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ;

2° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ;

3° Le placement, pour une durée de cinq ns au plus, sous surveillance judiciaire ;

4° La fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;

5° L'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;

6° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de faire appel public à l'épargne ;

públicas, inclusive mencionando expressamente a proibição de participar das hastas públicas judiciais.¹⁰

Na Argentina, assim como na grande maioria dos países, os crimes falenciais são tratados nos respectivos Códigos Penais, como se vê do § 122 do Código Penal Argentino, especialmente no Capítulo dos crimes contra o patrimônio.

Merece atenção a explicação de Sebastian Soler, em sua bela obra:

7º L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement;

8º *La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ;*

9º *L'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication audiovisuelle.*

Les peines définies aux 1º et 3º ci-dessus ne sont pas applicables aux personnes morales de droit public dont la responsabilité pénale est susceptible d'être engagée. Elles ne sont pas non plus applicables aux partis ou groupements politiques ni aux syndicats professionnels. La peine définie au 1º n'est pas applicable aux institutions représentatives du personnel.

¹⁰ Código Penal Espanhol:

Art. 257.

1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:

1º En que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.

2º Quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.

2. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.

3. Este delito será perseguido aún cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal.

Art. 258. El responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Art. 259. Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses, el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto.

Art. 260.

1. El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre.

2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica.

3. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal.

Art. 261. El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses.

*"En el capítulo quinto del título referente a los delitos contra la propiedad se incluye una serie de infracciones bajo la designación "quebrados y otros deudores punibles". Es frecuente en la legislación comparada que la regulación de esa materia dependa directamente de la legislación comercial o de leyes especiales no puramente de carácter penal. En nuestro Código, se enuncian las siguientes figuras: quiebra fraudulenta, 176; quiebra culpable, 177; quiebra de sociedad anónima o cooperativa, 178; concurso civil fraudulento, 179; colusión dolosa, 180."*¹¹

Da mesma forma, a nova Lei de Quebras portenha, sob o número 24.522, sancionada em 20 de julho de 1995, promulgada parcialmente em 7 de agosto de 1995 e publicada no dia 9 de agosto de 1995, na Argentina, teve o condão de alterar as disposições penais, preferindo o legislador argentino manter as disposições penais dos crimes falenciais na legislação penal, no mesmo capítulo já mencionado do Código Penal¹².

¹¹ SEBASTIAN SOLER. **Derecho Penal Argentino**. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1967, Tomo IV, p. 383/384.

¹² *Código Penal Argentino*:

Capítulo V - Quebrados y otros deudores punibles

Art. 176.- Será reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en algunos de los hechos siguientes:

1° simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas;

2° no justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; subtrae u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa;

3° conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.

(Nota: texto conforme lei Nº. 23.077)

Art. 177.- Será reprimido, como quebrado culpable, con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial de dos a cinco años, el comerciante que hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores, por sus gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta.

(Nota: texto conforme lei nº. 23.077)

Art. 178.- Cuando se tratare de la quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio, o se hubiere abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera, todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o del banco o entidad financiera en liquidación sin quiebra, o contador o tenedor de libros de los mismos, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena de la quiebra fraudulenta o culpable, en su caso. Con la misma pena será reprimido el miembro del consejo de administración o directivo, síndico, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia, o gerente, tratándose de una sociedad cooperativa o mutual.

(Nota: texto conforme leis nºs. 21.338 e 23.077)

Assim o Brasil, quebrando com a tradição do sistema repressivo-penal, passou a instituir leis híbridas, ou normas penais mistas, tratando de disposições civis, penais, comerciais, processuais civis e processuais penais e, no caso da LRE (Lei de Recuperação de Empresas e Falências), seguindo a tradição italiana, tratou todos os dispositivos envolvendo a falência em uma única disposição legislativa, o que nos parece mais acertado, em face da forma específica de persecução e visão macro do magistrado.

5. A EXISTÊNCIA DOS CRIMES FALENCIAIS NAS RECUPERAÇÕES DE EMPRESA.

Nos parece que a presente legislação falencial é dotada de uma grande dose de consideração com princípios caros no Direito Civil e Comercial, como a boa-fé nos negócios, a licitude, a correção das pessoas envolvidas, fazendo grande aposta na sinceridade dos argumentos das partes envolvidas nas negociações das empresas em crise ou em falência.

Por conta disso, a presente legislação falencial - diferentemente de todas as anteriores - passou a cuidar dos crimes cometidos na fase de recuperação de empresas - judicial ou extrajudicialmente - inclusive protegendo os devedores de eventuais dissabores contra a sua pessoa (arts. 169 e 170, da Lei 11.101/05).

6. NATUREZA JURÍDICA DOS CRIMES FALENCIAIS.

Não podemos deixar de lado que os crimes falenciais sempre geraram dissabores na comunidade de credores e na sociedade em

Art. 179.- *Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiére alguno de los actos mencionados en el artículo 176.*

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles.

(Nota: texto conforme leis nºs. 17.567, 20.509 e 23.077)

Art. 180.- *Será reprimido con prisión de un mes a un año, el acreedor que consintiere en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o con un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato, convenio o transacción.*

La misma pena sufrirá, en su caso, todo deudor o director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole, en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes, que concluyere un convenio de este género.

(Nota: texto conforme leis nºs. 11.221 e 23.077)

si, que perde postos de trabalho, gerando o esvaziamento dos lucros das empresas, da arrecadação etc., enfim, torna-se um círculo vicioso de insucessos, gerando crises financeiras, inclusive no País.

Dizia Santiago Mir Puig:

*"as modificações que têm experimentado o capitalismo e o modelo de Estado no nosso âmbito cultural determinaram ou exigiram certas mudanças nos bens jurídicos do Direito Penal. Na atualidade, abre-se espaço à opinião segundo a qual o Direito Penal deve estender sua proteção a interesses menos individuais, porém de grande valor para amplos setores da população, como o meio ambiente, a economia nacional, as condições de alimentação, o direito ao trabalho em determinadas condições de segurança social e material".*¹³

A doutrina não é consensual na apreciação da natureza jurídica do crime falencial, tanto assim que Osman Loureiro considerava o crime falimentar como sendo aquele praticado contra o comércio e, remotamente, contra a economia pública.

De outro lado, Manoel Pedro Pimentel apontava para ofensa ao crédito público como a natureza jurídica dos crimes falimentares.¹⁴

Para João Marcello de Araújo Junior, há outra visão, também importante, dizendo o autor:

"Nosso entendimento é mais específico. Para nós, os crimes falimentares ofendem à ordem econômica. Com a punição dos crimes falimentares o Estado objetiva proteger a segurança da ordem econômica sob o especial aspecto da funcionalidade do sistema creditício e, secundariamente, preservar os interesses dos credores e dos trabalhadores. Trata-se, portanto, de um bem jurídico supra-individual, no qual estão embutidos

¹³ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal, Parte General**. PPU. Barcelona, 1985, p. 105

¹⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. "Crimes Falimentares", in "**Legislação Penal Especial**", RT, São Paulo, 1972, p. 95

aspectos de interesses individuais, porém de forma secundária. Quando um crime falimentar é punido, o interesse imediato da proteção penal não é o patrimônio dos credores. A punição se destina a preservar saúde do sistema creditício, com o fim de prevenir a insegurança no mercado, que a cada quebra se vê abalado pela desconfiança gerada." ¹⁵

Interessante trazer à baila o posicionamento de J. C. Sampaio de Lacerda, que aponta inúmeros autores e suas posições doutrinárias diversas, cada qual entendendo de uma forma a natureza jurídica dos crimes falimentares. Diz o festejado autor:

*"Natureza jurídica do crime - Ainda neste ponto variam as opiniões. Os primeiros escritores que dele se ocuparam assimilavam-no ao furto. O mesmo fazia a legislação punindo com as penas deste o falido fraudulento: **furibus et latronibus ita equiparavit** (SCACCIA, § VII, gl. VI, n. 149, p. 480). Outros identificam com o estelionato ou variedade deste. Esses entendimentos, esclarece OSCAR STEVENSON, não mais se podem tomar em conta. Em se tratando de crime do falido, a diminuição do patrimônio, por ele causada, não poderia identitizar-se ao furto, de vez que não se concebe subtração de bens pelo próprio dono. Menos ainda ao estelionato, que requer o emprego de artifícios para iludir a confiança de outrem e espoliá-lo em sua propriedade. Se o objeto material são coisas pertencentes ao sujeito ativo do crime, ficam excluídos o furto, o estelionato ou a apropriação indébita (447). É crime contra o patrimônio, afirmam PUGLIA, RAMELLA, VON LISZT, CARVALHO DE MENDONÇA, GALDINO DE SIQUEIRA, LONGHI, DELITALA, DE SEMO. Objeto jurídico do crime é o dano causado ao patrimônio dos credores, bem*

¹⁵ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de, **Dos Crimes contra a ordem econômica**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1995, p.111.

jurídico que está sob a imediata tutela da lei, porque assim ordena o interesse público, que constitui, na realidade, sempre e necessariamente o objeto jurídico do crime (448). É a classificação tradicional de nossas leis, desde o código criminal de 1830, que o catalogava como crime contra a propriedade. "O crime falimentar, acentua OSCAR STEVENSON, não pode considerar-se como de lesão do patrimônio dos credores. É que seja cometido pelo devedor, seja por outras e determinadas pessoas, não se dirige à propriedade dos credores mas do próprio falido. Os direitos de garantia acaso ofendidos não bastam para emprestar-lhe caráter patrimonial" (v. GENNARO, pág. 35). Há ainda quem sustente tratar-se de crime contra a fé pública (CARRARA, LEMMO, GALDINO SIQUEIRA. etc.) o crime contra a pública economia (PESSINA, CARFORA). O delito deve ser capitulado, afirma OSCAR STEVENSON, como sendo contra o comércio, dentro de uma divisão genérica dos crimes contra a economia pública. Neste sentido tem natureza de crime social, criado pelas contingências da vida em sociedade, e não natural, o que atenta contra a pessoa ou propriedade (449). É também a classificação dada por BONELLI, GENNARO e MASÉ DARI." ¹⁶

De há muito, Oscar Stevenson dizia que o bem jurídico tutelado no crime falimentar é o 'perigo para o comércio e para a economia pública'.¹⁷

De outra parte, José Troncoso Júnior aduz que o crime falimentar tem caráter nitidamente contra a economia pública, dizendo o autor: "O crime falimentar deve ser capitulado como sendo contra o comércio, dentro de uma divisão genérica dos crimes contra a economia pública".¹⁸

¹⁶ SAMPAIO DE LACERDA, J. C. **Manual de Direito Falimentar**. Livraria Freitas Bastos, 1967, 4ª ed., São Paulo-Rio de Janeiro, p. 282-283

¹⁷ STEVENSON, Oscar. "**Do Crime Falimentar**". Livraria Acadêmica. Saraiva & Cia. 1939. São Paulo, p.89/90.

¹⁸ TRONCOSO JÚNIOR, José. **Direito Penal Falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 2.

Führer dá a classificação o crime falimentar como sendo "todo ato previsto na lei, praticado antes ou depois da falência, de que resulte ou possa resultar prejuízo aos interesses que se estabelecem em torno da massa falida".¹⁹

Já Ruben Ramalho, após criticar aqueles que colocam os crimes falimentares como sendo de natureza patrimonial ou contra a fé pública, diz que são parte de uma categoria específica de delitos.²⁰

Paulo Roberto Colombo Arnoldi segue a doutrina de Carvalho de Mendonça, dizendo que se trata de crime de dano causado ao patrimônio dos credores.²¹

Por seu turno, explicita Waldemar Ferreira que os crimes falenciais são de ordem pública, de perigo e dano, punidos a título de dolo e contra o patrimônio público e economia pública.²²

Das várias definições estudadas, sentimos que os crimes falenciais têm natureza híbrida, posto que ferem mortalmente o *crédito público* e a *economia pública*, gerando a instabilidade nas relações comerciais e econômicas. São situações que abalam a credibilidade daqueles que negociam, além das perdas naturais do relacionamento comercial.

Dentro dessa linha de raciocínio, entendemos que o crime falencial tem natureza pública, gerando a instabilidade ao crédito público e à economia pública.

Este, o móvel propulsor da ação penal falencial.

E esta posição não é afetada pela criação da nova Lei da Recuperação de Empresas e Falências (LRE) dos tipos penais decorrentes da não decretação da falência, em face dos novos alicerces que

¹⁹ FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Crimes Falimentares**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 49.

²⁰ RAMALHO, Ruben. **Curso Teórico e Prática de Falências e Concordatas**. São Paulo: Saraiva, 1989, 2ª ed., p. 357/358.

²¹ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Direito Comercial. Falências e Concordatas**. LED - Editora de Direito Ltda. 1999, 2ª edição, p. 304.

²² FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. 15º vol. "O Estatuto da Falência e da Concordata". São Paulo: Saraiva, 1966, p. 415.

geriram a nova legislação, como no caso da recuperação judicial das empresas.

7. ELEMENTO SUBJETIVO DO INJUSTO: DOLO.

Durante a vigência do Decreto-Lei 7.661/45, entendia-se que bastava se falar em dolo para a punição dos crimes falimentares. A enorme discussão sobre a existência de crimes culposos na falência se prende à falta de estruturação de nossa legislação falimentar, inovadora, para sua época, bem como à influência do direito falimentar anterior (Lei 2.024/08 e Dec.-Lei 7.661/45).

Hoje, no entanto, não há mais espaço para a discussão sobre o tema, valendo lembrar os ensinamentos de Paulo Salvador Frontini, *verbis*:

"Sem embargo desses óbices, é possível dizer que, ou pela vontade de querer causar um dano, ou pela vontade de causar um perigo, em todos os casos o crime falimentar é sempre doloso.

*A vontade de causar dano ou assumir o risco de produzi-lo transparece nos casos dos artigos 187, 189 190: trata-se de dolo de dano direto ou eventual. A vontade de causar um perigo, penalmente punível se sobrevier o dano, desponta nos casos dos artigos 186 e 188."*²³

Todos os delitos punidos na Lei 11.101/2005 são punidos a título de dolo, sendo que, em alguns casos, se exige o dolo específico, como se vê dos seguintes artigos:

- art. 168, *"com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem"*.

- art. 169 - *"contribuindo para a condução do devedor a estado de inviabilidade econômica ou financeira"*.

²³ *Justitia*, São Paulo, 42 (109): 102-119, mar/jun.1980.

- art. 170 - "*com o fim de levá-lo à falência ou de obter vantagem*".

- art. 171 - "*com o fim de induzir a erro o juiz, etc.*"

- art. 172 - "*...destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais*".

De outro lado, cumpre esclarecer que, em razão da nova legislação, extinguiram-se de vez quaisquer dúvidas sobre a denominação "fraudulenta" e "culposa" das falências, posto que isto dizia respeito ao regime da Lei 2024/1908, anteriormente, pois, ao Decreto-Lei 7.661/45.

Como a Lei de Recuperação de Empresas (LRE) expressamente revogou os artigos 503 a 512 do CPP pelo artigo 200 da Lei 11.101/05, não há mais que se pensar nessa dicotomia, que já não existia nem mesmo no Decreto-Lei 7.661/45.

8. SUJEITOS DO DELITO. CRIMES PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS

Clássica é a divisão dos crimes falenciais tendo em vista o sujeito ativo do delito, sendo que a Lei de Recuperação de Empresas (LRE) não discrepa dessa divisão dizendo que são crimes próprios aqueles cometidos pelos devedores e impróprios aqueles que participam da relação processual - direta ou indiretamente como é o caso dos contadores, juízes, promotores, administradores, gestores, conselheiros etc. - arts. 168, § 3º, 169 e 170, 174, 175, 177, 179. É de se observar que depositário não foi mencionado na LRE, mas poderá ser colocado como concurso de pessoas normal (CP, art. 29).

Sujeito passivo da relação penal falencial é especialmente o Estado, a sociedade; via de regra, a comunidade de credores, habilitados ou não, e, agora, também, o devedor, nos crimes dos artigos 169 e 170.

9. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA:

No Decreto-Lei 7.661/45 não se podia falar em tentativa.

Agora sim, eis que haverá mais de um momento consumativo dos delitos falenciais, isto é, tanto na recuperação de empresa como na falência propriamente dita, sendo que os delitos poderão ser apurados em momentos diversos.

Podemos exemplificar como sendo o caso de uma tentativa de desvio de bens da massa falida, quando os bens estão sendo colocados em um caminhão, a fim de ser transportados. Antes da saída do caminhão, já com a carga embarcada, são os devedores detidos pela polícia, avisada pelos funcionários ou ex-funcionários da empresa, da intenção de desviarem os bens. Claro que a conduta é tentada.

10. SENTENÇA COMO CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE.

Elemento constitutivo do crime falencial e de recuperação de empresa é a sentença que decreta a quebra ou que concede a recuperação judicial ou extrajudicial da empresa em crise. A punibilidade dos crimes falenciais pela sentença é sempre um fator externo ao crime falencial.

Caso contrário, ou seja, não existindo o crime falencial, será crime comum, se tipificado na legislação penal.

A sentença declaratória de falência ou da concessão da recuperação judicial ou extrajudicial é condição imprescindível do crime falencial.

Sem a sentença declaratória da falência ou da concessão da recuperação, em qualquer de suas modalidades, todos os fatos *antefalenciais*, em regra, que a lei enumera como crimes falenciais são indiferentes penalmente, posto que é a sentença declaratória o marco divisório da existência ou não de crimes falenciais.

É, pois, a sentença declaratória o elemento integrante da injuridicidade, passando a ser fato integrativo do crime. Desta forma é elemento constitutivo e específico desse delito, inteiramente peculiar ao mesmo.

Júlio Fabbrini Mirabete bem discorria sobre a sentença declaratória da falência e sua influência decisiva no andamento e apuração dos crimes falimentares, sendo por várias vezes utilizada a ensinança nos diversos processos criminais em que atuamos, assim como por outros Promotores de Justiça das Falências, nestes termos:

"A sentença declaratória de falência é pressuposto dos crimes pós-falimentares, e condição objetiva de punibilidade dos crimes antefalimentares, exceto quando a quebra é elemento do

crime. A condição objetiva de punibilidade é um acontecimento incerto, posterior ao fato criminoso e não coberto pelo dolo do agente. Assim, não pode anteceder ao crime, sendo nesse caso, seu pressuposto. Será elemento do crime a sentença se o tipo penal exigir que a quebra esteja abrangida pela consciência do agente, perfazendo o dolo da infração, como no art.186, III da LF. Caso contrário, nos crimes falimentares, é mera condição de punibilidade como nos crimes previstos no art.186, VI e VII etc., e não condição de procedibilidade, que se refere direta e exclusivamente às condições para o exercício da ação penal".²⁴

Do mesmo modo é a posição do festejado Heleno Cláudio Fragoso, ao sustentar a necessidade do preenchimento de condições para a persecução criminal ou para a existência do crime, nestes termos:

"Em certos casos excepcionais, a existência do crime, além das características gerais que indicamos, exige mais que ocorra condição objetiva de punibilidade. Entende-se por condição objetiva de punibilidade a condição exterior ao modelo legal de conduta punível (tipo), de que dependente a ilicitude penal do fato. É o caso, por exemplo, dos crimes falimentares, que dependem sempre da sentença declaratória de falência, que é condição objetiva de punibilidade. Como logo se percebe, nos casos em que a lei prevê condição objetiva de punibilidade, ela constitui pressuposto da pena, e, portanto, característica ou requisito do fato punível".²⁵

Outro ponto importante é que a sentença declaratória da falência pode ser passada, futura ou concomitante com relação aos fatos criminais. Porém nunca é dispensável.

²⁴ in **Processo Penal**, Atlas, São Paulo, 1996, p. 542/543

²⁵ Fragoso, Heleno Cláudio **Lições de Direito Penal**, Editora Forense - Rio de Janeiro, 12ª edição, v. 1º, p. 148.

Neste ponto, buscamos a essencial aula de Waldemar Ferreira, nestes termos:

"A CONDICIONALIDADE DO CRIME FALIMENTAR. - Admitindo como crime condicional o que somente se configura mediante a verificação de acontecimento incerto e futuro, ou mesmo concomitante com o fato voluntário, que o externa, não se poderá deixar de haver o crime de falência como condicional. É desse natureza por depender da sentença que a declare: essa é a conditio sine qua non. Sem falência declarada por sentença inexistente crime falimentar." ²⁶

De outra banda, não podemos nos esquecer de que a sentença declaratória da falência ou da concessão da recuperação é um marco divisório entre uma simples contravenção penal, como se vê dos artigos 47, 48 e 49 da Lei das Contravenções Penais²⁷, modificando a natureza da infração penal, posto que o fato, até então considerado mero crime-anão, com a quebra, passa a constituir crime falencial.

É esta a leitura do disposto do antigo artigo 192 do antigo Dec.-Lei 7.661/45: "Art. 192. Se o ato previsto nesta lei constituir crime por si mesmo, independentemente da declaração da falência, aplica-se a regra do art. 51, § 1º, do Código Penal."

Tal disposição, embora não reiterada na Lei 11.101/05, continua em pleno vigor, mesmo porque não seria o legislador obrigado a falar que uma coisa é crime comum, quando não tratar em disposição especial.

Assim veremos de maneira mais apropriada ainda, quando observarmos os conflitos de atribuições e conflitos de competência, onde, useira e vezeiramente, se vê a tentativa de modificação do juízo natural do processo comum para o juízo especial da falência, o que, a nosso ver, é grave erro de interpretação jurídica.

²⁶ op. cit., 412.

²⁷ Vide nossos comentários na obra **Leis das Contravenções Penais e Leis Penais Correlatadas. Porte de Arma, Bingo e Trânsito**. São Paulo: Interlex. 2000.

A nova LRE (Lei de Recuperação de Empresas e Falências) modificou totalmente esse posicionamento doutrinário e jurisprudencial, posto que no art. 180 simplesmente diz ser a sentença condição de punibilidade, encerrando a antiga discussão, sem maiores esclarecimentos sobre a metodologia e dogmática empregados para tal fim.

11. PRESCRIÇÃO PENAL DOS CRIMES FALENCIAIS

Pela Lei de Recuperação de Empresas (LRE) nasce uma nova regra a se observar nos crimes falenciais com relação à prescrição: determina a lei que se observem as normas do Código Penal (LRE, art. 182).

Devemos observar, por outro lado, quando se tratar de crime cometido na recuperação judicial ou extrajudicial da empresa, que a decretação da falência é causa de interrupção da prescrição (art. 182, parágrafo único, LRE.).

A antiga regra prevista nos artigos 132 e 199 do Decreto-Lei 7.661/45 continua valendo para os crimes cometidos anteriormente à Lei 11.101/05.

No entanto, uma nova discussão deve ser observada:

Pelo regime anterior, contavam-se os prazos de prescrição em dois blocos - 2 anos para encerrar a falência - 2 anos para a persecução penal - totalizando 4 anos.

Pela nova regra, contam-se os prazos a partir da decretação da falência (art. 182, Lei 11.101/05), eis que tal disposição penal mandou seguir os ditames do Código Penal e, especificamente, disse que o prazo de prescrição "*começa a correr do dia da decretação da falência...*".

Por esta redação deveremos observar, quando da análise dos crimes do artigo 186 do Decreto-Lei 7.661/45, se já não estão prescritos, eis que a norma da Lei de Recuperação de Empresas (LRE) é muito mais benéfica ao agente, devendo ser utilizada.

11.1. Prescrição em relação ao crime falencial decorrente da extensão dos efeitos da falência.

A falta de análise dos crimes falenciais gera uma pobreza doutrinária e jurisprudencial incomensurável, sendo que ao longo de

nossos estudos não encontramos autores dissertando sobre o presente tema.

Quando, no curso de uma falência, é determinada a extensão dos efeitos da quebra para outra empresa, temos presente que começa a fluir novo prazo prescricional com relação aos novos delitos em relação a esta empresa, o que não poderá deixar de ser considerado pelos julgadores, eis que houve a quebra de uma segunda empresa. Esta segunda data é que deverá ser observada para a contagem do prazo prescricional e não a primeira sentença de quebra, por óbvio.

Isto porque a natureza jurídica da declaração de extensão dos efeitos da falência para outra empresa é, segundo os doutrinadores do Direito Comercial, uma nova sentença de falência, uma nova quebra dentro da primeira quebra.

12. A PLURALIDADE DOS CRIMES FALENCIAIS.

Pela Lei de Recuperação de Empresas (LRE) deixa de existir o princípio da unicidade dos crimes falimentares do Decreto-Lei 7.661/45 e passa a existir, ao contrário, a pluralidade dos crimes falenciais, eis que os delitos, agora, poderão existir em diversos momentos, todos eles distintos entre si.

O fato gerador dos crimes na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial são situações diferentes daqueles praticados sob a égide do Decreto-Lei 7.661/45, eis que era a decretação da falência que tornava todos os delitos falenciais.

Ocorre que a situação atual é distinta, pois haverá vários momentos consumativos dos delitos, em situações absolutamente díspares, eis que dependerá sempre da condição do devedor ou falido (quer seja na recuperação judicial ou extrajudicial, quer seja na falência), sendo que a sentença será apenas um marco de modificação da competência criminal.

13. OS EFEITOS DA CONDENAÇÃO:

A Lei de Recuperação de Empresas (LRE) criou normas específicas de efeitos da condenação no artigo 181, que não são automáticos. Deverão ser motivados pelos julgadores (art. 181, § 1º).

Tais efeitos da condenação são distintos daqueles já estabelecidos no Código Penal (arts. 91 e 92), sendo que nada impede que se utilizem os dois dispositivos penais.

Os efeitos da condenação perduram por 5 (cinco) anos após a extinção da punibilidade do cumprimento da pena (regra geral, art. 94,CP), sendo que a própria Lei 11.101/05 criou uma exceção, que é a reabilitação penal pleiteada na forma do art. 94 do Código Penal, ou seja, após 2 (dois) anos da extinção da punibilidade, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos para a reabilitação, entre eles a reparação do dano causado, salvo impossibilidade de fazê-lo, o que, na prática, não nos parece ser efetivamente produtor quanto ao tempo e à exceção, pois dificilmente ocorrerão o interstício e os requisitos para a reabilitação penal no mesmo momento.

14. CRIMES EM ESPÉCIE: GENERALIDADES.

Inicialmente, cumpre observar que todos os crimes previstos no Decreto-Lei 7.661/45 que foram alvo de abordagem na Lei de Recuperação de Empresas (LRE) tiveram suas penas agravadas, motivo pelo qual não poderão ser utilizadas as penas da nova lei para os tipos legais anteriores.

Observemos os tipos penais da Lei 11.101/2005.

Art. 168 - Fraude contra credores - corresponde o *caput* ao antigo art. 187 do Dec.-Lei 7.661/45, com a pena agravada, não existindo grande novidade.

Os §§ 1º, 2º e 3º são normas específicas de escrituração, destruição de dados contábeis, contabilidade paralela e concurso de pessoas com contadores, técnicos contábeis, auditores, etc., encerrando antiga celeuma e teses defensivas no sentido de que havia "contador externo que cuidava da contabilidade e, por isso, não poderia ser culpado o empresário".

Apesar de balela, foi a nova lei incisiva, incriminando também a posição dos contadores, auditores etc.

No § 4º há tratamento especial para o micro e pequeno empresário e aquele de porte médio que não tenham praticado delitos de modo HABITUAL (i.é, que não exista prova de condutas reiteradas de fraudes), eis que a própria Constituição Federal dispensa tra-

tamento diferenciado a este grupo de empresários, a rigor a enorme massa produtiva nacional.

Apenas a título de curiosidade, pelos dados coletados pelo IBGE (www.sebrae.org.br), 99,2% do total das empresas no Brasil são micro e pequenas empresas - de porte médio; 0,5% são médias empresas e apenas 0,3% representam as grandes empresas, o que não deixa de ser um diferencial no País, havendo necessidade de tratamento especial.

Arts. 169 e 170 (violação de sigilo profissional e divulgação de informações falsas)- são tipos penais novos, em regra, a favor dos devedores, evitando-se a propalação de notícias contra aquele que está em situação econômica desfavorável.

Art. 171 (indução a erro) - espécie de fraude processual, tendo seus parâmetros no CP, art. 347 e CTN (Código de Trânsito Nacional), art. 312, mas com uma finalidade específica: induzir a erro o juiz, o Promotor, os credores, o administrador, o Comitê e a assembléia-geral de credores etc.

Art. 172 (favorecimento de credores) - espécie de desvios de bens, já anteriormente prevista, como se fosse um ato fraudulento. Acréscimo do tipo penal: ato de disposição ou oneração patrimonial, ou gerador de obrigação. Mais amplo que o tipo anterior.

A grande novidade é que também responde pelo crime aquele que recebeu os bens (art. 172, parágrafo único), encerrando-se antiga discussão sobre o concurso de agentes nos crimes de desvio de bens da massa falida.

Arts. 173 e 174: Desvio, ocultação ou apropriação de bens.

Grande novidade da Lei de Recuperação de Empresas (LRE) é o USO dos bens, já que não existia tipificação para essa espécie de delito, podendo-se encontrar aqui a "grafia e assinatura" dos Promotores de Justiça de Falências de São Paulo que auxiliaram a compor os tipos penais, em razão da experiência anterior do grande número de casos de ocupação e utilização dos bens da falência, sem punição.

Porém, duas falhas na legislação podem ser apontadas:

A primeira, no art. 173, onde não se puniu aquele que ainda não teve a falência decretada e não estava em recuperação, pois a lei fala em "massa falida", presumindo já uma universalidade de direito.

A segunda, no art. 174, pois não se puniu aquele que pratica crimes contra bens da empresa em recuperação.

Art. 175 - habilitação ilegal de crédito - mesma figura dos antigos artigos 189, incisos II e III (DL 7661/45), com a modificação da pena, apenas.

Art. 176 (exercício ilegal de atividade) - crime relacionado com o art. 359 do Código Penal, mas com uma figura específica, que determina a inabilitação ou incapacidade nos termos da Lei de Recuperação de Empresas (LRE). O certo seria apenas inabilitação, por força de decisão judicial, por exemplo, de afastamento do empresário da sua empresa (arts. 75 e 99), interdição para o exercício de atividade empresarial (art. 181), etc.

Há possibilidade de suspensão condicional do processo (arts. 89, Lei 9.099/95 e 2º, Lei 10.259/2001 - STF e STJ).

Art. 177 (violação de impedimento) - anterior art. 190 do Decreto-Lei 7.661/45. Importante asseverar que o tipo se completa com a intenção do agente: entrar em alguma especulação de lucro dos bens, independentemente de ter ou não ter havido a negociação.

Trata-se de crime de consumação antecipada: pune-se a "especulação".

Por uma falha ficou de fora o depositário dos bens, exatamente o que mais entra em processo de especulação. No entanto, sua punição é possível com base na Lei 8.666/93, que equipara o depositário a funcionário público, nos termos do art. 84, § 1º.

Art. 178 (omissão de documentos contábeis obrigatórios) - tipo subsidiário, passível de suspensão condicional do processo (arts. 89, Lei 9.099/95 e 2º, Lei 10.259/2001 - STF e STJ), sendo que aqui se encontram as condutas omissivas, inclusive com relação aos livros. É necessário salientar que a simples omissão, sem recuperação ou falência, já caracteriza a contravenção penal do artigo 49 do Decreto-Lei 3.688/41, ou, o crime do art. 297, § 2º e seus incisos do Código Penal, transformando-se em crime falencial, pela sentença de quebra ou de recuperação.

15. O PROCESSO PENAL FALENCIAL

15.1. Da forma de investigação

Pela Lei de Recuperação de Empresas (LRE) haverá vários momentos destinados à apuração dos crimes falenciais, não se cingindo ela ao inquérito judicial, como era no modelo do Decreto-Lei 7.661/45.

Assim, podemos observar que o primeiro momento de apuração dos crimes falenciais se dá com a decretação da falência, ou da concessão da recuperação judicial, sendo intimado o órgão do Ministério Público (art. 187, *caput*), ao qual incumbirá observar se age desde esse instante, ou não, dentro de seu juízo de discricionariedade.

O segundo momento de apuração dos crimes falenciais se dará quando da apresentação do relatório do administrador (arts. 22, III, e, c.c. 186, *caput*), quando este mostrar as responsabilidades civis e penais dos envolvidos nos processos falenciais e de recuperação de empresas.

O terceiro momento se resume a uma forma pouco comum de apuração de quaisquer delitos, eis que este se dará em qualquer fase processual, desde que haja indícios de prática de delitos (art. 187, § 2º).

Quanto ao modo de apuração dos crimes falenciais ainda existirá certa disputa, eis que a legislação não sepultou de vez o inquérito judicial, instituído pelo Decreto-Lei 7.661/45, conforme se vê do art. 192, § 1º da Lei 11.101/2005.

Outra solução plausível é a instauração de inquérito civil por parte do órgão do Ministério Público.

É que o artigo 22, inciso III, alínea "e", nos faz refletir para essa possibilidade, nos termos da Lei 7.437, de 24.7.1985, posto que a ação civil de responsabilidade dos danos patrimoniais abrange tanto os interesses difusos quanto os coletivos (entendendo coletivos, aqui, a comunidade de credores habilitados ou ainda na expectativa de se habilitarem) e a infração à ordem econômica; note-se que os crimes falenciais são uma sub-espécie desta ordem econômica, conforme já definimos inicialmente na natureza jurídica dos delitos falenciais.

Assim, poderá o Órgão do Ministério Público instaurar inquérito civil sob sua presidência (art. 8º, § 1º, da Lei 7.437/85) ou, o que nos parece mais sensato, a manutenção do inquérito judicial, desde que os Estados-membros da Federação assim o mantenham.

Certo é que, apresentado o relatório, com o laudo do perito-contador, e existindo crimes, haverá a possibilidade formação do *inquérito judicial* em apartado dos autos da falência, ou até mesmo

por meio de *inquérito civil*, previsto na Lei 7.437/85, onde o Ministério Público fará a instrução procedimental e colherá os elementos necessários para a verificação da ocorrência de algum crime falencial, ou qualquer outro a ele conexo, como se vê da redação final do artigo 186.

Aliás, pela Lei 11.101/05, o MP também terá legitimidade para promover a ação revocatória, que não existia no Decreto-Lei 7.661/45, entre outras atribuições, o que nos mostra a certeza desta posição.

Por sinal, a Constituição Federal autoriza o Ministério Público a promover as ações de interesse difuso e coletivo, podendo ele ajuizar a ação civil pública, tenha sido esta iniciada ou não por meio de inquérito civil e, ainda, por meio de peças de informação, requisitando todas as informações de que necessitar (art. 129, incisos II, III, VI, VIII e IX, CF), ao passo que à polícia judiciária foi cominada, apenas a investigação criminal, sem exclusividade, gize-se (art. 144, § 4º, CF e art. 4º, *caput*, do CPP, com a ressalva do parágrafo único, do artigo 4º do mesmo *Codex*).

É importante observarmos que a ressalva do parágrafo único do artigo 4º do Código de Processo Penal diz respeito à investigação por outros órgãos que tenham atribuições para esse fim, o que não deixa de levar em conta a atuação ministerial que, na qualidade de parte na ação penal, poderá, em vista dos elementos coligidos, oferecer denúncia criminal por crime falencial, principalmente quando estiver investigando fatos relacionados com uma possível ação revocatória, em face da permissão dos artigos 50 do Código Civil de 2002 e 132 da LRE (Lei de Recuperação de Empresas e Falências).

E se eventualmente o Ministério Público ajuizar ação penal em decorrência da investigação civil, desde que cientificada a pessoa de que será oportunamente denunciada a se defender no inquérito civil, não haverá nulidade alguma, nem mesmo se poderá falar em surpresa.

Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal em recente acórdão, admitindo a possibilidade de o Ministério Público ajuizar a ação penal em decorrência da investigação civil, nestes termos:

MINISTÉRIO PÚBLICO - DENÚNCIA - Peça acusatória baseada em elementos colhidos em inquérito civil - Admissibilidade - Fato que não caracteriza investigação criminal - Hipótese, ademais, que a competência investigativa do Parquet está prevista constitucionalmente - Inteligência do art. 129, II, da Constituição Federal.

Ementa oficial: Caso em que os fatos que basearam a inicial acusatória emergiram durante o inquérito civil, não caracterizando investigação criminal, como quer sustentar a impetração. A validade da denúncia nesses casos - proveniente de elementos colhidos em inquérito civil - se impõe, até porque jamais se discutiu a competência investigativa do Ministério Público diante da cristalina previsão constitucional (art. 129, II, da CF). HC. 84.367-1-RJ, 1ª T., julg. 09.11.2004 - Rel. Min. Carlos Ayres Britto - DJU 18.02.2005. (RT, 835/476, maio/2005)

Diz a Lei Falencial atual, como a anterior, que o administrador judicial deverá apresentar o relatório acompanhado do *laudo pericial contábil*, eis que anteriormente foi por ele contratado, após aceito pelo juízo (arts. 22, inciso I, alínea "h" e 186, parágrafo único, da LRE).

Só não foi feliz em mandar apresentar o relatório em duas vias, como fazia o art. 103 do Decreto-Lei 7.661/45, onde a primeira via, acompanhada do laudo pericial, formavam o inquérito judicial, enquanto que a segunda via era entranhada aos autos.

Hoje, pela LRE (Lei de Recuperação de Empresas e Falências), não se sabe o que fazer com o relatório, pois não há menção alguma sobre o destino do mesmo, a não ser juntá-lo aos autos.

Creemos que, com a juntada aos autos, o Ministério Público poderá verificar se é o caso de promover a ação penal, aguardar melhor momento para tal fim, ou, se entender conveniente, requisitar inquérito policial.

A lei diz que "poderá o Promotor requisitar a instauração de inquérito policial", dentro de seu juízo de discricionariedade, caso não tenha elementos suficientes para formar sua ***opinio delicti***, conforme redação da parte final do art. 187, *caput*, da Lei 11.101/05.

15.2. Da competência para a ação penal

A *competência* para processar e julgar os crimes falenciais (art. 183), no Estado de São Paulo, pertence às três Varas Especializadas que foram criadas, nos mesmos moldes das experiências com sucesso nos Estados do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul e Goiás, sendo que duas delas (1^a e 2^a Varas) foram instaladas exatamente no dia da entrada em vigor da LRE (Lei de Recuperação de Empresas e Falências), conforme Resolução 200/2005 do TJSP.

O Tribunal de Justiça instalará, ainda, uma Câmara Especial para conhecer os delitos provenientes desta nova legislação, o que firmará uma jurisprudência sobre o assunto.

A primeira discussão que se travou foi a respeito do artigo 183 da LRE (Lei de Recuperação de Empresas e Falências), no sentido de que passar-se-ia a competência para os juízes criminais e não mais do cível, instalando-se uma discussão, a nosso sentir, pueril.

Em realidade, a Lei 11.101/05 desejou preservar o chamado *Juízo universal da falência* (local da quebra), como forma de preservar a unidade processual e o amplo conhecimento do juízo estrito da quebra ou recuperação, profundo conhecedor do assunto, a ter que cindir os processos cível e criminal.

Em que pese a redação não ter sido de melhor calibre, o fato é que nenhum pecado há no artigo 183 da LRE, não obstante já tenhamos ouvido alguns se debaterem contra a mesma, desejando a declaração de inconstitucionalidade do instituto, o que é totalmente injustificado.

Primeiro, porque o art. 74 do CPP submete à organização judiciária de cada Estado da federação o poder de fixar quais delitos, em razão de sua natureza, sejam melhor adequados em cada Unidade Federativa, para sua persecução.

Segundo, porque a própria legislação houve por bem derrogar os arts. 503 a 512 do CPP, pelo art. 200 da LRE (Lei de Recuperação de Empresas e Falências), o que mostra a necessidade de nova organização judiciária.

Vejamos os paradigmas constitucionais-legais:

Nos termos do inciso XVII, do artigo 22, da Constituição Federal, à União compete legislar sobre a "*organização judiciária, do*

Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes".

Porém o parágrafo único do mesmo artigo 22 permite que os Estados possam legislar sobre as matérias específicas deste artigo, desde que exista lei complementar.

No entanto, no artigo 68, § 1º, inciso I, da Constituição Federal é vedada a delegação de lei que verse sobre "organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros".

Pelo art. 96, inciso I, alínea "a", da Constituição da República, compete privativamente aos tribunais "*eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, **dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos***". Já na alínea "d" do mesmo inciso I está disposto que compete aos tribunais a "propositura de criação de novas varas judiciárias".

Mais adiante, quando trata dos Tribunais e juízes dos Estados, o artigo 125, *caput*, da própria Constituição Federal, estabeleceu que "os Estados organizarão sua Justiça, observados os *princípios* estabelecidos nesta Constituição", e o § 1º determina o seguinte: "A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça".

Portanto, a Constituição Federal determinou que as Constituições Estaduais das unidades federativas estabeleçam as competências de seus tribunais.

Cumprindo esta regra constitucional, o Estado de São Paulo fez promulgar sua Constituição Bandeirante em 5 de outubro de 1989. Na Carta Magna de São Paulo ficou assente a competência do Tribunal de Justiça, nestes termos:

"Artigo 70 - Compete privativamente ao Tribunal de Justiça, por deliberação de seu Órgão Especial, propor à Assembléia Legislativa, observado o disposto no art. 169 da Constituição Federal:

I - a alteração do número de seus membros e dos demais Tribunais;

II - a criação e a extinção de cargos de seus membros e a fixação dos respectivos vencimentos, de juízes, dos servidores, inclusive dos demais Tribunais, e dos serviços auxiliares;
III - a criação ou a extinção dos demais Tribunais;
IV - a alteração da organização e da divisão judiciária" (grifo nosso).

E foi o que fez o Judiciário Paulista, entre outros estados-membros da federação brasileira.

A Lei de Organização Judiciária do Estado de São Paulo, então instituída, foi alterada pela Resolução nº 02, de 15 de dezembro de 1976, que estabeleceu a competência dos juízos distritais na Comarca de São Paulo, vetando, porém, a estes, o processo dos crimes falimentares, conforme se vê do art. 54, § 2º, alínea "b".

Posteriormente, pela Lei Estadual Paulista nº 3.947 de 8 de dezembro de 1983, no seu artigo 15, ficou estabelecido que as ações penais falimentares permaneceriam sob a competência das Varas Cíveis, processantes das ações falenciais, conforme se vê do que ficou estatuído, nestes termos: "*As ações por crime falimentar e as que lhe sejam conexas passam para a competência do respectivo juízo universal da falência*".

Desde essa época, as Varas Cíveis são competentes para processar e julgar as ações penais envolvendo os crimes falenciais e conexos a estes, tendo sido alvo de incontáveis loas as experiências nessa área, eis que o Juiz de Direito com competência para julgar a falência é o mesmo que se apresenta para julgar os processos criminais falenciais, sendo que ele tem à sua disposição os dois processos - cível e criminal - sem contar com os incidentes processuais - que também são julgados pelo mesmo juiz.

Da mesma forma, gize-se as atribuições dos Promotores de Justiça que acompanham os dois procedimentos - cível e criminal - possuindo um grande número de informações sobre os processos, o que torna muito mais fácil e prático o processo penal, mormente se considerarmos que o **dominus litis** possui total acesso a ambos procedimentos.

Desse modo, pensamos que o atual art. 183 da LRE (Lei de Recuperação de Empresas) não afetou a competência para conhe-

cer, processar e julgar as ações penais falenciais, posto que não faz - e nem poderia fazer - referência expressa ao juiz que teria competência para a decisão final.

Limitou-se o legislador a fixar a competência territorial do processo criminal falencial, não a competência *strictu sensu*, ou seja, competência pela natureza do tipo penal.

Por isso, como já asseveramos, legalmente o Poder Judiciário de São Paulo já estabeleceu a competência dos juízes cíveis para o processo e conhecimento das ações penais falenciais, não havendo qualquer alteração até o momento dessa regra.

Com relação aos recursos, temos presente que, pela Emenda Constitucional nº 45, promulgada no dia 8 de dezembro de 2004 e publicada na edição de 31 de dezembro de 2004 no Diário Oficial da União, extingüiram-se os Tribunais de Alçada no Brasil.

No Estado de São Paulo, por meio da Resolução 194/2004 do Tribunal de Justiça, publicada em 30 de dezembro de 2004, os processos de competência do Tribunal de Alçada Criminal passaram para a competência do Tribunal de Justiça, deixando de existir a antiga divisão quanto aos recursos endereçados aos tribunais.

Como a competência para conhecer e julgar os recursos das ações penais falenciais já pertencia ao Tribunal de Justiça, nada se alterou.

Portanto, concluindo, o artigo 183 da LRE não possui qualquer cunho inconstitucional ou ilegal, não se introduzindo em seara alheia, apenas determinando a competência territorial do processo criminal falencial, que é o juízo universal da falência e da recuperação da empresa.

Finalmente, não podemos deixar de lado que a questão da competência já foi objeto de discussão no passado, tendo o Supremo Tribunal Federal sido chamado a decidir dois casos de São Paulo, onde se posicionou pela constitucionalidade do instituto e da modificação da competência dos juízes cíveis para julgar os crimes falenciais, conforme se dos seguintes arestos: HC. 63.787-6-SP, julg. 27-6-1986, Rel. RAFAEL MAYER (RT 611/449); RE. 108.422-SP, julg. 05.02.1988, Rel. CARLOS MADEIRA (RT 629/418).

15.3. da natureza da ação penal

Ação penal para a persecução penal dos delitos falenciais será, regra geral, pública incondicionada, ou seja, age o Minis-

tério Público de ofício, independentemente de qualquer provocação.

O prazo para o ajuizamento da ação penal pública é o mesmo do CPP, no seu art. 46: 5 (cinco) dias, se o réu estiver preso e 15 (quinze) dias, se solto, conforme o art. 187, § 1º da LRE (Lei de Recuperação de Empresas e Falências).

A exceção está no fato de se permitir a ação penal privada subsidiária da pública, quando o órgão do Ministério Público não cumprir os prazos previstos na forma do artigo 187, § 1º da Lei 11.101/05, que são aqueles estabelecidos no Código de Processo Penal.

O prazo para o ajuizamento da ação privada subsidiária é de 6 (seis) meses, além do prazo do MP (art. 184, parágrafo único, LRE).

A legitimidade ativa é apenas do credor habilitado e do administrador judicial, devendo ser entendido por credor habilitado aquele que teve seu crédito definitivamente julgado, sem pendência de recurso, já admitido ao quadro geral de credores, em qualquer classe.

15.4. rito processual: sumário

O rito processual estabelecido para as ações penais falenciais é o sumário, aplicando-se a todos os feitos em andamento, inclusive aqueles do Decreto-Lei 7.661/45, por se tratar de norma processual (art. 2º do CPP), não se podendo falar em afronta a qualquer princípio constitucional, mesmo porque outros delitos muito mais graves, também apenados com reclusão, possuem rito processual mais célere, como é o caso dos entorpecentes (Lei 6.368/76).

Abandona-se o rito mais demorado do procedimento ordinário ou comum, passando para o rito processual mais célere, limpo, sem entraves, que é o rito sumário.

E não haveria motivo para ser de outra forma.

A experiência nos mostrou que a grande maioria dos processos falenciais caminhava a passos largos para a prescrição por força de manobras ocorridas quer seja antes quer seja durante ou após a instrução, na fase das diligências complementares do artigo 499 do Código de Processo Penal, onde, invariavelmente, pleiteavam-se diligências meramente procrastinatórias, sem qualquer utilidade para o procedimento.

O legislador de 2005, mais atento à sistemática processual, modifica o rito, fazendo com que o número de testemunhas arroladas também diminua de 8 (oito) para 5 (cinco), nos termos do artigo 539 do Código de Processo Penal. Inquiridas as testemunhas, passa-se aos debates, de imediato, evitando-se quaisquer outros empecilhos, seguindo-se a sentença.

Por sinal, não haveria razão para que fosse de outra maneira, eis que, em regra, a prova acusatória é pré-constituída, existindo desde o processo falencial, quando o administrador (então síndico do Dec.-Lei 7.661/45) já apontava para os delitos e suas conseqüências, mostrando as provas colhidas na falência, ou então, sendo inserida na fase de investigação prévia, ou seja, no inquérito judicial.

Portanto, o legislador teve em mente acabar com a morosidade dos processos criminais falenciais, buscando a efetiva punição dos culpados.

Não há que se falar, por outro lado, que o rito processual adequado deveria ser o ordinário, eis que os crimes apenados são todos de reclusão. Pífia a assertiva. Ao legislador é permitido adotar o rito processual adequado, para a celeridade que entenda cabível, não existindo qualquer vedação sobre a modificação do rito processual. Exemplos dessa disposição legislativa em fixar procedimentos específicos, mesmo quando a pena fixada for de reclusão, há no sistema processual brasileiro às escâncaras.²⁸

Logo, o novo procedimento penal adotado para os crimes falenciais será aquele previsto nos artigos 538 a 540 do CPP, eis que extinto o procedimento judiciário dos artigos 531 a 537 do CPP, por força do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Questão que poderá envolver discussão, no início da vigência da presente Lei de Recuperação de Empresas (LRE), é saber qual o

²⁸ Por exemplo, os artigos 514 (crimes afiançáveis praticados por funcionários públicos), 520 (crimes contra a honra); art. 19, da Lei 1.079/50 (Lei dos crimes de responsabilidade do Presidente da República e outros cargos); arts. 17 a 24 da Lei 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade); art. 43, da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa); art. 2º, do Decreto-Lei 201/67 (responsabilidade de prefeitos e vereadores); art. 4º da Lei 8.038/90 (ações penais originárias no STF e no STJ); art. 104, da Lei 8.666/93 (Lei das Licitações e contratos da Administração Pública); arts. 72, 76, 77 e 89, da Lei 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais); Código Eleitoral (Lei 4.737, de 15 de julho de 1965 - art. 357 e 359); art. 26, da Lei 9.605/98 (Lei do Meio Ambiente); art. 38, da Lei 10.409/2002 (Repressão ao tráfico ilícito de produtos, substâncias e drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica)

rito procedimental a se adotar nos casos em que tiver a falência sido decretada antes da vigência da presente legislação.

A questão será facilmente dirimida, porque se trata de norma processual e, como tal, aplica-se o disposto no artigo 2º do Código de Processo Penal, *in verbis*: "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior".

Assim, se já oferecida denúncia, ouvem-se as testemunhas e seguem-se os debates. Se já inquiridas as testemunhas, estando na fase do art. 499 do Código de Processo Penal, seguem-se apenas os debates, podendo o juiz, se entender conveniente, substituí-lo por memoriais. Mera faculdade.

16. CONCLUSÃO.

Pelo estudo desenvolvido a respeito da Lei de Recuperação de Empresas (LRE), que entra em vigor em 9 de junho de 2005 podemos observar que houve substancial modificação dos crimes falenciais até então perseguidos pelo Decreto-Lei 7.661/45.

Observamos um avanço considerável na forma de considerar os delitos falenciais, eis que existirá mais de um momento de apuração dos crimes, divorciando-se da cultura anterior de se aguardar o inquérito judicial, instaurado pelo Síndico quase sempre nas imediações da prescrição penal.

O novo modelo contém três momentos de apuração dos delitos, podendo servir para a punição efetiva dos culpados, de modo a se repelir de vez a possibilidade de prescrição exígua do Decreto-Lei 7.661/45, passando-se para as normas próprias do Código Penal.

Além disso, a presente legislação possui mecanismo de defesa do devedor em crise econômico-financeira, evitarem-se os dissabores causados pelos momentos de grave redução do crédito, onde se passava a pecha de culpado pela situação momentânea, levando-o à quebra.

O rito processual foi modificado para evitarem-se os graves problemas provocados na entrega da prestação jurisdicional, escolhendo o legislador um processo mais célere, que é o do rito sumário do Código de Processo Penal.

Dentro desse contexto, podemos observar que se trata de uma novidade no cenário jurídico nacional, principalmente porque a recuperação de empresas nunca foi testada, gerando a expectativa positiva dos cultores do direito. 📄