

REVISTA DA ESMAPE



Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco

177

Ensaio sobre a Teoria do Fato Danoso

Sylvio Neves Baptista

201

A Justiça do Trabalho no Brasil e seu Papel

Diante das Transformações no Mundo do Trabalho

Eneida Melo Correia de Araújo

262

Legalidade e Isonomia Tributárias: a Questão da Sua Demarcação

José Souto Maior Borges

401

Expropriação

Nilzardo Carneiro Leão

2ª TIRAGEM



ESMAPE

Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco

Av. Martins de Barros, 593 - Stº Antônio - Recife - PE
Fone/Fax: (081) 424.1193

© Copyright by **ESMAPE**

Revisão ortográfica: João Lippo Neto – Fone: (081) 228.2846

Edição Eletrônica: Francisco Carlos S. Melo
Fone: (081) 428.1448

Capa: Paulo Rocha

Tiragem: 1.000 exemplares

Direitos Reservados à Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – Esmape.



Coordenação Editorial:

EDIÇÕES BAGAÇO LTDA

Rua Conde de Irajá, 315 – Torre – Recife-PE

CEP. 50.710-310 – Fones/Fax (081) 445.5191, 227.4807 e 227.4855

ESMAPE. Recife : ESMape, A.I, n.1,

nov., 1996.

504 p.

1. ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DE PERNAMBUCO – PERIÓDICOS.

CDU 34(05)

PeR-BP EP CB

*“Feliz o homem que acha
sabedoria, e o homem que
adquire conhecimentos”.*

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DE PERNAMBUCO - ESMAPE**

Cursos oficializados pelo Tribunal de Justiça do Estado,
conforme Resolução nº 24/87, constante da Ata da 5ª Sessão;
de 23/03/87. Av. Martins de Barros, 593 - Stº Antônio - CEP
50.010-230 - Recife-PE - Fone/Fax: (081) 424.1193



DIRETORIA

Diretor:

DES. JOSÉ NAPOLEÃO TAVARES DE OLIVEIRA

Supervisor:

DR. JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

**Coordenador do Curso de Preparação
à Magistratura:**

DR. RUY TREZENA PATU JÚNIOR

**Coordenadora do Curso de Preparação à
Magistratura do Trabalho:**

DRª ALBA MARIA PIRES BARBOSA

**Coordenador dos Cursos de Deontologia,
Atualização e Aperfeiçoamento de Magistrados:**

DR. DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO

**Presidente da Associação dos Magistrados
do Estado de Pernambuco (AMEPE):**

DR. JOSÉ FERNANDES DE LEMOS

Secretária Geral:

JOSINA DE SÁ LEITÃO



COMISSÃO EDITORIAL

Presidente:

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA CAMAROTTI FILHO

Secretário:

DR. DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO

Membros:

PROF. JOÃO MAURÍCIO LEITÃO ADEODATO

DR. HUGO CAVALCANTI MELO FILHO

CORPO DOCENTE

Magistratura Comum

1º PERÍODO:

Direito Civil I: Juiz JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA; Direito Processual Civil I: Juízes ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL; FÁBIO EUGÊNIO D. DE O. LIMA; Direito Penal I Prof. PAULO CÉSAR MAIA PORTO; Procurador RICARDO BRITO A PONTES FREITAS; Direito Processual Penal I: Prof.(s) JOÃO OLYMPIO V. MENDONÇA e MARIA DE FÁTIMA FERREIRA; Direito Constitucional: Promotora MARIA BETÂNIA SILVA e Prof. ZÉLIO FURTADO DA SILVA; Sociologia do Direito: Promotora ANA DE FÁTIMA QUEIROZ, Doutor CLÁUDIO SOUTO, Profª. MIRIAN DE SÁ PEREIRA e Doutora SOLANGE SOUTO; Direito Administrativo: Desembargador GABRIEL L. CAVALCANTI e Juiz LÚCIO GRASSI DE GOUVEIA; Português e Linguagem Vernacular Prof.(s): JOÃO BATISTA LIPPO NETO e MARLENE MUNIZ PASSOS; Filosofia do Direito: Doutor JOÃO MAURÍCIO ADEODATO e Doutor NELSON SALDANHA; Psicologia Forense: Prof.(s) PAULO ROSAS e ALBA GUERRA.

2º PERÍODO

Direito Penal II: Prof. ANTÔNIO PEDRO BARRETO CAMPELLO; Direito Tributário I: Juiz HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS; Direito Processual Penal II: Juiz HONÓRIO GOMES DO RÊGO FILHO; Direito Econômico e Financeiro: Procurador JOAQUIM LUSTOSA FILHO; Direito Processual Civil II: Desembargador JOSÉ ANTONIO MACÊDO MALTA; Direito Empresarial: Prof. LUIZ DE FREITAS LIMA; Hermenêutica Jurídica: Profª PAULA MARIA S. DE O. MENDONÇA; Direito Comercial II: Prof.: PAULO CÉSAR ANDRADE SIQUEIRA; Organização e Adm. Judiciárias: Juiz RICARDO DE O. PAES BARRETO; Direito Civil II Juiz RUY TREZENA PATU JÚNIOR; Direito Municipal e Urbanístico: NALVA CRISTINA CAMPELLO.

3º PERÍODO

Direito Processual Penal III: Promotor ALBÉRICO GOMES GUERRA; Direito Civil III: Juiz ALBERTO FLÁVIO BARROS PATRIOTA e Juiz LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO; Direito Eleitoral: Juiz CARLOS FREDERICO G. DE MORAES; Medicina Legal: Prof(s). CLÓVIS MENDOZA e GILBERTO VALTER DE M. MOURA; Direito do Consumidor: Juiz DEMÓCRITO RAMOS R. FILHO; Direito Processual Civil III: Juiz FREDERICO RICARDO A. NEVES; Direito Tributário II: Juiz JOSÉ VIANA ULISSES FILHO; Direito da Infância e Juventude: Juiz LUIZ CARLOS DE B. FIGUEIREDO; Direito Penal III: Prof. ROMUALDO MARQUES; Prática Forense Penal: Juiz MAURO ALENCAR DE BARROS.

Magistratura do Trabalho

Direito do Trabalho I: Juíza ENEIDA MELO C. DE ARAÚJO; Prática Forense e Sentença Trabalhista: Juiz FREDERICO MARANHÃO; Direito Constitucional do Trabalho: Juiz HUGO C. MELO FILHO; Direito Internacional do Trabalho: Juiz JOSÉ SOARES FILHO; Direito Penal e Proc. Penal do Trabalho: Juiz MARUPIRAJA R. RIBAS; Direito Previdenciário: Prof. MAURI DELGADO CHACON; Direito Coletivo: Doutor MAURÍCIO RANDS; Direito Processual do Trabalho: Juiz MILTON GOUVEIA; Direito do Trabalho II: Juiz PAULO DIAS DE ALCANTARA.

ÍNDICE

APRESENTAÇÃO <i>(Napoleão Tavares)</i>	11
ESCOLAS DA MAGISTRATURA <i>(Cláudio Vianna de Lima)</i>	13
PASSADO, PRESENTE E FUTURO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA <i>(José Renato Nalini)</i>	28
TEORIA	77
O CONTEÚDO SOCIOLÓGICO NA CRIAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS <i>(Zélio Furtado da Silva)</i>	79
LÍNGUAGEM JURÍDICA E PÓS-MODERNIDADE <i>(Hidelbrando Campestrini)</i>	90
PÓS-MODERNIDADE CIENTÍFICA E CIÊNCIA DO DIREITO <i>(Cláudio Souta)</i>	107
A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CRIMINOLOGIA <i>(Nildo Nery dos Santos)</i>	124
PUNIBILIDADE E CONCEITO DE CRIME <i>(Romualdo Marques Costa)</i>	134
O DIREITO ACHADO NA RUA. SINAL DOS TEMPOS <i>(Edson de Arruda Câmara)</i>	150
O DIREITO PENAL MILITAR E A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO <i>(Ricardo de Brito A.P. Freitas)</i>	161
ENSAIO SOBRE A TEORIA DO FATO DANOSO <i>(Sylvio Neves Baptista)</i>	177
FORMAS ALTERNATIVAS PARA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS <i>(Maurício Gomm Santos)</i>	190
A JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL E SEU PAPEL DIANTE DAS TRANSFORMAÇÕES NO MUNDO DO TRABALHO <i>(Eneida Melo Correia de Araújo)</i>	201
PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. <i>(Hélio Sílvio Ourem Campos)</i>	240

CONTRIBUIÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL APOSENTADO AO PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL (Danilo Fontenele Sampaio Cunha)	249
LEGALIDADE E ISONOMIA TRIBUTÁRIAS: A QUESTÃO DA SUA DEMARCAÇÃO (José Souto Maior Borges)	262
MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM. ALTERNATIVAS À PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL CONVENCIONAL (Ruy Trezena Patu Júnior)	272
LEX MERCATORIA, ARBITRAGEM E CONTRATOS ECONÔMICOS: NOVAS PERSPECTIVAS INTERNACIONAIS (José Viana Ulisses Filho)	310
OS EMBARGOS INFRINGENTES À LUZ DA LEI 8.950/94 (José Janguê Bezerra Diniz)	339
AÇÃO EVICTÓRIA - DENUNCIAÇÃO DA LIIDE. POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DIRETA DO DENUNCIADO (Demócrito Ramos Reinaldo Filho)	362
DA DIMENSÃO DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS (Petrúcio Ferreira da Silva)	374
A IMPRENSA E O JUDICIÁRIO (Sálvio de Figueiredo Teixeira)	393
A RESSOCIALIZAÇÃO COMO ALTERNATIVA PARA O PROGRESSO DO DIREITO NO BRASIL. (Rosângela Araújo Viana)	419
AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS (Maria Betânia Silva)	446
PRÁTICA	465
SENTENÇA CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS. (Jorge Américo Pereira de Lira)	467
MANDADO DE SEGURANÇA. ATO LEGISLATIVO. CÂMARA MUNICIPAL (Fernando Cerqueira N. dos Santos)	477
DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. PROCESSO DE ARROLAMENTO. IMPOSTO CAUSA MORTIS (Leopoldo de Araújo Raposo)	490
ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO - ESMAPE EM 96.1	500

APRESENTAÇÃO

Estimulados e ainda sob a unanimidade dos aplausos pelo conteúdo e feição gráfica da nossa *REVISTA*, entregamos, na seqüência, o segundo número, mantidos o esforço e a determinação da fase do lançamento, com o mesmo brilho da moldura e idêntico padrão intelectual.

Superamos a dificuldade de ultrapassar o primeiro número. Resta-nos assegurar o prosseguimento e – o que aumenta a nossa responsabilidade – não decepcionar na escolha dos temas publicados, de modo que o padrão cresça, deixando-nos em nível recomendável.

A experiência ditada por estas duas publicações mostra que não é difícil fazer o melhor quando ao ideal se ajunta a boa vontade e a persistência em reunir o que é esparsamente produzido. E tanto isso é mais fácil quando o sucesso da iniciativa conduz ao interesse dos próprios doutrinadores na divulgação dos seus trabalhos.

Mas, ainda é longa a caminhada até a tranquilidade de que a *REVISTA*, forte como nasceu, permanecerá e será maior do que os obstáculos que temos a remover.

Conforta, entretanto, sabermos que, ao término da escolha do material para fechar uma edição, sobejam colaborações para o número seguinte, o que sugere tripla conclusão: acertamos na iniciativa pioneira, despertamos amortecidos interesses na divulgação de trabalhos especializados, e tornamo-nos veículo, ponte de ligação entre o autor e o leitor, esse binômio necessário à cultura, em todos os níveis.

As opiniões, que colecionamos e que vão publicadas nas “orelhas” desta edição, mostram que a *ESMAPE* conta, inclusive, com a opinião pública, o que ajuda e massageia a nossa autoconfiança, reforço para continuarmos nos propósitos de bem servir, sem descontinuar.

Além disso, a equipe não esmorece; ao contrário, reclama, sugere, quer sempre mais e melhor, o que reacende, a cada passo, o entusiasmo necessário que nos move a todos. É fácil dirigir, quando se conta com quem quer e sabe trabalhar.

Recife, 30 de outubro de 1996.

Des. Napoleão Tavares
Diretor

“ESCOLAS DA MAGISTRATURA” (*)

Cláudio Vianna de Lima
Diretor-Geral da EMERJ

A presente exposição, sobre a Escola da Magistratura, busca desenvolver os seguintes tópicos:

Sumário

1. Fundamentos – 2. Primórdios – 3. A EMERJ – 3.1. Normas; – 3.2. Cursos; – 3.3. Filosofia e Metodologia – 4. Perspectivos – 5 Conclusões.

1. Fundamentos

Dos chamados “Poderes” do Estado é o Judiciário o único a se preocupar com o metódico e constante reexame de seus próprios atos funcionais, através do seu notório sistema de recursos. Para corrigir e afastar erros eventuais.

O eminente professor EGAS MONIZ DE ARAGÃO, na sua tese à cátedra da Faculdade de Direito do Paraná, conquistada com brilho, bem escreveu:

“Em última análise, o que justifica o recurso é a natural eventualidade do pronunciamento inferior estar errado. Entretanto, ao passo que, através do recurso é possível corrigir o equívoco da sentença, em si, não menos exato é afirmar que, por seu intermédio, não se obtém a extinção da principal causa, da qual o recurso é

(*) Palestra na Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMEP, a 05 de junho de 1996.

efeito: as deficiências porventura existentes na própria pessoa do juiz. Melhorando, pela reapreciação, o julgamento, persistem, todavia, as razões que o ditaram e talvez levem o magistrado a reincidir em falhas semelhantes, senão iguais” (Estudo sobre os embargos de nulidade e infringentes de julgado previstos no Código de Processo Civil”, 1959, Editora Litero-Técnica, Curitiba, pág. 117, nº 88).

O douto Mestre, constituindo-se num dos pioneiros da idéia das Escolas da Magistratura, recomenda, então, em sua tese, que a carreira dos Juízes adote a diretriz das demais carreiras do serviço público do País, notadamente as dos militares e dos diplomatas. Na verdade, entre nós, as classes mais bem estruturadas e que demonstram comprovada eficiência funcional, são precisamente, as mencionadas. Isto em razão de se preocuparem, seriamente, com a formação, preparo e aperfeiçoamento constante dos seus quadros. Acentua MONIZ ARAGÃO:

“Ora, se o problema é de juízes mais capazes, seja pelo acúmulo de experiência, seja pela cultura sedimentada durante longos anos de prática forense, o remédio, evidentemente, não está no simples aumento ou diminuição da quantidade de recursos, mas em, paralelamente, melhorar o tirocínio dos magistrados.

É ao conhecimento profissional, à cultura jurídica, às condições pessoais dos juízes que o Estado deve endereçar o seu cuidado e não, simplesmente, ao número de recursos de que a parte possa usar para defender-se de um mal cuja continuidade, através da falta de precauções, é assegurada”.

Revela-se possível afirmar, com base nestas argutas observações, que a instituição da ESCOLA DA MAGISTRATURA, intrinsecamente, vincula-se à mesma fi-

nalidade de aperfeiçoamento e melhoria da atuação judiciária. MONIZ DE ARAGÃO, muito antes de que a previsse a Carta Constitucional de 1967, cogitava da imperiosidade de se implantarem cursos de formação e aperfeiçoamento dos magistrados “ou apenas deste na impossibilidade de estabelecer, também, aquele, como tentativa de dar ao problema uma solução condizente com a sua inegável transcendência”.

Curiosamente, mais ou menos à mesma época, em 1962, o eminente Desembargador EDGAR DE MOURA BITTENCOURT publicava magnífico trabalho na Revista dos Tribunais, vol. 315, páginas 107/129, sob o título “RECRUTAMENTO DE JUÍZES E A PREPARAÇÃO DAS PROFISSÕES JUDICIÁRIAS”. Preconizava não propriamente a instituição de uma ESCOLA DE JUÍZES mas o que denominou de “TIROCÍNIO, NOVICIADO E ESTÁGIO DE PREPARAÇÃO”. Partia, igualmente, do exemplo das carreiras militares e diplomáticas, repudiava o tipo clássico das UNIVERSIDADES DE CÁTEDRA, no sistema de aulas “de cima para baixo”, sem a participação dos estudantes. E acentuava:

“O que o estudante pode conseguir por si mesmo, ou estudando um livro, não deve ser o fim da lição universitária...” citando VITTORIO SCIALOJA.

MOURA BITTENCOURT formulou, até, um projeto de lei estadual, criando, em São Paulo, o ESTÁGIO DE PREPARAÇÃO DO MAGISTRADO (EPM).

Interessante, entre outros aspectos, igualmente notáveis, no trabalho do saudoso MOURA BITTENCOURT, a crítica aos concursos para ingresso na magistratura de carreira, como, ainda hoje, lamentavelmente, são feitas no Brasil, em geral. Na década de 50 a França aboliu este sistema, no que foi acompanhada pelos países de 1º mundo.

Argumentava, já então, em 1962, que a “seleção” atual, se resguarda o lado democrático do concurso público, o que representou um progresso, não atende à necessária verificação do caráter, da conduta, da vocação e compatibilidade do novo juiz, com vista à função judicante. Em um período de tempo desgastante, de nervosismo e tensão dos candidatos (assim fora de sua normal condição), o concurso de hoje mal avalia, também, os conhecimentos intelectuais e a desenvoltura prática do candidato.

A Escola da Magistratura francesa, no testemunho de RENÉ WARLOMONT, citado por MOURA BITTENCOURT, tem a seleção dos magistrados na base da tranqüila convivência da ESCOLA com os candidatos. Os estudiosos do assunto, notadamente com a continuada prática de campo, concordam em que é a convivência a melhor forma de avaliação, ensejando, amplamente, a verificação das qualidades morais, comportamentais, vocacionais e intelectuais dos candidatos, através de estágios, trabalhos em grupo, sessões de estudo, viagens de instrução etc., seja no período que antecede à outorga da vitaliciedade ao juiz (art. 95, I, da Constituição Federal), seja no correr da carreira, pela contínua aferição de merecimento (art. 93, II, c e IV, da mesma Constituição).

Há que se cogitar, sempre, da melhor e mais aperfeiçoada justiça, meta não só do lembrado sistema de recursos, como, igualmente, da instituição da ESCOLA DA MAGISTRATURA.

Vistos os fundamentos, vejam-se os primórdios da Escola da Magistratura no Brasil.

2. Primórdios

Recolhe-se em MOURA BITTENCOURT, no texto antes mencionado, uma classificação, muito simples, das ESCOLAS DA MAGISTRATURA existentes no mundo.

Há o sistema austríaco, sem qualquer vinculação com o ensino universitário; o sistema alemão, de preparo dos magistrados em harmonia com a universalidade; (a destinação do acadêmico para a judicatura ou para a advocacia, com currículos adequados, desde a universidade); o sistema japonês, misto (a ESCOLA é a instituição autônoma, de pesquisas e estudos) – “Instituto de Investigações e Práticas Legais”, como se denomina – ligada à universidade na prévia destinação dos candidatos à magistratura ou à advocacia, em números restritíssimos).

Após a II Guerra Mundial, nasceu a Escola da Magistratura Francesa, de nítido caráter profissional e de pós-graduação, não limitada à judicatura (magistrados são, também, os membros do Ministério Público, sendo uma só carreira), certo que o pessoal da infraestrutura judiciária, (notórios, oficiais judiciais, escreventes etc.), também é formado, em cursos próprios, na mesma ESCOLA.

As Escolas alemã (sede em KIEL, ao norte da Alemanha) e austríaca (sita em Viena), datam do início do século. A Escola do Japão vem do século passado (1898), a mais antiga, portanto.

No Brasil, a Carta Constitucional de 24 de janeiro de 1967, com as emendas nº 1, de 17 de outubro de 1969, e nº 7, de 13 de abril de 1977, cogitou, pela primeira vez, em nível normativo tão elevado, art. 144, I da possibilidade de se exigir, por lei, dos candidatos à magistratura, prova de habilitação em curso de preparação específico. Na mesma Constituição, em seu art. 144, VI, previa-se:

“A lei poderá estabelecer, como condição à promoção por merecimento, a partir de determinada entrância, ou de acesso aos Tribunais de Segunda Instância, pelo

mesmo critério, frequência e aprovação em curso ministrado por escola de aperfeiçoamento de magistrados” (redação da Emenda nº 1/69).

A atual Constituição, de 5 de outubro de 1988, em seu art. 93, II, c, mencionada a aferição do merecimento, estabelece a obrigatoriedade, não mais a faculdade da constituição revogada, que as promoções de magistrados façam-se “pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e PELA FREQUÊNCIA E APROVEITAMENTO EM CURSOS RECONHECIDOS DE APERFEIÇOAMENTO”.

No mesmo art. 93, em seu inciso IV, insiste o texto constitucional na “previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira”.

Ao influxo da Constituição antecedente, de 1967, Estados da Federação criaram Escolas da Magistratura, exemplos admiráveis de efetivação dos ideais da Carta Maior.

No antigo Estado da Guanabara, por iniciativa da Associação de Magistrados Brasileiros, houve uma experiência, proveitosa, sem dúvida, mas tímida, de curso de aperfeiçoamento, na base de palestras e conferências, sem a regularidade, a abrangência e o planejamento necessários.

Nas expressões do douto MONIZ DE ARAGÃO, antes reproduzidas, na impossibilidade de se estabelecer, também, o curso de formação, instituiu-se, precariamente, o curso de aperfeiçoamento.

Da mesma forma procedia-se em outros Estados da Federação, alguns ainda mantendo tais cursos irregulares, no sentido de não se integrarem em um planejamento mais abrangente e completo.

3. A EMERJ

3.1. Normas

A Lei Estadual nº 1.395, de 8 de dezembro de 1988, criou a ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ. No final do exercício financeiro, sem previsão orçamentária alguma (só possível no 1º semestre de 1989 para o ano imediato), dedicou-se a EMERJ às necessárias providências para a sua efetivação. O Diretor-Geral, antes de sua nomeação, orientou os trabalhos de implantação, que culminaram com reunião, a 30 de agosto de 1989, de um SIMPÓSIO DE CURRÍCULOS, para se elaborar uma SINOPSE das disciplinas da ESCOLA, dentro dos cursos previstos pela Lei de sua criação, firmando-se filosofia e metodologia adequadas (Publicação nº da EMERJ. “SIMPÓSIO DE CURRÍCULOS”). Contou-se com o apoio e, mais do que tanto, a compreensão superior do Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador Pedro Américo Rios Gonçalves, merecidamente recompensado com a atribuição do seu nome digno à Biblioteca que então se formava com as doações dos acervos dos saudosos Desembargadores José Cândido Sampaio de Lacerda Graccho Aurélio Sá Vianna Pereira e Vasconcellos e Basileu Ribeiro Filho.

A Resolução nº 2, do C. Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de 26 de junho de 1989, baixou o Regulamento da EMERJ.

A Lei Estadual nº 1.624, de 12 de março de 1990, instituiu o FUNDO ESPECIAL DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – “FUNDO EMERJ”, que possibilita o emprego dos recursos gerados pela ESCOLA, com a prestação de contas, anual, ao C. Tribunal de Contas do Estado, do Diretor-Geral, ordenador da despesa. Fugindo-se da “caixa única”, em má hora instituída pelo Executivo estadual, e dos

inconvenientes dos atrasos de verbas, em pretensos “duodécimos” mensais, que não são nem duodécimos e nem sempre mensais. O que deu à EMERJ capacidade de operar como verdadeira empresa, pagando à vista, com menores preços, sem o engessamento comum às repartições públicas.

3.2. Cursos

O Regulamento da ESCOLA previu a implementação gradativa e paulatinamente de Cursos de PREPARAÇÃO, FORMAÇÃO e APERFEIÇOAMENTO. Este último para Magistrados, e os dois primeiros para candidatos à Magistratura. O corpo discente da EMERJ, uma vez que não se consideram simples alunos os seus integrantes, são JUÍZES ESTAGIÁRIOS e ESTAGIÁRIOS, em consequência. Os Cursos, todos, de PÓS-GRADUAÇÃO, em amplo sentido. O corpo docente é constituído de CONFERENCISTAS (Cursos de Aperfeiçoamento) e EXPOSITORES (Cursos de Preparação e de Formação), CONVIDADOS dentre Magistrados, membros do Ministério Público, das Procuradorias do Estado e Municípios próximos, professores de faculdades e advogados, enfim, operadores do Direito com aptidão e mérito para atividade didática. Aquele que, por avaliações repetidas, inclusive dos discentes, não corresponde ao que é exigido (impontualidade, faltas às sessões de estudo, deficiência reiterada) não é convidado novamente ou, pelo menos, para a mesma atividade docente na qual revela-se incompatível. O que é mais fácil do que despedir. Não há, assim, um quadro docente fixo. Embora haja uma estabilidade, de fato, dos convidados.

Observe-se que todos os Cursos que dependiam, exclusivamente, da diligência da EMERJ foram implantados. Restam os que precisam da cooperação de outros órgãos do Tribunal, que ainda não se efetivou (Cursos de

Aperfeiçoamento para Aferição de Merecimento, do art. 93, II, c, e IV, da Constituição Federal, e Curso de Preparação para a Judicatura, art. 93, I a IV da Constituição da República, rejeitado o Curso de Seleção Continuada proposto pela EMERJ ao E. Órgão Especial).

Nos Cursos de Preparação há o Curso de PRÉ-ADMISSÃO (instituído para reciclagem dos princípios gerais do Direito, ante o mau produto entregue pelas faculdades) e o CURSO DE ADMISSÃO (visando, primordialmente, à transição do curso de graduação para a pós-graduação e ao afeiçoamento dos estagiários à filosofia e métodos da EMERJ e à parte geral do Direito). Cada curso é semestral.

Os Cursos de FORMAÇÃO, em 4 períodos semestrais, têm, prioritariamente, os escopos de prática da participação em estudos coletivos e de hábito de estudo individual, sempre sob orientação. Divididas as matérias em torno dos Direitos e Obrigações, Coisas, Sucessões e Família, vistos nos ângulos dos Direitos Público (Constitucional, Administrativo e Tributário), Privado (Civil e Empresarial), Processual (Civil e Penal) e Penal (Comum e Especial), sendo o IV Período dedicado à Tecnologia Jurídica de Ponta.

O III e IV Períodos de Formação têm a carga teórico-doutrinária aliviada, para duas atividades relevantes ao crescimento intelectual do estagiário: o ESTÁGIO ORIENTADO, nos diversos Juízos (nos gabinetes dos Juízes e nas salas de audiências) e o TRABALHO MONOGRÁFICO.

Os Cursos de Aperfeiçoamento compreendem:

I) Cursos Regulares:

1) Curso de Preparação para a Judicatura (antes referido) que não se pôde implantar;

2) Curso de INICIAÇÃO, para os Juízes recém-empossados, com a transferência da prática dos Magistrados mais antigos, estágios, como Juízes Auxiliares, nas Varas, informações a respeito dos órgãos judiciários e dos órgãos de classe, visitas a autoridades e instituições vinculadas à função judicante, a viagem a Comarcas do Interior do Estado. Realiza-se, atualmente o 13º Curso de Iniciação;

3) Cursos de Aperfeiçoamento para Aferição do Merecimento (art. 93, II, c, e IV da Constituição Federal) dependentes da definição de uma política global de avaliação pelos diversos órgãos do Tribunal.

II. Cursos Eventuais:

São Conferências isoladas, Ciclos de Conferências, Jornadas, Seminários, Simpósios e Congressos de iniciativa da EMERJ, para aperfeiçoamento dos Juízes em geral e, normalmente, abertos ao público.

Todos os Cursos Regulares provêm estudo de Português. Foram realizados Cursos de Latim, Inglês, Francês e Italiano, suspensos, por falta de demanda para reformulação.

Há previsão de cursos de complementação dos conhecimentos, que serão aduzidos, revisados e atualizados, com noções de disciplinas fora da área do Direito, mas necessárias à função judicante (noções de Administração, de Matemática Financeira, de Informática, de Análise de Balanços, de Contabilidade, de Decoro Judiciário e Conduta Social etc.). Como, ainda, planeja-se o reforço dos conhecimentos com disciplinas fundamentais (Filosofia do Direito, Sociologia e Sociologia Jurídica, Psicologia Forense etc.).

3.3. Filosofia e Metodologia

Foram consolidadas uma filosofia e uma metodologia na EMERJ.

Estabeleceram-se Diretrizes Fundamentais para todas as atividades da ESCOLA:

- I. Reexame, em seus Cursos, dos princípios básicos e programáticos das disciplinas jurídicas vinculadas à função Judicante estadual;
- II. Atualização contínua dos conhecimentos pertinentes à mesma função;
- III. Complementação dos conhecimentos, nos termos supra referidos.

A filosofia da EMERJ é a de que não se constitui em uma repetição das faculdades de Direito. Em razão disso, a ESCOLA não tem alunos, mas ESTAGIÁRIOS, não tem professores, mas CONFERENCISTAS e EXPOSITORES, não tem aulas (fugindo às aulas de cátedra, a que se refere MOURA BITTENCOURT) mas SÊSÕES DE ESTUDO (envolvendo a exposição inicial do CONFERENCISTA, sempre versando sobre o que de mais atual exista na matéria – tecnologia jurídica de “ponta” e trabalho em grupo, a dinâmica possibilitada por trabalho domiciliar previamente exigido, o debate entre grupos e a conclusão, no final, pelo conferencista).

Este método, de participação dos estagiários, obedece à recomendação de SCIALOJA antes mencionada: “o que é possível ao estudante obter por ele não deve ser objeto de preleção, que parte daí para a frente, com economia de tempo e melhor rendimento dos estudos”.

Revelando-se um estabelecimento da categoria mista, a que se referia MOURA BITTENCOURT, a EMERJ, unidade do Tribunal de Justiça do Estado, mantém estreitas vinculações com as universidades. Assinou convênios com a Universidade Federal Fluminense – UFF, de cooperação acadêmica e acordo semelhante com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

4. Perspectivas

Com a sede obtida pela EMERJ há uma consolidação de suas conquistas.

O Curso de Preparação para a Judicatura (com o qual contribuirá a EMERJ para o ingresso na Carreira de Juiz, de seu dever constitucional, art. 93, IV, da Carta Política da República) é objeto de nova proposta ao E. Órgão Especial. Toma-se por modelo da Lei Estadual nº 130, do Rio Grande do Sul, que aperfeiçoou o sistema da Lei nº 7.818, de 23 de abril de 1992, de São Paulo, em que se fundou a proposta, rejeitada, do Curso de Seleção Continuada. Espera-se, dada a melhoria do novo Projeto, a sua aprovação.

Encaminhou-se ao E. Conselho da Magistratura proposta de implantação de Política Global de Avaliação para promoção dos Juízes por merecimento (art. 93, II, c, e IV da Constituição), de que deve, também, participar a EMERJ.

A restituição recente por ato do Presidente do Tribunal de Justiça Des. José Lisboa da Gama Malcher dos auditórios da EMERJ à ESCOLA, que os planejou, projetou, pagou com as suas verbas e deve administrá-los, possibilitará novos empreendimentos (há auditório projetado e construído para a elaboração de VÍDEOS, visando ao estudo à distância, que vinha sendo aviltado pelo uso, como auditório comum).

A Biblioteca virtual da EMERJ (dotada, inclusive, de acesso a INTERNET) será favorecida com a concentração, no mesmo local, de todo o seu acervo, ora, provisoriamente, no prédio da UERJ, no Maracanã. O que multiplicará os benefícios desta repartição da EMERJ, que se converterá, como planejado, em um verdadeiro CENTRO DE DOCUMENTAÇÃO.

A EMERJ desenvolve projetos de atração de novos (e bons) membros para a Magistratura, desde a divulgação do Judiciário (Projeto CRIANÇA JUSTIÇA) com efeito multiplicador benéfico (atingindo a família). Tem em conta as sábias palavras de MONIZ DE ARAGÃO:

“A Carreira da Magistratura, infelizmente, não tem o condão de atrair os mais preparados e capazes. Bem ao contrário, para elas se voltam alguns desiludidos da vida profissional, outros que não conseguiram vencer, ou que intentavam um sucesso excessivamente rápido, finalmente os que buscam apenas a tranquilidade de um subsídio constante. Poucas são, na realidade, as verdadeiras vocações de juiz. No que tange à carreira de magistrado, escreveu FREDERICO MARQUES: “cremos que em breve precisaremos imitar a Igreja e fazer intensa campanha em prol das “vocações judiciárias”. Bem exata é a sua observação. Embora o vencimento inicial possa ser aumentado. Constituindo-se, pois, no menor problema, há outras dificuldades, igual ao que ocorre com os religiosos, que afugentam os candidatos da vida de juiz, vida dura, inçada de sacrifícios, em certas ocasiões tão penosa quanto à dos ascetas, o que espanta obviamente quem divise um triunfo mais cômodo”. (*Revista de Direito Processual Civil*, vol.3. 1961. 1º Semestre).

Completa o mestre:

“O exame, conquanto ainda seja a melhor forma de apurar a capacidade intelectual dos pretendes, nem sempre da notícia da vocação de magistrado dos candidatos. Ademais, belas inteligências aninham-se em caracteres medíocres ou maus, enquanto finíssimas formações éticas são servidas por inteligências menos brilhantes. No curso da carreira esses fatores, obscurecidos ou adrede ocultados pelo candidato à época da seleção, vêm à tona, criando impasses desagradáveis e de difícil e penosa solução”.

O eminente Ministro Sálvio de Figueredo Teixeira, um dos fundadores da vitoriosa Escola Desembargador Edésio Fernandes de Minas Gerais, em trabalho recente, reproduz palavras que escreveu a propósito desta Escola Judicial:

“Quando do recolhimento de sugestões pelo Supremo Tribunal Federal, para o diagnóstico solicitado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, um grupo de juízes mineiros, de 1ª instância, fez externar suas reivindicações, no receio de que a reforma se limitasse aos escalões superiores, sugerindo a adoção de um estatuto judiciário de âmbito nacional, e sobretudo, a criação de escolas judiciais, não só para o ingresso na carreira, mas também para o constante aprimoramento dos órgãos judiciários”.

Quando da elaboração da Resolução – TJMG 61/75, e por inspiração do mesmo grupo de juízes, importante passo foi dado, com a inserção do art. 379, segundo o qual o Tribunal de Justiça, quando julgar oportuno, criará curso de formação e aperfeiçoamento dos magistrados.

Assumindo a presidência do Tribunal de Justiça do Estado, o Desembargador Edésio Fernandes, professor universitário e homem de profunda sensibilidade, a idéia germinou, tendo Sua Excelência feito realizar, quando da nomeação dos novos juízes mineiros, proveitoso curso intensivo de preparação dos mesmos, através de palestras e encontros, nos quais foram salientados aspectos práticos e éticos da carreira, em iniciativa que mereceu aplausos gerais”. (apud Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, do Superior Tribunal de Justiça, vol. 3, nº 1, pág. 14, jan/jun 1991).

5. Conclusões

A Escola da Magistratura insere-se no próprio cuidado do Poder Judiciário com o reexame permanente de sua atuação, pelo sistema, institucionalizado, de recursos. A ESCOLA completa o reexame, contribuindo para que se eliminem erros, quanto possível.

A melhoria da qualidade da Justiça é a preocupação constante dos países nos dias que correm (veja-se José Carlos Barbosa Moreira, “Miradas sobre o Processo Civil Contemporâneo”. Rev.For., 331/139), em que há um movimento UNIVERSAL de acesso à justiça (MAURO CAPPELLETTI. “Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de acesso à justiça”, Rev. For. 326/121). Este movimento se manifesta em duas vertentes: a de reformulação do processo tradicional, traduzida, entre nós, pelas sucessivas alterações do Código de Processo Civil e pelas leis instituindo novos procedimentos, nos últimos anos, e a de reativação de métodos antigos de pacificação dos conflitos, os chamados juízos conciliatórios, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Engajada na sua missão constitucional, como se demonstrou, a EMERJ estimula, também, estes Métodos Alternativos, contribuindo eficientemente para a divulgação do Projeto Legislativo de uma LEI DE ARBITRAGEM, incentivando a Comissão de Arbitragem da Associação Comercial do Rio de Janeiro e as de outros Estados. A serviço do Judiciário, sempre. Pois, reduzindo-se a **quantidade** dos processos da justiça estar-se-á promovendo a sua melhor **qualidade**.

E o compromisso da ESCOLA DA MAGISTRATURA como se viu, é a MELHORIA DO JUDICIÁRIO para o aperfeiçoamento da Justiça.

PASSADO, PRESENTE E FUTURO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA*

José Renato Nalini

É Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo,
Diretor-Adjunto da Escola Nacional da Magistratura
e Coordenador dos Cursos de Aperfeiçoamento da
Escola Paulista da Magistratura.

Sumário

1. Introdução. 2. O Passado. 3. O Presente. 4. Futuro: a. Profissionalização das Escolas; b. Reciclagem, c. Aperfeiçoamento; d. Formação dos docentes. 5. A Institucionalização da Escola Nacional da Magistratura. 6. Síntese das conclusões quanto ao futuro das Escolas.

*Olho meus companheiros
estão taciturnos mas nutrem grandes esperanças...
O presente é tão grande, não nos afastemos muito
Vamos de mãos dadas.*

Carlos Drummond de Andrade

1. Introdução

É sempre hora de reavaliar as propostas, de percorrer o passado – a única dimensão do tempo com que efetivamente se conta – para verificar se a concretização dos ideais foi feita na proporção imaginada. Com o objetivo de extrair dessa análise o renovar dos propósitos para o futuro.

* Texto de apoio para intervenção oral durante o Congresso Brasileiro de Diretores de Escolas da Magistratura, realizado em Curitiba-PR, em 21-23/VII/1996.

Em tema de educação de juízes, onde o sonho está continuamente impregnando a realidade, tal exercício mostra-se singularmente sedutor. Delineia-se no momento, mais uma reforma do Poder Judiciário. O substitutivo à proposta de emenda à Constituição nº 96, de 1992, preserva o princípio da educação continuada dos magistrados e, simultaneamente, avança e recua no tratamento constitucional da matéria.

A implantação do MERCOSUL é outra questão que aguça o debate sobre a formação de juízes, agora, chamados a uma integração regional e, em breve, convocados à aplicação de um direito comunitário. A experiência européia pode servir como parâmetro inicial para a formulação de um projeto latino-americano de porte supranacional, ressalvada a singeleza de nossos desafios, diante da complexidade dos problemas lá vivenciados.

Enfim, é oportuno discutir a necessidade de um compromisso sério na implantação de um sistema de formação permanente de juízes, tema imbricado na própria preservação da Justiça humana, tal conforme hoje a concebemos. A qualidade dos juízes condiciona a qualidade da Justiça. E pela qualidade da Justiça afere-se a consistência da Democracia.

2. O Passado

a. Facilidade da educação jurídica e especificidade da profissão judicial.

As cogitações em torno da necessidade de uma Escola para Juízes nasceram de uma dúplici constatação: a insuficiência da formação jurídica e a especialidade da profissão judicial.

Ao multiplicar-se das Escolas de Direito não se seguiu o salto qualitativo no ensino arcaico, ali, em regra,

desenvolvido. Aulas prelecionadas ministradas a grandes auditórios, professores com sofrível remuneração e desinteressados de auto-investimento no aprendizado didático, inviabilidade de um processo saudável de aferição do aprimoramento do alunado.

As Escolas de Direito sempre foram a opção da iniciativa educacional particular no auferir sustento para os demais cursos universitários. Parcimônia no investimento e retorno financeiro assegurado foi regra que sempre vigorou.

O produto final desse empreendimento não poderia ser o profissional reclamado pelo Judiciário. Pois, o juiz é um operador dotado de especificidade que lhe não é transmitida no bacharelado. A Faculdade de Direito brasileira produz bacharéis. Quando a OAB habilita seus advogados, submete-os a exame de ordem. Assim, se o Poder Judiciário precisa de profissionais qualificados ao desempenho da função jurisdicional, necessita formá-los.

O exemplo do Itamaraty, que há tantos anos prepara o pessoal do serviço diplomático, o dos seminários de formação sacerdotal e os cursos das Forças Armadas, para permanecer nos similares nacionais, inspiraram os pioneiros daquilo que veio a se chamar **Escola da Magistratura** ou **Escola de Juízes**.

b. O sonho dos pioneiros

Não se pretende aqui, nem é o momento de fazê-lo, traçar o retrospecto histórico do surgimento das **Escolas da Magistratura** no Brasil. Confesso não ser historiador, nem ter condições de recuperar, na realidade fenomênica, tudo aquilo que ocorreu nos primeiros tempos. Assalta-me a dúvida de JOSÉ SARAMAGO: “*Creio*

*bem que o que está subjacente a estas inquietações é a consciência da impossibilidade duma reconstituição plena do Passado. Não podendo reconstituí-lo, somos tentados – sou-o eu – a corrigi-lo.”*¹ O que é possível guardar-se da história é aquilo que dela nos afetou particularmente, é a marca sensível do acontecimento, não o seu retrato puro.

Depois, não estou sozinho nesse pensar. No seu livro “O Mediterrâneo”, Fernand Braudel escreveu: “*A História não é outra coisa que uma constante interrogação dos tempos passados, em nome dos problemas, das curiosidades, e também das inquietações e angústias com que nos rodeia e cerca o tempo presente*”.

O educador HILDEBRANDO CAMPESTRINI costuma se utilizar de uma frase, aplicando-a ao Desembargador REMOLO LETERIELLO: “*Ele não sabia que era impossível. Foi lá e fez*”. Essa afirmação também pode ser utilizada em relação a outros tantos sonhadores da ESCOLA DA MAGISTRATURA do BRASIL: o Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, que depois de estudar em Portugal voltou convicto da excelência dessa alternativa para o Judiciário Brasileiro e tornou-se o ideológico das Escolas de Juízes, produzindo os primeiros textos a respeito; o Desembargador CRISTOVAM DAINELLO MORREIRA, no Rio Grande do Sul, a semear Escolas inspiradas no modelo gaúcho por todo Brasil, o Desembargador NILDO NERI DOS SANTOS, em Pernambuco, o Desembargador CLÁUDIO VIANNA DE LIMA, no Rio de Janeiro, o Ministro CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, outra voz autorizada a proclamar a necessidade de uma educação especial para o juiz brasileiro. E tantos outros podem ser

¹ JOSÉ SARAMAGO. “Cadernos de Lanzarrotte III”. Caminho. 1996. p. 181/189.

mencionados, em todo o Brasil, dentro² e fora da Magistratura, como o educador mineiro, constitucionalista e entusiasta RICARDO FIUZA³.

Tais pioneiros enfrentaram a dificuldade do ineditismo, a incompreensão dos aferrados a uma visão de Justiça e a crônica insuficiência de recursos materiais, mas lançaram sementes férteis e a realidade hoje aí está, devedora de sua lida tantas vezes oculta.

² Não se pode deixar de mencionar o valioso contributo do jurista e desembargador KAZUO WATANABE que, com CAETANO LAGRATA NETO, ofereceu subsídios para a criação da Escola Paulista da Magistratura, retomando a proposta de EDGARD MOURA BITTENCOURT. Dentre os pioneiros daquela Escola, também estão o Desembargador SIDNEI BENETI o Desembargador JOSÉ ALBERTO WEISS DE ANDRADE, os Presidentes do Tribunal de Justiça NERU CÉSAR DE MORAES e ANICETO LOPES DE ALIENDE, o então Corregedor Geral SYLVIO DO AMARAL, o juiz NARCISO ORLANDI NETO e tantos outros. Hoje, a Escola Nacional conseguiu congregiar uma diretoria de estudiosos atentos, formando uma verdadeira **escola da doutrina da formação judicial** dentro do organismo mantido pela Associação Brasileira dos Magistrados. Dentre eles, salientando-se a Desembargadora FÁTIMA NANCY ANDRIGHI e o Juiz ELÁDIO LECY, ao lado dos primeiros diretores da ENM. E ainda podem ser lembrados os juizes CLAYTON REIS e JORGE MASSAD, DALL AGNOL, FRANCISCO MENDES, EVA EVANGELISTA DE SOUZA, WLADIMIR PASSOS DE FREITAS, GILBERTO PASSOS DE FREITAS, o saudoso Desembargador ZUZA DE CASTRO e tantos outros, que a relação se transformaria numa lista telefônica se não for interrompida, com a certeza de omissão de muitos nomes ilustres.

³ Em "Duas Palavras aos Novos Juizes", pronunciada na sessão de abertura do 1º Curso de Formação Inicial da Escola Judicial Edésio Fernandes, o assessor da Diretoria da Escola, seu incentivo e conselho, "oferecidos por quem, embora não magistrado, serve ao Judiciário há 35 anos, como funcionário, como Diretor Cível, Diretor Judiciário de Diretor Geral da Secretaria desta Casa e, desde 1977, na Escola Judicial, cada vez mais convicto de que a seleção cuidadosa, a preparação inicial e a formação contínua são indispensáveis para a descoberta e a lapidação dos bons valores". Muitos outros educadores, embora não magistrados, oferecem seu esforço para a formação de juizes, dentre os quais o já citado Prof. HIDELEBRANDO CAMPESTRINI, em Mato Grosso do Sul e o Prof. ADELINO NORONHA, no Pará.

c. As primeiras Escolas e a experiência universal

O modelo francês, implantado na década de 50 e o modelo português, que se lhe seguiu, foram fundamentais na implantação das primeiras escolas. MINAS GERAIS⁴, RIO GRANDE DO SUL⁵, PARÁ⁶, MATO GROSSO DO SUL⁷, MATO GROSSO⁸, ESPÍRITO SANTO⁹, GOIÁS¹⁰, PIAUÍ¹¹, CEARÁ¹², RONDÔNIA¹³,

⁴ A Escola Judicial "Desembargador EDÉSIO FERNANDES", de Minas Gerais, foi criada em 13.8.1977. A idéia de seu nascimento foi anunciada quando da elaboração da Resolução 61 do Tribunal de Justiça, de 8.12.1975, por obra dos magistrados RÉGULO DA CUNHA PEIXOTO, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA e SÉRGIO LÉLLIS SANTIAGO.

⁵ A Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul, instituída pela Associação dos Juizes daquele Estado - AJURIS, foi oficializada pelo Tribunal de Justiça do Estado por Resolução do Órgão Especial de 27.10.1980, publicada no Diário da Justiça n. 211, de 18.11.1980. Contudo, segundo ALCINO SALAZAR, em "Poder Judiciário-Bases para reorganização", em 1975, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por ato de 26.8.1970, criou um "Centro de Estudos de Preparação à Judicatura", que seria a matriz da Escola, vinculada à primeira entidade de classe dos juizes brasileiros, a AJURIS.

⁶ A Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, vinculada ao Tribunal de Justiça, foi criada pela Resolução 6. de 8.12.1982.

A Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul foi criada em 23.5.1985, tendo editado em 1996 publicação alusiva aos seus dez anos de atividade. O Desembargador REMOLO LETTERIELLO faz a apresentação da obra, que contém, ao final, "A Formação do Juiz de Direito". trabalho de HIDELEBRANDO CAMPESTRINI e considerado a base pedagógica daquela importante Escola.

⁷ A Escola da Magistratura de Mato Grosso foi criada em 13.6.1985, pela Resolução 10/85, do Tribunal Pleno.

⁸ A Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo foi criada pelo Tribunal de Justiça pela Resolução 4/85, DJ. de 22.6.1985.

⁹ A Escola Superior da Magistratura do Estado de Goiás foi criada em 31.11.1986 e oficializada pela Resolução 1/88, de 13.4.1988 e instalada em 11.8.1990.

¹⁰ A Escola Superior da Magistratura do Estado do Piauí - EMESPI - foi criada pela Associação dos Magistrados Piauienses - AMAPI e oficializada pelo Tribunal de Justiça pela Resolução n° 1 de 6.2.1986.

¹¹ A Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará foi criada pela Lei n° 11.203, de 17.7.1986.

¹² A Escola da Magistratura de Rondônia foi criada por Resolução do Tribunal de Justiça em julho de 1986.

PERNAMBUCO¹⁴, PARANÁ, SANTA CATARINA. Posteriormente sobrevêm a ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA¹⁵, a ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO¹⁶ e todas as demais escolas.

Tateou-se no início, tímido como soem ser as coisas da instituição Justiça. Era ainda parcialmente desconhecida a destinação de uma ESCOLA DA MAGISTRATURA. Intuia-se com uma vocação abrangente, mas os primeiros passos não foram audaciosos.

3. O Presente

a. Escolas em quase todas as unidades federadas

A previsão constitucional de **cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados** como requisito para ingresso e promoção na carreira¹⁷ e o preceito disciplinando a aferição do merecimento do juiz pela freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento¹⁸, trouxeram força nova para as Escolas de Juízes.

Quase todas as unidades da Federação dispõem de sua Escola. O efeito de sua criação na mudança do conceito de educação continuada dos profissionais atuou na multiplicação das **escolas especiais** . Hoje existem Esco-

¹⁴ A Escola Superior da Magistratura de Pernambuco foi criada pela Associação dos Magistrados e os cursos oficializados pelo Tribunal de Justiça por Resolução n° 2, de 23.3.1987.

¹⁵ A Escola Paulista da Magistratura foi criada pela Resolução 24/88, de 23.11.1988, do Tribunal de Justiça de São Paulo. É hoje seu diretor o Des. SÉRGIO AUGUSTO N. CONCEIÇÃO.

¹⁶ A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, foi criada pela Lei Estadual n° 1.395, de 8.12.1988.

¹⁷ Artigo 93, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁸ Artigo 93, inciso II, alínea "c", da Constituição da República Federativa do Brasil.

las de Advocacia, Escolas da Procuradoria Geral, Escolas do Ministério Público, agindo ao lado e em regime de colaboração com as Escolas da Magistratura.

Essa realidade foi considerada pelo Ministério da Educação quando reformulou o ensino jurídico, abrindo-se espaço essencial para o trabalho conjunto da Universidade e das denominadas **escolas especiais** , conforme ainda se examinará.

b. Vinculação aos Tribunais e às Associações

O modelo brasileiro tem sido o atrelamento da Escola da Magistratura, ora à Associação de Magistrados, ora ao Tribunal. É compreensível seja a escola materialmente dependente de um organismo que a sustente. Ainda não existe solução definitiva para o problema da manutenção do organismo formador do juiz.

Existem modelos mistos, de Escolas com suporte material da Associação e direção do Tribunal, ensaiando-se a criação de fundos próprios para arrecadação de meios suficientes ao cumprimento das finalidades para as quais as Escolas de Juízes foram preordenadas.¹⁹

Parece chegado o momento de não se envergonhar o Judiciário de investir na educação e aprimoramento de seus integrantes. Disso depende a qualidade da prestação

¹⁹ A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro foi a pioneira na criação de um fundo especial, constante da Lei n° 1.624 de 12.3.1990. O Fundo EMERJ é destinado a dotar a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro dos meios orçamentários e financeiros necessários à realização de suas finalidades legais e constituem suas receitas os recursos provenientes de inscrições em cursos, concursos, simpósios, as mensalidades dos cursistas, a venda de revista, boletim ou qualquer outra obra, os auxílios e subvenções, as doações, a exploração das dependências da Escola e quaisquer outros ingressos eventuais. A Escola Paulista da Magistratura está propensa a acompanhar a congênere carioca, também submetendo ao Palamarmento Bandeirante um projeto semelhante.

jurisdicional, assim considerada a sua rapidez, eficiência e efetividade. As visitas da Diretoria da ESCOLA NACIONAL DA MAGISTRATURA ao exterior constataram uma realidade de vultosos e consistentes investimentos na educação continuada de juízes franceses, portugueses, japoneses e alemães.

As Associações de classe também estão cumprindo com sua finalidade quando investem no aperfeiçoamento dos juízes. É seu dever institucional fazê-lo, sobretudo aquelas que contam com participação em receita tributária, como custas e emolumentos, cuja justificativa única é a boa aplicação do montante arrecadado..

c. Ênfase no aperfeiçoamento

A maior parte das Escolas da Magistratura, no Brasil, conferiu ênfase no aperfeiçoamento ou reciclagem de juízes. Constituem organismos pelos quais os magistrados aprimoram-se, quase sempre de forma facultativa²⁰.

As iniciativas na **preparação** ainda se distanciam, ao menos em sua maioria, do modelo europeu continental, assim como se afastam da solução adotada pelo Ministério Brasileiro das Relações Exteriores.

Quando as Escolas mantêm cursos de preparação, ainda parecem estar inspiradas pelos **cursinhos** de acesso às carreiras jurídicas, preocupando-se com a revisão do curso de bacharelado, com a transmissão sistematizada de conhecimentos a serem aferidos em concursos que priorizam a memorização e, ainda, carece de empenho maior o aspecto vocacional da carreira.

²⁰ O Tribunal de Justiça de São Paulo, nas gestões 1988/1990, tomou a iniciativa de realizar cursos destinados a magistrados especialmente designados pelo Conselho Superior da Magistratura. Assim se realizou o Curso de Direito Agrário, sob a coordenação do Juiz NARCISO ORLANDI NETO.

Protraiu-se, em algumas casos, a **preparação** para **após a nomeação**, como se não houvesse uma certa incongruência em **primeiro nomear** para depois **preparar**²¹. Essa a atual solução paulista, e, aparentemente, a solução mineira²², amenizada pela perspectiva do **estagiário** não aprovado no concurso mas igualmente chamado a fazer o Curso de Formação Inicial, ao lado dos Juízes de Direito Substitutos.

d. Primeiros ensaios na preparação institucional

Passo importante na implantação de um verdadeiro Curso de Preparação, assim como funciona em França e Portugal, havia sido dado pelo Estado de São Paulo. Compreendera-se ali que **preparar** equivale a **dispor previamente**, a **prevenir**, a **formar para** alguma coisa. No caso, para um exercício adequado da jurisdição.

Lei Estadual previra o recrutamento de um número de candidatos, inicialmente fixado em 265, que perma-

²¹ O Desembargador PAULO ROBERTO DE AZEVEDO FREITAS, atual Corregedor Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em conferência proferida no IX CONGRESSO DA FEDERAÇÃO LATINO-AMERICANA DE MAGISTRADOS-FLAM, no Rio de Janeiro, em 18 de julho de 1996, proclamava: "O escalonamento didático e lógico da arquitetura de um magistrado não pode antepor a fase **formação do magistrado** à fase de seu preparo para o concurso de admissão. Primeiro, prepara-se para a admissão: depois, forma-se: ao final, aprimora-se".

²² É o que consta da Resolução 291/95, aprovada em sessão da Corte Superior de Minas Gerais de 29.11.1995, publicada no Diário do Judiciário mineiro de 7.12.1995. O Curso de Formação Inicial ministrado pela Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes terá a duração mínima de 6 meses. Assim que nomeados, os Juízes de Direito Substitutos serão matriculados na EJEJ na qualidade de Juízes-Estagiários, com todos os direitos do cargo. Interessante a instituição do Estagiário, destinado ao preenchimento das vagas, no Curso de Formação Inicial, superior ao de Juízes Substitutos. Essas vagas serão preenchidas pelos candidatos interessados, na ordem de classificação e estes, percebendo de estudo de 50% do valor dos vencimentos mensais do Juiz de Direito Substituto, farão o curso. Se vierem a ser aprovados, serão nomeados para o cargo de Juiz de Direito Substituto, como se fossem Juízes Estagiários.

neceria durante um período máximo de seis meses, à disposição da Escola Paulista da Magistratura.²³

A inexacta compreensão dos objetivos do curso e a conseqüente implementação incompatível com sua filosofia levaram a experiência a ser abandonada, excluindo-se o curso de preparação como **fase do concurso** de ingresso à Magistratura²⁴.

O projeto, como idealizado, serviria mais para afeição da conduta do candidato, depois de adequada seleção preambular, com exclusão de poucos não afeiçoados ao perfil de magistrado. O período de convivência na Escola Paulista da Magistratura serviria para a transmissão de uma visão institucional da carreira, com intensa preocupação vocacional e ética. Não deveria ser um curso de revisão do bacharelado, missão impossível para uma permanência de três meses – a esse prazo foi reduzido o curso – ainda que em regime integral.

Visão reducionista converteu o curso justamente em **revisão do bacharelado**, após seleção preambular inadequada. O distanciamento da Comissão de Concurso, a rigor quase que totalmente alheia à experiência, foi outra das causas de insucesso da experiência. O número de recrutados não foi superior ao dos concursos convencionais e os aspectos negativos foram enfatizados pela crítica, gerando o retrocesso ao sistema anterior.

²³ Lei Paulista n° 7.818, de 23.4.1992, depois modificada pela Lei n° 8.318, de 17.6.1993.

²⁴ A Lei Estadual n° 9.351, de 30 de abril de 1996, constituiu, segundo minha prestenciosa concepção pessoal, um retrocesso. Retorna ao sistema anterior com uma agravante. A prova preambular será feita pelo método da múltipla escolha e alimento certas dúvidas a respeito de sua eficácia. Persiste a inviabilidade de se aferir aptidão profissional, vocação e formação moral do candidato, que será encaminhado às demais fases do concurso sem qualquer cogitação dessa ordem.

A experiência paulista foi depurada no Rio Grande do Sul, onde alguns cursos de preparação, compatíveis com a filosofia de inspiração européia, foram realizados com êxito. O Rio de Janeiro caminha na mesma direção²⁵ e unidades federadas outras, como o Ceará, interessaram-se pela pioneira solução bandeirante, interrompida sem ter produzido os esperados frutos.

e. A Escola Nacional da Magistratura

A Associação dos Magistrados Brasileiros, atenta ao clamor associativista, criou a ESCOLA NACIONAL DA MAGISTRATURA e confiou ao descortino entusiasta do Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, do Superior Tribunal de Justiça.

²⁵ Essa foi sempre a posição do Desembargador CLÁUDIO VIANNA DE LIMA e durante a realização do IX CONGRESSO DA FLAM, as conclusões levadas pelo Desembargador PAULO ROBERTO DE AZEVEDO FREITAS, atual Corregedor Geral da Justiça do Rio de Janeiro, em conferência sobre o tema "Formação e Aperfeiçoamento dos Juizes", conduzem a essa posição. Segundo a eminente autoridade, o ingresso e a progressão na carreira da Magistratura do Rio de Janeiro deverá atender aos critérios seguintes: 1. Concurso público de provas e títulos (fase de habilitação inicial). 2. Após a habilitação inicial, o concursando se submeterá a curso oficial - Escola da Magistratura - de preparação básica, com duração variável, de 3 meses a 6 meses, ao fim dos quais, será avaliado pela Banca de Concurso em conjunto com professores do curso oficial. É uma **formação prévia**. 3. Os habilitados na fase anterior, serão submetidos às provas técnicas específicas, escritas, orais e de títulos, elaborados pela Banca. 4. Empossados nos cargos de magistrado, os novos juizes se submeterão a um **curso de formação** (na EMERJ denominado Curso de Iniciação), com pelo menos 3 meses de duração, incluídos estágios em juízos de especializações várias. É o prosseguimento da **formação**, em caráter continuativo. 5. O **aperfeiçoamento** dos juizes far-se-á, ao longo da carreira, em processos de **formação contínua**, por pequenos períodos, de 2, 5 ou 7 dias, perfazendo 20 dias úteis anuais, em horário integral, frequência obrigatória e dispensa das funções jurisdicionais. Objetiva-se, principalmente, a atualização dos magistrados, em face das modificações legislativas e/ou mudanças da vida social e à adaptação, quando se candidatarem à movimentação na carreira (promoção ou remoção), para cargo de competência diversa daquela dos juízos em que estejam lotados.

neceria durante um período máximo de seis meses, à disposição da Escola Paulista da Magistratura.²³

A inexata compreensão dos objetivos do curso e a conseqüente implementação incompatível com sua filosofia levaram a experiência a ser abandonada, excluindo-se o curso de preparação como **fase do concurso** de ingresso à Magistratura²⁴.

O projeto, como idealizado, serviria mais para afeição da conduta do candidato, depois de adequada seleção preambular, com exclusão de poucos não afeiçoados ao perfil de magistrado. O período de convivência na Escola Paulista da Magistratura serviria para a transmissão de uma visão institucional da carreira, com intensa preocupação vocacional e ética. Não deveria ser um curso de revisão do bacharelado, missão impossível para uma permanência de três meses – a esse prazo foi reduzido o curso – ainda que em regime integral.

Visão reducionista converteu o curso justamente em **revisão do bacharelado**, após seleção preambular inadequada. O distanciamento da Comissão de Concurso, a rigor quase que totalmente alheia à experiência, foi outra das causas de insucesso da experiência. O número de recrutados não foi superior ao dos concursos convencionais e os aspectos negativos foram enfatizados pela crítica, gerando o retrocesso ao sistema anterior.

²³ Lei Paulista n° 7.818, de 23.4.1992, depois modificada pela Lei n° 8.318, de 17.6.1993.

²⁴ A Lei Estadual n° 9.351, de 30 de abril de 1996, constituiu, segundo minha prestenciosa concepção pessoal, um retrocesso. Retorna ao sistema anterior com uma agravante. A prova preambular será feita pelo método da múltipla escolha e alimento certas dúvidas a respeito de sua eficácia. Persiste a inviabilidade de se aferir aptidão profissional, vocação e formação moral do candidato, que será encaminhado às demais fases do concurso sem qualquer cogitação dessa ordem.

A experiência paulista foi depurada no Rio Grande do Sul, onde alguns cursos de preparação, compatíveis com a filosofia de inspiração européia, foram realizados com êxito. O Rio de Janeiro caminha na mesma direção²⁵ e unidades federadas outras, como o Ceará, interessaram-se pela pioneira solução bandeirante, interrompida sem ter produzido os esperados frutos.

e. A Escola Nacional da Magistratura

A Associação dos Magistrados Brasileiros, atenta ao clamor associativista, criou a ESCOLA NACIONAL DA MAGISTRATURA e confiou ao descortino entusiasta do Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, do Superior Tribunal de Justiça.

²⁵ Essa foi sempre a posição do Desembargador CLÁUDIO VIANNA DE LIMA e durante a realização do IX CONGRESSO DA FLAM, as conclusões levadas pelo Desembargador PAULO ROBERTO DE AZEVEDO FREITAS, atual Corregedor Geral da Justiça do Rio de Janeiro, em conferência sobre o tema "Formação e Aperfeiçoamento dos Juizes", conduzem a essa posição. Segundo a eminente autoridade, o ingresso e a progressão na carreira da Magistratura do Rio de Janeiro deverá atender aos critérios seguintes: 1. Concurso público de provas e títulos (fase de habilitação inicial). 2. Após a habilitação inicial, o concursando se submeterá a curso oficial - Escola da Magistratura - de preparação básica, com duração variável, de 3 meses a 6 meses, ao fim dos quais, será avaliado pela Banca de Concurso em conjunto com professores do curso oficial. É uma **formação prévia**. 3. Os habilitados na fase anterior, serão submetidos às provas técnicas específicas, escritas, orais e de títulos, elaborados pela Banca. 4. Empossados nos cargos de magistrado, os novos juizes se submeterão a um **curso de formação** (na EMERJ denominado Curso de Iniciação), com pelo menos 3 meses de duração, incluídos estágios em juizes de especializações várias. É o prosseguimento da **formação**, em caráter continuativo. 5. O **aperfeiçoamento** dos juizes far-se-á, ao longo da carreira, em processos de **formação contínua**, por pequenos períodos, de 2, 5 ou 7 dias, perfazendo 20 dias úteis anuais, em horário integral, frequência obrigatória e dispensa das funções jurisdicionais. Objetiva-se, principalmente, a atualização dos magistrados, em face das modificações legislativas e/ou mudanças da vida social e à adaptação, quando se candidatarem à movimentação na carreira (promoção ou remoção), para cargo de competência diversa daquela dos juizes em que estejam lotados.

Mercê do ampliado conhecimento da realidade educacional da magistratura em todo o mundo civilizado, o primeiro estudioso brasileiro da moderna **educação de juízes**, o Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA vem desempenhando um relevante papel na coordenação dos estudos e da reflexão em torno ao futuro das Escolas da Magistratura.

Além de promover cursos, salientando-se os Altos Estudos, estimulando a realização espontânea de promoções culturais das demais Escolas, coube à ESCOLA NACIONAL DA MAGISTRATURA missão bastante singular. Atuou, efetivamente, na reformulação do processo civil e do processo criminal, fator reconhecido de obstáculo à atuação jurisdicional e à ampliação do acesso à justiça no Brasil. Vem ainda produzindo auspiciosos resultados o trabalho de coleta de experiência na educação de juízes em todo o mundo, nas visitas realizadas pela Diretoria da ESCOLA NACIONAL a diversos países: Canadá, Estados Unidos, França, Portugal, Espanha, Bélgica, Alemanha, Suíça, Luxemburgo e Japão. O material colhido vem sendo sedimentado para o desenho do modelo de Escola de Juízes com que poderá contar o Brasil do terceiro milênio.

A necessidade de **institucionalização** da ESCOLA NACIONAL DA MAGISTRATURA parece consensual entre todos os estudiosos do tema e seria a colaboração que o Parlamento poderia oferecer, nesta fase de nova reformulação do Poder Judiciário.

f. O Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal

Outro organismo que vem disseminando o conhecimento e a discussão em torno do imprescindível redesenho do Judiciário, a partir dos métodos de recrutamento de juízes, é o Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal.

Além de promover cursos e de editar a série CADERNOS DO CEJ, encontra-se tal organismo em vias de lançar a Revista do CEJ, que "*com as características de um periódico técnico-científico, objetiva promover a difusão e o intercâmbio de conhecimentos pertinentes à ciência jurídica e à realidade judiciária, a fim de propiciar a congregação entre estudiosos, profissionais e demais interessados no aperfeiçoamento do sistema judiciário. Mais do que uma revista de perfil temático exclusivamente jurídico, a Revista do CEJ pretende apresentar abordagens multidisciplinares e atuais de questões tocantes à realidade do Direito e do Poder Judiciário, especialmente no que concerne à Justiça Federal*"²⁶.

Contribuição notável do CENTRO DE ESTUDOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL à discussão em torno do tema "ESCOLA DA MAGISTRATURA E FORMAÇÃO DO JUIZ", foi a publicação das cinco monografias selecionadas dentre as elaboradas por magistrados federais, em concurso promovido pela AJUFE. O Juiz WLADEMIR PASSOS DE FREITAS, então Presidente da AJUFE – Associação dos Juízes Federais do Brasil, faz a apresentação do volume que inicia a série "monografias do CEJ", referindo-se à importância e atualidade do tema em todo o mundo ocidental.²⁷ O terceiro volume da série também é destinado ao exame da mesma questão. Agora, é o jurista-sociólogo JOSÉ EDUARDO

²⁶ Do folheto "O espaço privilegiado para a divulgação do pensamento jurídico", destinado a cientificar a comunidade dos operadores de que a Revista CEJ será lançada em outubro de 1996.

²⁷ O volume 1 da série monografias denomina-se "Escola da Magistratura e Formação do Juiz", contendo trabalhos da Dra. SUZANA DE CAMARGO GOMES, a vencedora do concurso e que permaneceu durante um ano a estudar no Centro de Estudos Judiciários de Portugal, do Dr. Celso Kipper, do Dr. Fausto Martin de Sanctis, atualmente a cursar a Escola Nacional da Magistratura Francesa, do Dr. João Pedro Gebran Neto e da Dra. Mônica Jacqueline Sifuentes.

CAMPOS DE OLIVEIRA FARIA quem assina “O Poder Judiciário no Brasil: Paradoxos, Desafios e Alternativas”.

Consciente de seu papel, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal promoveu recente encontro, presidido pelo Ministro ROMILDO BUENO DE SOUZA, com a presença de todos os principais estudiosos do tema no Brasil, para debater a função das Escolas da Magistratura face à futura reforma constitucional, ora em curso.

4. Futuro

As Escolas ganharam previsão constitucional. Produziu-se razoável doutrina sobre elas.²⁸ Já se conhece a

²⁸ Sobre Escolas de Magistratura e sobre a formação de juízes, consultar, além das obras já citadas, o “Caderno de Deontologia Jurídica” publicado pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, Recife, 1989, quando Diretor da Escola o Desembargador NILDO NERY DOS SANTOS, a “Notícia da I Reunião Nacional de Diretores de Escolas da Magistratura”, realizada em Vitória, ES, em 27 e 28. VIII. 1987. SÁLVIO GOMES, “Escola da Magistratura e formação do juiz”. Revista semestral n° 8, da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul, janeiro 1995, p.5. ARMANDO LÚCIO VIDAL. “Recrutamento dos Magistrados na Europa Ocidental”, Revista de Processo 45/131. LUIS CAIEIRO PITTA. “O recrutamento e a formação dos magistrados nos Países do Conselho da Europa”. Procuradoria Geral da República, Lisboa, 1984. DALMO SILVA. “O juiz de Fabreguenttes ou a arte de julgar”. RV.288/119. ÁLVARO LAZZARINI. “Deontologia da Magistratura: o Juiz, suas atribuições funcionais, seus compromissos éticos”. JSTJ e TRF-LEX. vol. 78/9. CELSO AGRÍCOLA BARBI. “Formação, Seleção e Nomeação de Juízes no Brasil, sob o ponto de vista da humanização da Justiça”, Revista de Processo 11-12/31. CAETANO LAGRASTA NETO e RICARDO DE FREITAS BORGES. “A Educação e Treinamento de Juízes e Advogados”, n° Zero da Revista da Escola Paulista da Magistratura. CARLOS MEDEIROS SILVA, Estágio de juízes de carreira”, anteprojeto de emenda constitucional, RF. 1674. EDGARD DE MOURA BITTENCOURT, “Recrutamento de juízes e a preparação das profissões judiciárias”, RT. 315/107. ANICLETO LOPES ALIENDE, “Recrutamento de Magistrados”. RJTJESP-129/9, JOSÉ EDUARDO FARIA, “O Poder Judiciário no Brasil: Paradoxos, Desafios e Alternativas”, série monografias do CEJ 3. 1995, JOSÉ RENATO NALINI, “Recrutamento e Preparo de Magistrados”, RT. 1992, “O juiz e o acesso à Justiça”, RT. 1995, “A Escola e o Recrutamento de Juízes”, JSTF-LEX. 207/5. “A Escola da Magistratura: Avaliação e Perspectivas”, RT. 699/243. “O juiz e a ética no processo”, JSTJ. 54/15 e “Ética: propulsão da qualidade” JSTJ. 81/09

tendência estrangeira da ênfase na **preparação de magistrados**, não apenas na sua **formação continuada**.

O Conselho da Europa vem de publicar as atas da reunião multilateral realizada em Lisboa, em 27.28 de abril de 1995, destinada ao exame do tema: “A formação de juízes e de promotores na Europa”. A **preparação prévia** para ingresso na carreira é exigida na Áustria, na Bélgica, na Estônia, na França, na Grécia, na Itália, na Moldóvia, nos Países Baixos, na Polônia, em Portugal, na Eslováquia, na Espanha, países onde existe concurso ou prova de recrutamento. Dentre os países onde não existe seleção por concurso ou prova, há necessidade de formação específica, destinada à carreira de juiz, na Albânia, na Belarússia, na Bulgária, na República Theca, na Dinamarca, na Alemanha, Luxemburgo, Eslovênia, Suécia, Ucrânia, Reino-Unido.

Somente poucos países da Europa dispensam formação específica: Croácia, Finlândia, Hungria, Noruega e Suíça (onde os juízes são eleitos). A grande maioria dos países exige formação prévia através de curso regular, com a duração de 6 anos nos Países Baixos, 4 anos na Dinamarca e Suécia, 3 anos na Áustria, Bélgica, República Theca, Eslováquia e Luxemburgo, onde, após o recrutamento, há mais um ano de formação funcional, 32 a 36 meses na Grécia, 31 meses na França, 28 meses e meio em Portugal, 2 anos na Belarússia, Alemanha e Itália, 1 ano na Bulgária, Finlândia, Moldóvia e Ucrânia.²⁹

²⁹ “A formação dos juízes e magistrados do parquet na Europa”, atas da Reunião Multilateral organizada pelo Conselho da Europa, em cooperação com o Centro de Estudos Judiciários de Lisboa, Programa Themis 3, Cooperação jurídica do Conselho da Europa com os países da Europa Central e Oriental, Edições do Conselho da Europa, Luxemburgo/Alemanha, 1996

Essa a grande vertente a ser explorada em relação às Escolas da Magistratura neste final do milênio. Os países da Europa já compreenderam que a função do Curso de Preparação é transformar um **jurista competente** em um **magistrado apto** a exercer todas as funções judiciais. O conhecimento jurídico reputa-se adquirido pela mera admissão ao concurso de ingresso à Escola. A formação inicial deve favorecer a aquisição de um **saber-fazer** e de uma reflexão sobre o **saber-ser-juiz**³⁰. E é por esse motivo que os **cursos de preparação** não devem se preocupar, senão reflexamente, com a transmissão de **conhecimentos jurídicos**.

a. Profissionalização das Escolas

As Escolas de Juízes, repita-se, têm previsão constitucional, foram criadas, estão funcionando. É apaixonante verificar o que têm conseguido os magistrados em cada unidade da Federação, indo além da preocupação meramente técnica mas prontos a um debate humanístico e adequado a uma sociedade cada vez mais complexa.³¹

O êxito aparente não deve atenuar a vontade de aperfeiçoá-las. JOSÉ EDUARDO FARIA chega a ser caústico em relação às Escolas da Magistratura, propon-

³⁰ MAU VIGNAUD, Diretor da Formação Inicial da Escola Nacional da Magistratura, "A formação inicial dos magistrados: a experiência francesa", relatório apresentado na Reunião Multilateral de 27/28.4.1995, nas "Atas" citadas p. 41.

³¹ A Escola Superior do Mato Grosso do Sul, por exemplo, está realizando um projeto bastante consistente e ambicioso. Depois de estudar a Justiça e a Antropologia, desenvolve o curso destinado a estudar a Justiça e a Pós-Modernidade. Seus juízes, e aqueles que acorreram ao convite do Desembargador REMOLO LETTERIELLO. Estão adentrando nas discussões profundas e bastante raras nos cursos tradicionais, preparando-se para enfrentar os desafios do terceiro milênio.

do uma reação firme do judiciário. "*Dadas suas responsabilidades na imposição do cumprimento de obrigações contratuais ou legais e de penas a infrações criminais, o Judiciário, na condição de serviço público, em hipótese alguma pode descuidar da modernização de sua infraestrutura operacional...e, por fim, da recuperação das escolas de magistratura, previstas pelos incisos II e IV do artigo 93 da Constituição, infelizmente em sua grande maioria reduzidas a aparatos, caricaturas de reprodução do paradigma normativista (repetindo, neste aspecto, o trágico destino das faculdades de direito)*"³².

É chegada a hora de **profissionalizá-las**. Não podem mais ser apelidadas **Escolas**, apenas como outras iniciativas não institucionalizadas o são³³, ainda que respeitáveis. As **Escolas da Magistratura** não são como a **Escola Paulista de Direito Processual**, representando um movimento de influência internacional, mas provido de certa fluidez ou intangibilidade. Elas são exigidas pela Constituição. Precisam ser estabelecimentos dotados de estrutura física, de pessoal e de suporte financeiro suficientemente para atender às suas finalidades institucionais.

A realidade dos países visitados pela ESCOLA NACIONAL DA MAGISTRATURA é incontrastável. Adotado o modelo da preparação institucionalizada do juiz, a ESCOLA passa a ser uma realidade concreta e palpável. É provida de instalações condignas. Possui cor-

³² JOSÉ EDUARDO FARIA. "O Poder Judiciário no Brasil: Paradoxos, desafios e alternativas", Série monografias do CEJ. v. 3. 1995, p. 73/74.

³³ Em São Paulo, os futuros candidatos à carreira referem-se, com frequência, à "**Escolinha**" da Magistratura. Não sou daqueles que vêm nesse tratamento uma feição afetiva. Não imagino o Instituto de Pesquisas e Treinamento dos Juízes no Japão, chamado de "**Escolinha**". O diminutivo concerne mais à pouca importância ainda conferida a uma iniciativa nova e que não foi bem apreendida até por juízes experientes, bem intencionados, mas que professam outras crenças em torno da formação ideal do julgador brasileiro.

po fixo de professores tecnicamente preparados. Dispõe de programação previamente estabelecida e oportunamente divulgada. Profissionalismo no planejamento, no funcionamento e na avaliação de suas atividades.

Todos somos aprendizes nessa arte nova de propiciar ao juiz uma preparação ao desempenho jurisdicional e de lhe assegurar permanente reciclagem e crescimento cultural. Assim, não há receitas prontas e definitivas. Ainda há grandes desafios a serem vencidos. O receio de que a ESCOLA seja a detentora da ideologia da Magistratura e que possa homogeneizar o perfil do juiz, hoje pluralista e não enquadrável em qualquer tendência. Ainda se indaga, como faz o sociólogo LUIZ WERNECK VIANNA, se não há contradição em confiar à ESCOLA a tarefa de formar um juiz nos moldes da preparação do funcionário público, se a necessidade brasileira é a de um juiz da *common law*?³⁴ E estariam presentes os riscos da

³⁴ O sociólogo LUIZ WERNECK VIANNA, do Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro - IUPERJ e da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ, foi o coordenador do tema "Formação e Aperfeiçoamento dos Juizes", durante o IX CONGRESSO DA FLAM. Federação Latino Americana de Magistrados, realizada no Rio de Janeiro, de 17 a 20 de julho de 1996. Acreditando ser saudável a atual metodologia do recrutamento dos juizes, questionava a contradição da tese de uma ESCOLA DA MAGISTRATURA: Se o Brasil parece necessitar de um juiz da *common law*, mais conciliador, mais provido de poderes, pronto a exercer em plenitude a sua independência, como confiar a sua preparação a um estabelecimento à maneira de um modelo voltado à produção de funcionários públicos? E o Desembargador e sociólogo FELIPPE AUGUSTO DE MIRANDA ROSA acrescentava ser paradoxal que os juizes recrutados por métodos empíricos viessem a formular o ideal de uma Escola, para se encarregar de um recrutamento mais científico. Nesse tema, arrisco-me a ponderar que os concursos de ingresso à Magistratura produziram bons frutos. Mas é natural ao ser humano procurar aperfeiçoar-se. Não haveria possibilidade de torná-los ainda melhores? O concurso não privilegia o aspecto vocação, nem prioriza a seleção por critérios éticos. Resulta daí um número, reduzido embora, de aprovados, que não se revestem de qualidades para o bom desempenho da jurisdição. A Escola não será o caminho para obviar tais inconvenientes? A alternativa é o risco de recrutamento do juiz inapto ou desvocado. E o custo do mau juiz dever ser suportado pela comunidade sem qualquer tentativa de melhoria dos critérios de seleção?

elitização, fenômeno que magistratura deste século superou, pois o acesso à carreira de juiz veio a se transformar numa alternativa de modalidade social para os menos abonados, mas exitosos nos estudos.³⁵

As respostas não de ser formuladas depois de desenvolvidas as experiências de aprimoramento do sistema de seleção. Mesmo porque, nenhuma das críticas tem consistência baseada em prova. Reflete mais um receio e, portanto, serve de admoestação para os implantadores do curso de preparação. Depois, ninguém discute que a Escola precisa existir, ao menos como organismo de **reciclagem e aperfeiçoamento** de juizes. Nenhuma pessoa de bom senso concluiria que o juiz, depois de aprovado, passa a dispor da infalibilidade e seja imune a qualquer aprendizagem.

Tudo considerado, as propostas a seguir, visando a assegurar um futuro digno às Escolas da Magistratura no Brasil, são submetidas aos mais doutos e a todos os interessados no tema, como despreziosa contribuição ao debate. Elas poderão revestir algum significado, se enriquecidas com as críticas e sugestões de reformulação.

Parte-se do pressuposto de que o juiz, profissional chamado a intervir numa comunidade em acelerada mutação, deve se submeter espontaneamente a um processo de educação continuada. Primeiro, para poder de fato intervir na realidade, solucionando problemas e restabelecendo o valor justiça. Depois, para habilitar-se ao papel de agente transformador, não só reprimindo, mas também prevenindo a conflituosidade e pacificando o ambiente. Finalmente, até para conservar sua lucidez no mun-

³⁵ A conclusão consta do diagnóstico realizado pela AMB e IUPERJ, atualmente a mais completa pesquisa sobre a origem social do magistrado brasileiro, cujo primeiro caderno "O perfil do juiz brasileiro", acaba de ser divulgado.

do incompreensível para quem se conserva à margem do processo participativo.

a.1. A preparação do juiz

É um desafio de proporções pouco avaliadas, a formação do juiz moderno. Há “necessidade de uma **formação profissionalizante muito exigente**, do ponto de vista ético, técnico e cultural, permitindo a interiorização de conhecimentos vastos e diversificados centrados na realidade da vida”³⁶.

É fundamental se pense em **formação prévia**, pois a **formação continuada**, posterior ao concurso, não elimina a possibilidade de erros causadoras de lesões a direitos e interesses. Enquanto ainda não adequadamente formado, o juiz poderá vulnerar bens da vida de partes ou terceiros. Paradoxal que o juiz, remunerado para solucionar problemas, possa vir a causá-los. O investimento na formação prévia, portanto, é bem-vindo. Ao iniciar a judicatura, o juiz já se terá submetido a um processo de aprendizagem e treino, reduzindo-se a potencialidade de errar.

O aspecto primordial da preparação prévia, todavia, é o concernente à **ética** e à **vocação**. Salientava recentemente o Ministro CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, não ter sabido responder à indagação de juristas estrangeiros, sobre o que o Brasil faz para não recrutar juízes inaptos e juízes corruptos.

Continuamos sem condições de responder satisfatoriamente a tais questões. Os concursos são realizados de maneira ainda empírica, priorizando o aspecto da memorização de textos doutrinários, legislativos e

³⁶ Conselheiro ARMANDO A. GOMES LEANDRO, Diretor do Centro de Estudos Judiciários de Portugal, na comunicação “Formação de Magistrados em Portugal”, RT. 715/318.

jurisprudenciais. Nenhum estímulo à capacidade crítica do candidato. A aferição vocacional faz-se em rápida entrevista após a arguição oral, ou deflui de coleta de informações sobre seu passado e conduta social.

A preparação prévia deve servir para constatar se o ser humano tecnicamente apto a disputar um cargo de juiz, tem a vocação para exercer tal missão, ou se está em busca de emprego. Se pode vir a ser aproveitado no desempenho de atribuição estatal das mais onerosas e essenciais, ou se melhor será reservar-se para outros misteres.

A proposta que continuo a formular à consideração dos responsáveis pelas Escolas de Juízes, é a de um **Curso de Preparação à Carreira**, prévio ao concurso ou como fase dele, com ênfase para os aspectos de aptidão para o trabalho, vocacional e ético.

Para viabilizá-la, cumpre eliminar um risco futuro. O desafio mais urgente, é excluir da proposta JAIRO CARNEIRO, o retrocesso acolhido na matéria. O substitutivo não manteve o tratamento atual, de “*previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira*”³⁷. Em lugar de aprimorá-lo, por exemplo acolhendo a proposta de “*criação de sistemas de preparação para ingresso à carreira, com cursos oficiais, estágios, convênios com a Universalidade e outros, como requisito para ingresso na carreira*”³⁸. Houve evidente confusão ao se redigir o atual inciso IV do substitutivo. Ele está assim redigido: “*previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistra-*

³⁷ Artigo 93, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

³⁸ JOSÉ RENATO NALINI, “Proposta Concreta para um novo Judiciário”, artigo 93, inciso III. cit., p.7.

dos, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a aprovação do candidato em curso oficial ou reconhecido pelo Conselho Nacional de Justiça de preparação à magistratura.”

É nítido contra-senso. Primeiro, por se criar um desconhecido **curso de promoção de magistrados**. A redação anterior era bastante superior. Pode-se exigir um **curso de aperfeiçoamento** como requisito à **promoção do juiz**. Não há, contudo, na História da Magistratura brasileira, um **curso de promoção**.

Depois, protrai-se para o **pós-concurso**, a necessidade de aprovação em **curso de preparação à magistratura**. Pode-se – e deve-se – exigir aprovação em curso de **preparação** – portanto, **curso prévio** – para ingresso à magistratura. É contraditório permitir que o candidato torne-se juiz sem exigência desse curso e deva fazê-lo depois de nomeado. Aqui, o curso reclamado seria o de **iniciação funcional** ou de **reciclagem**. Vulneta o bom senso exigir-se uma **preparação a posteriori**, quando até semanticamente, **preparar é adequar previamente**.

a.2. Preparação profissional ou iniciação funcional

Ao lado da preparação prévia, ao menos como está na Constituição vigente, deverá ser preservada e aprimorada a vertente da **preparação profissional**, também chamada **iniciação funcional**.

Após preenchido o pressuposto da vocação e da moral afinada com os valores a serem perseguidos pelo Judiciário, deve ser considerada a formação técnica do juiz. Ele deve saber desvencilhar-se dos milhares de processos, fazendo-o de forma a assegurar eficaz outorga da prestação jurisdicional. Precisa dominar a ciência da interpretação, para bem poder aplicar a lei, produzida em massa para uma sociedade também massificada. Neces-

sita de atributos da psicologia, da sociologia, das relações humanas em geral, para se relacionar de maneira proveitosa com o universo em que atuará: partes, advogados, promotores, auxiliares da Justiça, operadores da **mass media**, governo e povo.

As Escolas Brasileiras, considerada a insuficiência crônica de recursos materiais, a alegada falta de juízes e a premência no provimento dos cargos vagos, estão se desembaraçando a contento dessa função de preparo profissional. Muito, entretanto, existe a ser aprimorado. A troca de experiências é salutar, permitindo não se incorra na mesma inadequação ou se valha de iniciativa alheia exitosa.

Passo importante é desequiparar as **Escolas da Magistratura dos cursinhos de formação de candidato a concurso** e do modelo falido da Universidade. A Escola da Magistratura, reconhecendo o pluralismo desta era e os paradoxos exigidos ao juiz, tem de estar **aberta para a totalidade do conhecimento**.

O educador RUY AFONSO DA COSTA NUNES, analisando a obra do filósofo alemão “JOSEF PIEPER, sugere algo: “*Segundo Pieper, a natureza íntima da escola platônica deve ser o princípio formal interno das instituições acadêmicas, e tal natureza íntima consistia no modo filosófico de encarar o mundo. Por isso embora nas universidades modernas se estudem muitas ciências diferentes com objetivos práticos, profissionais, o que deve caracterizar o estudo nessas academias é o espírito filosófico, indagador, universalista e crítico. Acadêmico, explica Pieper, significa filosófico, e um estudo sem filosofia não é um estudo acadêmico. Este consiste na atitude teórica de busca da verdade sem a preocupação imediatista do uso, da prática, do lucro. Além disso, para que o estudo numa faculdade para objetivos práticos*

como as de medicina e engenharia, seja filosófico, não basta que figure no seu currículo alguma disciplina filosófica, mas é preciso que os seus mestres sejam animados pelos **eros filosóficos**, é necessário que se perceba na universidade algo mais que a preocupação com o resultado útil e imediato”³⁹.

Para o juiz brasileiro poder trabalhar, não é mais importante dotá-lo de técnicas para encontrar nos códigos a solução dos problemas concretos, mas saber enfrentar qual será o futuro da justiça humana, quando tantos sintomas são encontrados de que ela é uma função secundária, embaraçante dos negócios e das políticas públicas e, portanto, potencialmente descartável.⁴⁰

a.3. Estágios

O Curso de Preparação Prévia é projeto abrangente, de difícil compreensão e encontra resistências de toda ordem. Muitos os que, até bem intencionados, levantam óbices à sua implantação, valem-se de argumentos que partem da alegada elitização do curso. Apenas os filhos de pais ricos poderiam permanecer à disposição da Escola. Os demais, ficariam privados de disputar vagas na Magistratura.

Outro argumento é a fuga dos profissionais bem sucedidos ou dos operadores já recrutados por outras carreiras, como os Promotores de Justiça e Procuradores da Fazenda.

Não é difícil enfrentar tais pretextos. Se o curso for considerado um **estágio de convivência**, conferindo-se

³⁹ RUY NUNES, “A herança de Academo”, in “O que é uma Universidade?”, de LUIZ JEAN LAUAND, Editora da USP-Editora Perspectiva, 1987, p.26

⁴⁰ Examine-se a obra de JOSÉ EDUARDO FARIA, elaborada a pedido do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, onde o tema é tratado com insistência.

maior severidade ao exame preambular, todos os cursistas estarão animados da certeza de se tornarem, ao seu término, e de fato, juízes de direito. Depois, não é difícil tornar atraente e substancial a remuneração concedida aos cursistas a título de bolsa de estudo.

No que concerne aos candidatos bem sucedidos em outras carreiras, estes já não disputam a porta estreita do concurso. É-lhes facultado chegar à Magistratura já em Segunda Instância, por meio do quinto constitucional. Finalmente, os que já superaram as barreiras de outros concursos poderiam, a critério da Comissão, ser dispensados do estágio. Pois, se a preparação preordena-se a evitar que alguém inapto ou não vocacionado chegue à carreira, quem já venceu nela ostenta requisitos que não precisam ser aferidos na convivência. Para esses, basta o concurso em sentido estrito.

Outro foco de resistência, já anteriormente apontado, é o da **ideologização** ou **homogeneização** da Magistratura. Invoca-se o perigo de se produzir um modelo uniforme, padronizado, de juiz. Não entrevejo esse risco, numa sociedade heterogênea como a brasileira. O pluralismo da Magistratura, o contato desejável com a Universidade, a influência do juiz jovem ao mundo circundante, a participação da OAB e o agora acenado, das Associações de Classes, não permitiria o desenvolvimento de semelhante projeto.

Nem se corre o risco de formar o **juiz funcionário público**, antípoda ao **juiz integral** do terceiro milênio, se a Escola da Magistratura profissionalizada, ombrear-se com o ideal de Universidade, distintamente de promover **cursinhos** rápidos e descompromissados.

De qualquer forma, prevalecendo a orientação contrária à da implantação de um curso efetivo, regular e prévio para ingresso à Carreira, o Judiciário – e suas Es-

colas, principalmente – devem procurar outras formas de suscitar vocações.

Uma delas é ampliar o **estágio** junto às unidades forenses, de forma a que o juiz venha a ser um **tutor intelectual**, um orientador de seu futuro colega. Esse estágio, já existente na estrutura dos Tribunais, foi contemplado na Portaria nº 1.886, de 30.12.1994, do Ministério de Estado da Educação e do Desporto, ao fixar as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico⁴¹

A previsão normativa comete uma atribuição de extrema importância para o Judiciário. Deixando a sua postura de **crítico** do sistema educacional, notadamente o dos Cursos Jurídicos, o Poder Judiciário passa a ser **co-partícipe** no processo educacional brasileiro. Tem condições de tornar-se coadjutor eficiente, se vier a implementar esses estágios e, por esse meio, a empenhar-se na formação do futuro juiz.

O estagiário é um juiz potencial. A proximidade com o juiz fa-lo-á amoldar-se ao ritmo de trabalho, ao exercício da tarefa de julgar, a acostumar-se ao volume e às agruras da carreira. De outra parte, o juiz poderá acompanhar o estagiário para nele detectar atributos ou deficiências compartilhando, com as cúpulas, da tarefa renovatória dos quadros.

É momento de se conferir ao **estágio** a sua real dimensão. Não é a passiva presença do estudante a assistir à realização de audiências e preencher as fichas compro-

⁴¹ O artigo 10 da Portaria nº 1.886/94 contempla o estágio e seu § 2º dispõe: "As atividades de prática jurídica poderão ser complementadas mediante convênios com a Defensoria Pública e outras entidades públicas, judiciárias, empresariais, comunitárias e sindicais que possibilitem a participação dos alunos na participação dos alunos na prestação de serviços jurídicos e em assistência jurídica, ou em juizados especiais que venham a ser instalados em dependência da própria instituição de ensino superior".

batórias. O estágio deve ser dinâmico. Instituído como verdadeiro aprendizado. Possibilitando o estudo, a indagação, a prática e a discussão institucional.⁴²

Os termos em que redigida a Portaria Ministerial dão às Escolas da Magistratura – assim como às Faculdades de Direito – uma perspectiva de amplitude para os experimentos, a imaginação criadora e a vontade de reverter os índices do ensino acadêmico. Basta exercitar a vontade e determiná-la ao trabalho firme, pois a messe é grande.

a.4. Convênios com a Universidade

Continua aberta a porta do convênio com a Universidade, assim como o celebrado pela ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA com a UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, PUC – SÃO PAULO e UNIVERSIDADE MACKENZIE.

Por ele, a ESCOLA DA MAGISTRATURA encarrega-se de ministrar aulas na cadeira de Instituições Judiciárias, a partir do quarto ano do Curso de Bacharelado, para os alunos que se inscrevam nessa disciplina facultativa.

A intenção é motivar o acadêmico a se interessar pelo Judiciário e, principalmente, fazê-lo disputar um cargo de juiz num futuro concurso. Embora o contato dos docentes, todos juízes indicados pela Escola de Magistratura, não seja tão assíduo como em relação aos estagiários,

⁴² Interessante a experiência desenvolvida em São Paulo pelo Desembargador ANGELO GALLUCCI, responsável pelos estágios junto à Comarca da Capital. Além da permanência nas Varas, os estagiários recebem orientação e aulas, conjugando prática e doutrina. Também elaboram monografias com base em temas enfrentados na realidade do estágio, transmitindo-as oralmente aos colegas, além de entregá-las por escrito a todos os demais. Os resultados estão sendo auspiciosos e são muito diversos do que lamentar as deficiências do Curso de Bacharelado.

ele pode oferecer a oportunidade de avaliar as qualidades humanas e o potencial intelectual do candidato a juiz.

Outras formas de convênio podem ser estabelecidas, como a realização de Cursos de Extensão e Aperfeiçoamento, a reserva de vagas na Pós-Graduação em sentido estrito, a criação de um Curso especial para os juízes, a cessão de professores para os exames da Escola da Magistratura e muitos mais.

Nesse convívio, não é apenas a Escola da Magistratura que extrairá proveito. Ela poderá levar à Universidade uma noção nova, que libere do **império de trivial**⁴³ e desperte-a para trabalhar mais intensamente na transformação do mundo. O problema da Justiça – portanto, o problema do juiz – não é apenas do Judiciário. É problema da sociedade e dos instrumentos que ela encontra para uma educação integral, dentre os quais, a Universidade.

a.5 Juízos Universitários

Mesmo antes do advento da Portaria nº 1.886/84, já existia a possibilidade de instalação de um **Juizado Especial** no interior de uma Universidade. A experiência catarinense, capitaneada pelo Prof. HORÁCIO WANDERLEY RODRIGUES, é conhecida e inspirou a edição da Portaria Ministerial.⁴⁴

⁴³ R.M. HUTCHINS, "A Universidade de Utopia", p.23/24. in LAUAND. "O que é Universidade", cit., p.83.

⁴⁴ O Fórum da Universidade Federal de Santa Catarina foi criado a 9. VII. 1993, por convênio firmado entre a UFSC, o Tribunal de Justiça, a Procuradoria Geral de Justiça e a Seccional a OAB. Está localizado administrativamente no Centro de Ciências Jurídicas e coordenado por juiz togado, destinando-se à prestação de serviços comunitários de atendimento às pessoas com insuficiência de recursos, através de alunos estagiários do Escritório Modelo de Assistência Judiciária do Departamento de Direito Processual Civil e Prática Forense, supervisionados por professores que também subscrevem os atos processuais.

Hoje ela é perfeitamente factível e atende a muitos objetivos. Amplia o acesso à Justiça, pois faz funcionar uma unidade judicial em lugar, antes dela, desprovido. Permite a realização de uma justiça de qualidade, pois ao lado de professores voltados à formação dos futuros operadores, interessados na preservação de um nível eficiente de atuação. Treina os futuros operadores no desempenho das várias tarefas jurídicas. E interessa mais aos alunos do que as já superadas técnicas de simulação. É muito mais importante para a comunidade que os acadêmicos procedam à conciliação, à mediação dos interesses, atuem como verdadeiros árbitros dos pequenos interesses contrariados, do que representem, teatralmente, um júri que não abandona o campo da ficção.

O rendimento, pelo interesse do alunado, no processo de aprendizagem, será bem maior se o acadêmico souber que está realizando justiça **concretamente**, e não apenas **brincando de fazer justiça**⁴⁵.

⁴⁵ Conforme afirmou o então Desembargador Corregedor Geral da Justiça de Santa Catarina, NAPOLEÃO XAVIER DO AMARANTE. "Além da certeza de uma solução mais rápida para as demandas, que deixarão de sofrer solução de continuidade, porque concentradas numa unidade judiciária instituída no âmbito da fonte formadora do profissional do direito, com a permanente possibilidade de gestão do professor e do estudante em cada um dos feitos, independentemente da desvinculação a ocorrer com a colação de grau, o modelo em apreço passa a constituir um verdadeiro laboratório a projetar, no futuro advogado, juiz ou promotor de justiça, a visão da importância dos princípios informadores do direito substantivo e das regras que compõem a estrutura procedimental, mormente na área do Direito Processual Civil. A teoria voltada para a realidade prática é de uma importância para o aprimoramento do ensino e a maior instrumentalização daquele que, amanhã, vai ser ator importante do sistema estrutural necessário ao desempenho da função jurisdicional do Estado" "Cartilha" do Fórum da Universidade Federal de Santa Catarina.

a.6. Treino na Justiça coexistencial

O juiz moderno conviverá com outras formas de solução de conflitos. Ele precisa saber desde logo que dele dependerá a preservação digna ou o enfraquecimento da Justiça. O monopólio da Justiça encontra-se em crise, como acentuou JOSÉ EDUARDO FARIA ao analisar a globalização: *“Acima de tudo, ao gerar formas de poder e influência novas e autônomas ela também pôs em xeque a centralidade e a exclusividade das estruturas jurídicas do Estado moderno, baseadas nos princípios da soberania e da territorialidade, no equilíbrio dos poderes. Na distinção entre o público e o privado e na concepção do direito como um sistema lógico-formal de normas abstratas, genéricas, claras e precisas”*⁴⁶.

O paradoxo do desprestígio do Judiciário, convivendo com a singular multiplicação das demandas, o de uma globalização que acentua as diferenças entre as etnias e as minorias, o crescimento exagerado da miséria, tudo isso reclama um novo juiz. A preparação prévia deveria se preocupar com tudo isso, contribuindo para amenizar o choque a ser enfrentado pelo novo operador e a realidade onde irá atuar. Pois, o juiz moderno, como disse MORELLO, é um **operador sitiado** pelas pretensões insatisfeitas e por um Estado onipotente que não se quer curvar ao comando judicial. O povo foi despertado para a Justiça, principalmente a partir de 1988. Também as organizações tentam se servir do Judiciário, ainda que instrumentalmente. Ambos estão insatisfeitos com a **performance** do juiz. E contra este ainda está o Governo, a Administração que entende perturbadas as suas políti-

⁴⁶ JOSÉ EDUARDO FARIA, “O Judiciário após a globalização”, conferência proferida no IX CONGRESSO DA FLAM. Rio de Janeiro, 18.VII.1996.

cas pela **indústria de liminares**, além do Legislativo, inquieto diante de um Judiciário que legisla para o caso concreto.

O tema é complexo e necessita aprofundamento. O juiz não pode estar excluído dessa discussão. A criação dos Juizados Especiais, a introdução da arbitragem, da mediação e do esforço conciliatório demonstram que o Judiciário está convivendo com essa **Justiça coexistencial**, não lhe sendo impossível fazê-lo, desde que mantenha o controle das decisões – ainda inspiradas em seus modelos – e reste preservado o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

b. Reciclagem

Pode haver, para muitos, sinonímia entre **reciclagem** e **aperfeiçoamento**. Este último seria um gênero, do qual a reciclagem seria espécie. Toda reciclagem significa aperfeiçoamento, embora nem sempre a recíproca se possa dizer verdadeira.

Para efeito didático, prefere-se entender por **reciclagem** o processo de correção de rumos, de revisão conceitual e técnica, voltada a escoimar a conduta do juiz de qualquer óbice a um ideal desempenho. A reciclagem importa, assim, numa modificação de hábitos e procedimentos. Já o **aperfeiçoamento** seria o processo pelo qual se acrescenta, ao acervo de conhecimentos do juiz, saber até então não transmitido, embora pudesse ter sido intuído pelo interessado.

Na **reciclagem**, o juiz transforma-se, abandonando praxes incompatíveis ou ultrapassadas. No **aperfeiçoamento**, o juiz pode aparentemente não se transformar, pois somou à sua cultura algo que até então nela não se encontrava.

b.1. Processo de vitaliciedade

Embora se possa falar numa **preparação continuada**, a avaliação que se faz do trabalho do juiz para o processo de obtenção de sua vitaliciedade pode também ser considerada como **reciclagem**. Pois ela se preocupará em verificar se a concreta atuação do juiz se conforma-se com os padrões considerados desejáveis, procurando ajustá-los quando necessário.

O juiz já está exercendo a sua atividade jurisdicional. Já está operando, concretamente, na vida, honra, patrimônio e liberdade alheia. Os seus equívocos ou indagações serão corrigidos e isso significa **reciclá-lo**, dotando-se-o de instrumental técnico direcionado à não-reiteração de práticas inadequadas.

As reciclagens até o termo do período de prova à obtenção da vitaliciedade: hoje, biênio – e no futuro triênio⁴⁷ – continuarão necessárias. E como o **procedimento de avaliação** das condições postas ao juiz, para aquisição da prerrogativa, dependerá de lei, é importante que as Escolas tenham um projeto a ser oferecido ao legislador. Dentre os requisitos a serem exigidos, parece primordial a submissão, com aproveitamento, às **reciclagens** na Escola da Magistratura.

⁴⁷ O Substitutivo à proposta de emenda à Constituição n.º 96, de 1992, do Deputado JAIRO CARNEIRO, aumenta o prazo para a vitaliciedade, hoje fixado em dois anos: Artigo 95, inciso I – "vitaliciedade, que no primeiro grau, será adquirida, após três anos de exercício, por deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, conforme procedimento de avaliação estabelecido em lei, dependendo a perda do cargo, nos demais casos, de sentença transitada em julgado, de decisão do Conselho Nacional de Justiça ou de deliberação do tribunal competente, nos termos do § 2º deste artigo".

b.2 Aferição do merecimento

A **aferição do merecimento**, linha sobre que se assenta, ao lado da **antiguidade**, toda a carreira do Juiz, também se fará por frequência e assiduidade a **curso de aperfeiçoamento**. Mas para a movimentação vertical do juiz pode-se mostrar necessária também a **reciclagem**, quando ele se encontrar em situação que reclame um apoio técnico. Pois, aperfeiçoa-se o que já é bom, na vocação natural da criatura rumo à perfectibilidade. Mas o que não o é tanto, recicla-se, numa concepção que, em certo eufemismo, pode abrigar a idéia de correção de rumos.

O Estado de São Paulo já teve um esquema de aferição objetiva do merecimento bastante interessante e que poderia ter servido de norte à atuação da Escola da Magistratura. Quando Corregedor Geral da Justiça, o Desembargador SYLVIO DO AMARAL, implantou-se um sistema de avaliação da qualidade na produção do juiz de primeiro grau, igualmente distribuído dentre todos os julgadores de segunda instância. Ao receberem o processo, recebiam também uma ficha para ser lançado o conceito sobre o juiz que sentenciou o feito. Com base nesse tríplice critério – satisfatório, insatisfatório e excepcional – a Corregedoria contava com um certo rumo na elaboração das listas de mérito.

Houve críticas e o sistema perdeu sua operacionalidade. Mas não é convincente concluir que a avaliação dos méritos faça-se melhor por um pequeno grupo responsável pela promoção, do que pela análise diuturna do trabalho do juiz, a cargo de mais de quatrocentos juízes.

b.3 Compulsoriedade ou facultatividade

A reciclagem deveria ser sempre compulsória. Se isso representa violação da independência do juiz, não se pode deixar de lembrar que a autonomia da vontade do

jugador existe para segurança e garantia das partes. Quando o juiz erra, reitera o erro e nele persiste, justifica-se a sua reciclagem. A origem de seu cargo não é a hereditari-idade, nem pode invocar a investidura divina. Existe para servir o povo que o remunera.

O tema é polêmico, mas pode ser enfrentado sem grandes agruras. Os esquemas de controle interno do Judiciário têm técnicas de persuasão do juiz, para direcioná-lo à reciclagem. Muitas vezes ele próprio pode se interes-sar por ela, diante da seqüência de julgados de segundo grau anulando-lhe as decisões ou contendo críticas, vela-das embora, às suas práticas.

Uma técnica que funciona é a abertura facultativa de inscrições, seguida de um convite para aqueles que, devendo se submeter à reciclagem, não se inscrevem. Outra fórmula é a inserção de grupos de juízes de deter-minada especialização, aí incluídos os que necessitam, mas os que também não necessitam da reciclagem. Numa sadia interação, pois os operosos podem contribuir para sensibilizar as consciências daqueles que não atingem os mesmos índices de exaço no desempenho.

As Corregedorias devem trabalhar ao lado das Es-colas, pois é nestas que o juiz recicla-se e, com isso, dei-xa de apresentar problemas para a Instituição. É muito sadia a convivência entre ambos os organismos, cuja vinculação de interesses ostenta certa intimidade estrutu-ral que apenas os conhecedores do Judiciário alcançam entrever com facilidade.

b.4. Modificações normativas e conjunturais

A reciclagem justifica-se, também, quando sobre-vierem modificações normativas e conjunturais, exigin-do revisão de conceitos. A dinâmica da prolífica legiferação brasileira produz centenas de diplomas a

cada mês. E a sociedade também se transforma, embo-ra não com a mesma velocidade.

Ambas as situações legitimam a realização de cur-sos de reciclagem. O momento é propício, por exem-plo, à montagem de cursos contemplando as dificulda-des na aplicação da Lei nº 9.099/95 e avaliando os efei-tos das reformas processuais civis.

Está próxima a aprovação do Código Nacional de Trânsito, assim como a edição de várias reformas Constitucionais. A realidade emergente do Mercosul está cada dia mais próxima. Tudo isso merece a aten-ção das Escolas da Magistratura, com o objetivo de dotar o juiz de condições de bem enfrentar as lides decorrentes da nova realidade.

b.5. Preparação à Segunda Instância, ao exercício colegiado e às funções administrativas

Os cursos de reciclagem também podem ser rea-lizados para preparar o juiz ao exercício na Segunda Instância, a qualquer outro exercício colegiado – as Juntas de Julgamento no primeiro grau, por exemplo – e ao desempenho de funções administrativas.

A função de corregedor das serventias extra-judiciais, ou a de diretor do Fórum, ou algumas tarefas muito especializadas, como a do Juiz da Infância e da Adolescência, deveriam merecer uma reciclagem prévia.

No modelo ideal, a cada vez que o juiz deixasse uma função e, em movimentação vertical ou horizon-tal, viesse a exercer outra, com diferente competência ou atribuições, deveria-se preparar mediante uma pré- via reciclagem.

c. Aperfeiçoamento

O Aperfeiçoamento é voltado ao acréscimo dos atri-butos do juiz. Não só nas disciplinas jurídicas mas, so-

bretudo, no vasto domínio do humanismo. A realidade é muito maior do que o direito. E cumpre ter presente que, na escala dos valores básicos, primeiro estão os homens, depois as leis. Lembrava PASCAL: “*Não somos, esperamos ser*”. O caminho do crescimento é interminável. Nele, todos somos viajantes.

É com essa crença na perfectibilidade e na humildade do reconhecimento de que nada sabemos, que se deve estimular o juiz a um aperfeiçoamento contínuo. Mediante estudo isolado, no autodidatismo que já produziu primícias. Mediante estudo sistematizado. Mediante discussões na associação de classe. E, também, através da presença permanente no local propício para o desenvolvimento desse projeto: A Escola da Magistratura.

c.1. Altos Estudos

Os chamados **Altos Estudos**, consoante o estatuto da Escola Paulista da Magistratura, destinam-se a:

- 1) Preparar Magistrados para o exercício de funções especializadas;
- 2) Promover e realizar estudos e pesquisas de temas doutrinários e questões de interesse do Poder Judiciário;
- 3) Propiciar reflexão aprofundada sobre aspectos institucionais da função judiciária;
- 4) Desenvolver hábitos de trabalho em conjunto, mediante utilização de técnicas propiciadoras de ampla discussão e habilitadoras do desempenho de funções colegiadas;
- 5) Debater questões sobre formulação, desenvolvimento e implantação de projetos voltados ao aprimoramento e atualização contínua da prestação jurisdicional;
- 6) Permitir a elaboração de monografia sobre tema jurídico de relevo e atinente às funções da Magistratura;

7) Sensibilizar o Magistrado para a atualização em todas as áreas cujo incremento possa resultar em aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Ainda não foram implantados os Altos Estudos. A minha sugestão pessoal ao então diretor da Escola foi a implementação, ao menos, do objetivo da alínea 6: permitir a elaboração de monografia sobre tema jurídico de relevo e atinente às funções da Magistratura.

Ele seria uma espécie de **Pós-graduação judicial**. À época, era Presidente do CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO o Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, que se sensibilizou quanto à dificuldade de o juiz submeter-se ao regime convencional dos cursos de pós-graduação em sentido estrito. Em contato pessoal com o então Presidente, obtive dele o interesse em solucionar a questão, credenciando a Escola da Magistratura a realizar tais cursos, reconhecidos pelo MEC em igualdade de condições com os mantidos pelas Universidades.

O plano seria confiar a **orientação intelectual** do juiz cursista a um desembargador aposentado, fazendo com que a Escola da Magistratura fosse o local destinado ao encontro e à transmissão de experiência desses colegas cujo conhecimento não tem sido, em regra, devidamente utilizado⁴⁸.

⁴⁸ Recorda PAULO MILTON BARBOSA LANDIM, Reitor da Universidade Estadual Paulista-UNESP, que “em sociedades primitivas, todos os mais velhos da tribo são os educadores, ensinando de maneira especial os mais jovens, que são os alunos”. (“A Universidade e a Formação de Educadores”, in “Educadores para o Século XXI”, uma visão multidisciplinar. Editora Unesp, 1992, p.17. A lição singela, tão praticada no oriente, é desatendida no Brasil. Na carreira judicial, pelo menos, não existe conduto institucional para a participação do aposentado. Em regra, ocorre a **descartalização** do jubilaado, por uma Instituição desatenta, a caminho de seu próprio destino **descartável**, como salienta JOSÉ EDUARDO FARIÁ. A ESCOLA DA MAGISTRATURA, como centro da cultura judiciária, tem condições de reverter esse quadro. Ainda é tempo de se aproveitar nela todo o aposentado que queira transmitir sua experiência de vida na formação dos novos juizes.

Não houve aceitação da proposta. Mas os Altos Estudos merecem imediata implantação, até como antecipação criador da doutrina do Judiciário, planejador da Justiça do terceiro milênio, no sonho do Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Já existe razoável literatura sobre o Judiciário brasileiro e latino-americano, convindo até que as Escolas obtenham, junto à Universidade, todas as teses de dissertações apresentadas sobre o Poder, para facultar seu exame e discussão pelos alunos-juízes.

c.2 Idiomas e Informática

O estudo de idiomas, inclusive o aperfeiçoamento no vernáculo, é essencial. Se o inglês foi convertido no esperanto, língua universal, o espanhol adquire relevância ímpar na realidade do Mercosul. O italiano é necessário para acesso às melhores obras sobre o redesenho do Judiciário, pois exatamente ali na Itália, ao assumir seu papel político, o juiz conferiu nova dimensão ao seu labor. O francês ainda é língua prestigiada e a Escola da Magistratura Francesa tem muito a ensinar.

Não se justifica mais o isolacionismo gerado pela barreira idiomática. As Escolas têm de treinar o juiz do futuro para relacionar-se com o mundo, na globalização que é fenômeno já hoje vivenciado por todos nós.

Também a informática é prioritária. A realidade da Internet, das Infovias e de todas as conquistas nas comunicações não pode ser desconhecida pelo juiz. A Escola moderna precisa de laboratórios de idiomas e de centros de Informática dotados de equipamentos sem os quais o serviço público está destinado a uma obsolescência muito mais rápida do que se imagina.

É necessário pensar não apenas no aspecto **operativo** dos equipamentos, mas na produção do **software** adequado ao trabalho judicial e que pode ser elaborado por juízes. Já se dispõe de um considerável número de magistrados que transitam pela Informática como por uma segunda natureza. Eles devem ser institucionalmente aproveitados para a transmissão desse saber a todos os demais.

c.3 Formação Ética

Ética também se ensina. Os preceitos deontológicos da Magistratura, que podem variar de país e região, têm um núcleo comum que precisa ser discutido e assimilado pelos juízes jovens, assim como rediscutido pelos mais experientes.

O mundo moderno é um mundo de tentações. A vontade de alcançar a integralidade dos bens da vida, numa sociedade de perfil consumista, pode levar ao afrouxamento dos princípios. A Escola deve ser o **refil** de ética do juiz contemporâneo. Ali o estudo da ética geral e o estudo de casos, pode levar à edificação do caráter de cada um, tarefa cuja duração ultrapassa à de uma existência.

A realidade emergente de um Código de Ética do Juiz Brasileiro, previsto no substitutivo Jairo Carneiro, torna inadiável essa preocupação.⁴⁹ E a conduta do juiz, a sua consciência ética, é talvez o tema de maior relevância para o Judiciário do século XXI.

⁴⁹ O futuro Conselho Nacional de Justiça, previsto no artigo 108 do Substitutivo Jairo Carneiro, terá como competência, dentre outras § 6º XII: - elaborar, com a participação dos demais órgãos do Poder Judiciário, o Código de Ética do Juiz Brasileiro. A sugestão constara de minha "Proposta Concreta para um novo Judiciário", publicada no vol. 208 da JSTF-LEX, p.5/54.

c.4 Propostas legislativas

A tarefa desempenhada pela ESCOLA NACIONAL DA MAGISTRATURA, na elaboração de reformas pontuais para os Códigos de Processo, mostrou um vertente importante para as demais Escolas. Cada qual poderá, no âmbito de sua competência e esfera territorial, auxiliar nessa tarefa de elaboração da lei.

O Judiciário está prestes a merecer a competência constitucional de iniciar o processo legislativo⁵⁰. Os Tribunais não têm prática ou vivência no processo legislativo e as Escolas devem auxiliá-los, mesmo porque a proposta pode ser ampliada, para concessão da mesma faculdade aos tribunais estaduais.

A lei elaborada por quem a aplicará, além de presumivelmente revestir uma feição técnica aprimorada, terá o efeito de gerar um comprometimento maior na sua boa aplicação. Consolidará a exclusão da cultura do repasse, já não podendo o Judiciário, a partir daí, lançar sobre o Parlamento a responsabilidade pela inadequação dos instrumentos normativos.

d. Formação dos docentes

Ensinar, disse SANTO TOMÁS, “é uma das formas mais elevadas e perfeitas da vida espiritual, pois no ensino se enlaçam as duas formas fundamentais da

⁵⁰ O Substitutivo JAIRO CARNEIRO prevê, no artigo 96, inciso IV. § 1º É facultada ao Supremo Tribunal Federal a iniciativa de leis sobre matéria processual, podendo dispor, inclusive, sobre requisitos de admissibilidade dos recursos, bem como sobre o processo e julgamento dos feitos de competência originária e recursal do STF e dos Tribunais Superiores, e sobre direito civil, comercial, penal, eleitoral e do trabalho, devendo as proposições contar com a maioria absoluta de votos dos membros do Tribunal.

existência humana: a *vita contemplativa* e a *vita activa*”⁵¹

A contemplação está presente porque o professor autêntico está direcionado à verdade das coisas. Na visão de PIEPER, as características contemplativas do mestre seriam: a capacidade de abrir-se para a verdade das coisas, de ouvir silenciosamente a realidade; de, com simplicidade, abrir-se para o todo e reconhecer o mistério do ser⁵².

Existem os que nascem professores. Não precisam de aprendizado, mas dominam o segredo da eficiente transmissão do conhecimento. Esse dom espontâneo escaparia ao âmbito metodológico, da didática, da habilidade pedagógica, mas nem todos os que trabalham com educação foram com ele aquinhoados.

Assim, um dos temas a serem enfrentados na profissionalização da Escola da Magistratura, é o da **formação dos docentes**. É importante que o professor seja alguém provido não apenas de conhecimento **técnico** da disciplina a ser ensinada, mas ainda de técnicas de **pedagogia, didática e metodologia do ensino jurídico**. Mas isto não basta: “O professor deve ter o carisma de algo muito profundo do que o mero domínio de “técnicas didáticas”; deve ser capaz, tal como TOMÁS, de posicionar-se com os principiantes. É justamente isto o que caracteriza o professor: que ele esforça e consegue e sai-se bem na tarefa de não só falar e formular, mas **pensar a partir de situação do primeiro encontro**”.⁵³

⁵¹ JOSEF PIEPER, “Thomas von Aquin als Lehrer”, in Weistum, Dichtung, Sakrament. pp. 146/147. apud LUIZ JEAN LAUAND, “O que é uma Universidade?”, cit., p. 122.

⁵² JOSEF PIEPER, op. cit., idem, ibidem.

⁵³ S. TOMÁS DE AQUINO, “Summa Theologica”, Prólogo, in “Thomas von Aquin...” de JOSEF PIEPER, op. cit., idem, ibidem, p. 124.

Não se pode improvisar em termos de educação. Se cada juiz é, naturalmente, um especialista, diante do estudo contínuo dos casos submetidos à sua diuturna apreciação, nem sempre a transmissão de sua experiência se dá com facilidade. Alguns são voltados a escrever. Outros somente sabem para si. Estes e aqueles precisam **aprender a ensinar**.

As técnicas de ensino existem e estão disponíveis. Não basta boa vontade. Nem pode a Escola ser utilizada como instrumento de poder dentro de cada Tribunal. Se ela for profissionalizada, deve funcionar profissionalmente. Com professores igualmente profissionalizados. E nisso não se leia ênfase na questão remuneratória, senão na formação adequada de alguém que deve ser **eficiente ao transmitir** o conhecimento.

Basta de amadorismo no recrutamento de professores. Não se exclua a possibilidade de palestras, conferências, colóquios, seminários e exposições com colegas pouco afeitos a lecionar. Mas as aulas regulares devem ser ministradas por **professores**. Esse o primeiro passo na transformação das Escolas em verdadeiros organismos plasmadores do novo juiz, crítico e criativo, consciente e participante.

5. A Institucionalização da Escola Nacional da Magistratura

Considerado o seu desempenho até o momento, tudo recomenda a institucionalização da ESCOLA NACIONAL DA MAGISTRATURA, destinada a ser a grande fomentadora do desenvolvimento integrado das demais Escolas.

O substitutivo JAIRO CARNEIRO confiou ao futuro Conselho Nacional de Justiça “*manter centro nacional destinado à formulação, aperfeiçoamento e promo-*

ção de magistrados, e ao desenvolvimento da administração e da pesquisa judiciárias, com função inclusive de reconhecimento, coordenação e supervisão das escolas e de cursos da magistratura do país”⁵⁴

Postula-se para o futuro organismo, não a atribuição de funções disciplinadoras das demais Escolas. Mas uma tarefa de **coordenação**, tal como hoje vem já exercendo a Escola Nacional da Magistratura. Ela tem sido o elemento de ligação entre as várias Escolas. Ela permite que as experiências sejam transmitidas, que os estudiosos de um determinado tema tenham contato com os outros, congrega os diretores e responsáveis, ouve-lhes os reclamos e incentiva o desenvolvimento de atividades.

A redação do substitutivo abriga a potencialidade de algum desencontro. Primeiro, comete a um organismo subordinado ao Conselho Nacional de Justiça, **toda a**

⁵⁴ Artigo 108, § 6º, inciso XI do Substitutivo. Constará de minha “Proposta concreta para um novo Judiciário”, já citada, como atribuição do Superior Tribunal de Justiça. “manter a Escola Superior da Magistratura Brasileira, destinada a coordenar as demais Escolas da Magistratura, disciplinando o sistema e os cursos oficiais de preparação à carreira e estabelecendo a programação dos cursos de reciclagem e aperfeiçoamento, a teor do previsto nos incisos III e IV do artigo 93” (artigo 106, inciso IV). A solução de outorga dessa atribuição a um Conselho que nasce como se fora **externo**, com a participação de integrante da OAB e do Ministério Público, parece não convir com a preservação da autonomia do Poder Judiciário na disciplina do recrutamento de seus integrantes. Também não conviria atribuí-la ao Supremo Tribunal Federal, diante da insuficiência de seus recursos para vencer a carga de processos e a multiplicidade de funções que desfiguram sua vocação de Corte Constitucional. O Superior Tribunal de Justiça, como virtual última instância do Poder Judiciário Brasileiro, já coordena o Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal e, da fusão desse Centro, com a Escola Nacional da Magistratura, poderia resultar o órgão voltado ao redesenho do Judiciário do Brasil no próximo - e agora, realmente, tão próximo - milênio.

Auxiliará, enfim, o juiz a encarar o seu futuro. E que este não se resuma apenas “ao vago direito a um vago futuro”⁵⁷, mas seja um futuro de reafirmação no valor justiça como alternativa de resolução dos conflitos, confiada a um operador esclarecido, operoso e disponível, devotado e sensível às aflições do semelhante, consciente de sua função, destemido e despojado dos interesses menores.

A esperança é apenas um **ainda-não**, na existência das pessoas e das Instituições. Depois de trabalhar com o idealismo de tantos, é lícito – e chega a adquirir consistência – o sonho com o futuro próximo das Escolas da Magistratura.

6. Síntese das conclusões quanto ao futuro das Escolas

6.1. As Escolas da Magistratura estão previstas na Constituição, foram criadas e estão funcionando. Cumpre agora profissionalizá-las, no sentido de sua recuperação plena como organismos de preparação, formação e aperfeiçoamento de magistrados, deixando a trilha que as reduziria a pálidos exemplos dos cursos jurídicos estagnados e insuficientes.

6.2. A formação dos docentes deve ser uma das atuais tarefas das Escolas da Magistratura, para torná-las verdadeiramente aptas à produção do juiz do século XXI. A profissionalização do professor também integra a profissionalização dos atuais centros de formação e aprimoramento de juízes.

⁵⁷ Expressão utilizada pela Juíza DÓRIS CASTRO NEVES, do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro, ao coordenar o painel “Direitos Fundamentais e Jurisdição” no IX Congresso da FLAM, Rio de Janeiro, 18.VII.1996.

6.3. A missão futura das Escolas da Magistratura é a implementação dos Cursos de Preparação à Carreira, cuja aprovação pode ser exigida ao candidato, por lei estadual, como requisito de ingresso à carreira. Assim como hoje se lê no inciso IV do artigo 93 da Constituição da República.

6.4. Constitui retrocesso exigir-se aprovação em Curso de Preparação à carreira, como etapa obrigatória do processo de vitaliciamento, pois o bom senso indica ser anterior à nomeação um curso destinado a preparar alguém para ser juiz. A ser cumprido o preceito inserido no substitutivo, o Judiciário deveria submeter seus juízes, depois de nomeados, a um curso de preparação à carreira, reconhecendo não estarem suficientemente aptos para nela ingressarem.

6.5. Mostra-se imprescindível a institucionalização da Escola Nacional da Magistratura, como entidade coordenadora das demais Escolas de Juízes, preservada a vocação de cada qual, como é da índole da heterogeneidade regional do Brasil – continente e compatível com a forma federativa de Estado.

6.6. Inconveniente, por isso, confiar-se a missão de “manter centro nacional destinado à formação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados” ao Conselho Nacional de Justiça, considerado um órgão de controle externo na Magistratura quando a formação e o aperfeiçoamento de juízes constitui tarefa exclusiva do próprio Judiciário.

6.7. É de ser excluída do inciso XI do § 6º do artigo 108 do substitutivo a proposta de emenda à Constituição

nº 96, de 1992, a expressão promoção. Não pode existir órgão centralizado encarregado da promoção (= movimentação vertical) do juiz, atribuição confiada a cada Tribunal a que se encontre vinculado.

6.8. Não conduz com a tradição brasileira, nem se mostra compatível com o federalismo, atribuir-se a um centro nacional a função de “reconhecimento” e “supervisão” das escolas e de cursos de magistratura do país, merecendo conservação apenas a tarefa de “coordenação”, já exercida hoje pela Escola Nacional da Magistratura da Associação dos Magistrados Brasileiros.

6.9. A institucionalização da Escola Nacional da Magistratura, provendo-a de recursos para aperfeiçoar o desenvolvimento do papel que já vem exercendo, mostra-se suficiente a assegurar adequado destino para projeto brasileiro de preparação e aperfeiçoamento de juízes.

6.10. Tribunais e Associações de Magistrados devem se empenhar na correção de rumos do modelo de educação de juízes abrigado pelo substitutivo à Emenda Constitucional nº 96, sem deixar de contribuir para institucionalização da Escola Nacional da Magistratura e de provê-la de meios para a consecução dos objetivos para os quais preordenada.

O CONTEÚDO SOCIOLOGICO NA CRIAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Teoria

introdução

Nos Cursos Jurídicos, apresenta-se o lado formal dos princípios de direito. Ensinam-se como se fossem fórmulas cristalizadas por juristas perfeitos, acabadas e indiscutíveis de que se vale o legislador para dar-lhes a prescrição normativa.

Os princípios jurídicos não nascem de modo espontâneo e isolado, mas são o resultado de um processo social complexo, que envolve a interação de diversos fatores, como a cultura jurídica, a tradição, a doutrina, a jurisprudência, a legislação, etc.

Os princípios jurídicos são normas de caráter geral, abstrato e indeterminado, que servem de base para a aplicação do direito em casos concretos.

O CONTEÚDO SOCIOLÓGICO NA CRIAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Zélio Furtado da Silva
Mestrando em Direito pela UFPE.
Prof. da UFPB e da ESMape. Advogado.

Sumário

1. Introdução.
2. Princípios: conceito.
3. O conteúdo sociológico no princípio jurídico.
- 3.1. A construção do princípio jurídico.
- 3.2. Conteúdo social e prescrição jurídica.
- 3.3. O papel do jurista na elaboração prescritiva do princípio.
4. Conclusão.
5. Bibliografia.

1. Introdução

Nos Cursos Jurídicos, apresenta-se o lado formal dos princípios de direito. Ensina-se como se fossem fórmulas criadas por juristas: perfeitas, acabadas e indiscutíveis de que se vale o legislador para dar-lhes a prescrição normativa.

Mas, se o princípio é uma norma, e a norma vem do fato social, não seria aquele nascido e sedimentado pela repetição de situações semelhantes empiricamente comprovadas e aceitas ao longo do tempo por uma determinada sociedade e que, ao depois, o legislador absorveu como norma?

Os princípios jurídicos não nascem do acaso, nem são plasmados em laboratórios de juristas de plantão. Os princípios jurídicos nascem daqueles valores sociais que se estabelecem como verdadeiros marcos de respeitabili-

dade e obediência para aquela sociedade. A norma jurídica dá a forma deste conteúdo, ela filtra estes valores, dando-lhes uma roupagem legal.

Os princípios de direito não estão adstritos a esquemas estáticos, “congelados”; seria o mesmo que admitíssemos uma estagnação, uma fórmula pronta nas inter-relações humanas. Há um processo contínuo, dinâmico no qual estes princípios reciclam-se, modificam-se e caducam. Por vezes perpetuam-se como sói acontecer por exemplo, com o princípio da legalidade.

Como o próprio Direito, os princípios refletem um determinado momento na história de uma sociedade e o seu conteúdo será sempre formado do material colhido desta mesma sociedade em seu tempo.

Ao legislador e ao jurista atribui-se a magnânima tarefa de resumir em uma prescrição normativa todo esse conteúdo preexistente na sociedade, utilizando-se, para isto, de toda uma técnica e de todo o conhecimento da Ciência do Direito e das demais Ciências afins.

2. Princípios: conceito

Miguel Reale foi muito feliz quando estabeleceu que é preciso entender o que é *juízo* através da Lógica para se compreender o que seja princípio; pois, sendo *juízo* “a ligação lógica de um predicado a algo, como o reconhecimento concomitante de que tal atributividade é necessária, implicando sempre uma “pretensão de verdade”. O *juízo*, portanto, é a molécula do conhecimento. Não podemos conhecer sem formular juízos, assim como também não podemos transmitir conhecimento sem formular juízos”¹.

1 Miguel Reale, “Filosofia do Direito”. São Paulo, Saraiva, 1991, p.59

Adiante, acrescenta Reale: “Quando o nosso pensamento opera essa redução certificadora, até atingir juízos que não possam mais ser reduzidos a outros, dizemos que atingimos princípios. **PRINCÍPIOS, são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade.** Às vezes, também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundamentos da validade de um sistema particular de conhecimento com seus pressupostos necessários”².

Do conceito acima exposto, extraem-se os seguintes elementos: 1) o princípio é algo que se estabelece como verdade; 2) como verdade o princípio oferece uma certeza; 3) como certeza o princípio é o alicerce de um sistema particular de conhecimento, 4) os princípios estão agrupados em cada ramo do conhecimento, isto é, cada ramo do conhecimento tem seus próprios princípios.

3. O conteúdo sociológico no princípio jurídico

3.1. A construção do princípio jurídico. 3.2. Conteúdo social e prescrição jurídica. 3.3. O papel do jurista na elaboração prescritiva do princípio.

3.1. A construção do princípio jurídico.

Se isolássemos um princípio para estudo, assim como o físico faz com o átomo, o biólogo com as células, etc., poderíamos constatar que o núcleo de um princípio de Direito contém um conteúdo, cujo substrato é composto de um conjunto de valores historicamente aceitos e admitidos como verdades para uma determinada sociedade.

2 Idem, op.cit.p.60

Existe, por assim dizer, uma “*miscigenação*” de valores a tecer o substrato de um princípio de Direito. Valores sociais de conotação diversa, religiosos, ético-morais, políticos, econômicos, etc., que constituem os “*ingredientes*” desta “*receita*”, o seu substrato que levado a efeito normativo, corresponde ao cerne destes princípios. Sendo, portanto, o “*princípio*” um somatório destes valores e que toma forma de regra jurídica, poderíamos reduzi-lo à seguinte fórmula: $P = C + N$.

Donde:

P = é o princípio de direito;

C = é o conteúdo, o substrato do princípio, valores, costumes e fatos sociais empiricamente comprovados e efetivos;

N = a norma que positiva o princípio, a prescrição normativa.

Tomemos, por exemplo, o princípio segundo o qual “*todos têm direito à vida*”:

P = é o princípio segundo o qual “*todos têm direito à vida*”

C = o conteúdo: a morte atenta contra os sentimentos altruísticos da sociedade, etc.;

N = norma penal: quem mata sofre sanção.

A norma em si não teria qualquer significado não fosse o valor que se dá ao fato da pessoa estar e permanecer viva. Mudando-se o valor, o conteúdo, muda-se o princípio. Com base neste mesmo exemplo, vejamos numa situação de guerra: o sentimento que tem o inimigo pela vida do outro é bem diferente. Prevaleceria aí, um outro princípio de conteúdo oposto, o de que é preciso matar. São, pois, valores que em determinado momento a sociedade elege como fundamentais para comporem o conteúdo do princípio jurídico.

Tomemos ainda por exemplo, o princípio da irretroatividade, segundo o qual a lei nova não pode

alcançar as relações jurídicas consolidadas pela lei antiga ou revogada. Qual seria o seu conteúdo? qual a razão do legislador dobrar-se a este princípio e não poder editar leis que afrontem os casos pretéritos? Está claro que não é simplesmente a norma ostentar a posição de princípio que faça impedir o legislador de editar lei retroativa. É a força vinculante da forma ao conteúdo. A sociedade para sua própria sobrevivência, sempre teve que contar com o mínimo de segurança, uma razoável e confortável certeza de que as coisas permaneçam dentro de um perfil estabelecido pela lei. A segurança é, em si, um sentimento de agradabilidade afora o qual impossibilitaria a interação entre os homens e conseqüentemente a formação de grupo social e da sociedade. Trata-se de um valor social objetivo, indispensável nas relações jurídicas. Com a prescrição jurídica tem-se por antecipação o modelo que torna segura as relações jurídicas estabelecidas sob o seu manto. Portanto, foi tal sentimento, necessidade e vontade de segurança, que redundou num princípio segundo o qual a lei é irretroativa, o denominado “*princípio da segurança jurídica*” ou que pelo menos – como no caso do sistema jurídico brasileiro – não atinja o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.³

3 A propósito refere-se Cláudio Souto: “Se por “direito” se entende um fenômeno ligado basicamente à segurança nas relações sociais, parece bastante claro que seu conteúdo esteja acordo com o conhecimento substantivo menos inseguro que se conhece, o conhecimento científico-empírico. Pois este conhecimento é testado ou testável por métodos e técnicas rigorosas de pesquisa empírica. Se o direito tem por fim a segurança nas relações sociais, a idéia que o compõe deve ter a menor insegurança cognitiva possível e essa menor insegurança está na consonância dessa idéia com os dados da ciência empírica atual. Parece evidente que uma idéia insegura, não comprovada ou comprovável, não pode ser o fundamento de uma maior segurança do mental e do social.” (Ciência e Ética no Direito – Uma alternativa de modernidade. Porto Alegre, Fabris, 1992, p.101)

Quanto mais importantes os valores sociais representativos do conteúdo, mais consistente e invulnerável será a norma que o eleva a categoria de princípio. São valores dos quais a sociedade não abre mão e que estão esculpados nas normas jurídicas.

Curioso é constatar como mentalmente processam-se estes princípios jurídicos na sociedade e qual o papel do jurista. Por exemplo, a sociedade repele a retroatividade da lei – como acima relatamos – no entanto, com a lei penal, esta mesma sociedade nega, isto é, admite que seja retroativa desde que beneficie o réu. Ora, se alguém cometeu o delito sabendo que a sanção era “x”, por que razão fazer a lei retroagir para beneficiar um criminoso?⁴

Decompondo este princípio segundo a fórmula $P = C + N$, veremos o seguinte:

P = princípio: da retroatividade da lei penal mais benigna;

C = conteúdo: o sentimento de piedade;

N = norma: redução da pena.

Tal princípio da retroatividade da lei mais benigna, demonstra claramente que o Direito é o que a sociedade quer, o que lhe traz sensação de agradabilidade e não o que as elucubrações do legislador possa individualmente achar que deva prevalecer.

3.2. Conteúdo social e prescrição jurídica.

No Direito existem “ns” princípios, cada qual tratando especificamente de uma determinada área do conhecimento jurídico. Há princípios que têm mais ampli-

4 CÍCERO entendia que lei punitiva deveria retroagir, uma vez que o dano já tinha sido causado. O grande pensador romano, em discurso contra VERRES, exproibiu-lhe edicto com força retroativa. Era de costume respeitarem as leis os fatos passados, e revoltou-se o orador contra o procedimento de Verres. Entendia ele que só uma exceção se deveria admitir: a de fixar-se, agora, o caráter de punibilidade a fatos pretéritos, porque aí o mal já era mal, e só a sanção faltava. (Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967”. São Paulo, R.T., Tomo V, 1968, p.8/9.

tude que outros, penetram em todos os domínios; outros são específicos para determinado ramo; todos, porém, revestem-se de um conteúdo social. Como nos ensina **Cláudio Souto**: “Forma e conteúdo só são separáveis por abstração. “Controle estatal “é forma: pode apresentar qualquer conteúdo social”.”⁵

Há princípios jurídicos que indicam “*fatores constantes*”, que são aqueles que estão presentes em “qualquer forma de vida social, ainda que, com conteúdos diversos em cada caso. Assim, contaremos entre essas constantes, o sentimento de justiça, as idéias de castigo e prêmio; enfim, todas aquelas formas básicas em que se manifesta mais ou menos constantemente a universalidade do aparato biopsíquico do homem desde que socializado.”⁶

Os fatos sociais e os costumes representam a matéria prima que se vale o jurista para construir a prescrição jurídica. O costume é o último estágio pré-norma jurídica. Ele já é “*lei*” para o grupo social. É o Direito palpitando no seio da sociedade. O costume leva, como se fosse numa esteira rolante, todo conteúdo a ser plasmado pela prescrição jurídica (normas comuns e normas hierarquicamente superiores, como os princípios). **Lévy-Bruhl** diz, que, “o costume elabora surdamente o novo direito do mesmo modo que a vida latente opera nas espécies vegetais e animais. É a fonte vital das instituições jurídicas. Tem, pois, uma esfera de aplicação indefinida.”⁷

5 Op.cit.p.100

6 Machado A.L.Netto, “Sociologia Jurídica”, São Paulo, Saraiva, 1987, 6ª ed., p.415

7 Segundo Lévy-Bruhl o costume: “Não é uma fonte de direito entre outras: não seria exagerado dizer que é a única fonte do direito. Embora surdo ou latente, o costume não seria perceptível se não se manifestasse exteriormente por meio de atos. Essas manifestações são negativas ou positivas. Negativas, consistem na falta de aplicação do direito positivo.” Henri Lévy-Bruhl. “Sociologia do Direito”. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo. Martins Fontes, 1988, p.39

3.3. O papel do jurista na elaboração prescritiva do princípio.

O princípio jurídico é fruto de um trabalho conjunto do jurista com a sociedade. A sociedade lhe dá os elementos, que é o conteúdo; o jurista dá forma, que é a prescrição. Como lembra **Cláudio Souto**: “as normas jurídicas não conhecem, se baseiam no conhecido” e mais “o normativo real implica forma e conteúdo, e não apenas forma”.⁸

Há de se ressaltar que a norma jurídica comum distingue-se do princípio, posto que, este é paradigmático, não se pode revogá-lo como se fosse uma norma qualquer, isto porque, o princípio tem um conteúdo valorativo social muito presente, de verdade sedimentada, cristalizada, aceita pela sociedade. Mudar o princípio significa que a sociedade passou a admitir outros valores, e, essa adoção de outros valores não se dá como uma simples revogação legislativa de lei. O momento e o tempo, em que acontecem as mudanças de valores na sociedade, processam-se diferentemente.

Consciente e sensível à toda conjuntura de forças, valores e interesses, o jurista de posse desse “*material*” vai procurar modelar a norma jurídica pertinente. Assim, como ressalta **Ehrlich**: “O conteúdo da prescrição jurídica lhe é proposta pela sociedade: ele só precisa formulá-la em palavras e encontrar os meios para proteger eficazmente os interesses a serem protegidos.”⁹

8 “...De tal modo que interessa visceralmente ao jurídico, regulador básico da sociedade moderna, que seu conteúdo se informe por saber científico substantivo o mais possível rigoroso e, inclusive, por saber científico-social do direito que seja o mais possível rigoroso. Como o direito é forma e conteúdo ao mesmo tempo, e inseparavelmente, se se lhe quer atribuir o máximo possível de segurança cognitiva, é preciso informá-lo de lógica em sua forma, e de ciência substantiva em seu conteúdo. E quanto mais rigorosa seja a ciência substantiva que informe o jurídico, maior, evidentemente, a segurança cognitiva deste.” Cláudio Souto, op. cit. p.17 e 90.

E como prescrição que é o princípio, toda atenção deve ter o jurista na lapidação da forma a ser dada. Os princípios fundamentais constitucionais brasileiros (arts.: 1^o ao 4^o) são um exemplo bem eloquente de como se traduz em expressões curtas todo um enorme conteúdo social, político e jurídico de organização do Estado brasileiro. O Constituinte não foi nada mais do que um tradutor da vontade, dos valores, da decisão social. A saber: apesar da propalada soberania que se diziam ter os constituintes originários, estes nada mais fizeram do que atender às aspirações gerais da sociedade brasileira. O regime republicano de governo ou o sistema federativo estão esculpidos como princípios fundamentais não pela vontade parlamentar, e sim, pela imposição da sociedade que já incorporou estes modelos desde o passado. Na hipótese, os constituintes carregaram consigo o auspicioso dever de dar àquelas conquistas a forma, a prescrição jurídica, quanto à organização político-jurídica do Estado brasileiro.

Ehrlich ressalta que não se deve subestimar a tarefa que tem o jurista de retratar o conteúdo na prescrição jurídica: “A inflexibilidade do procedimento e a pequena capacidade de expressão do direito material muitas vezes constituem enorme dificuldade: é aí que reside o “formalismo” no direito. O formalismo é uma deficiência técnica que deve ser superada e não uma ca-

9 Lembra Ehrlich que: “Da sociedade partem os impulsos para a formação do direito, de acordo com as relações de força nela vigentes.” Noutra parte conclui: “...a prescrição jurídica não é motivada pela observância dos interesses de classes ou estamentos individuais, mas de todas as camadas sociais: não interessa, no caso, se se trata de interesses reais ou apenas de supostos interesses gerais.” (Eugen Ehrlich. “Fundamentos da Sociologia do Direito”. Trad. René Ernani Gertz, Brasília, Ed. UB., 1967, p.155/156.

racterística peculiar do direito.” E, arremata: “A situação ineficiente de muitas instituições jurídicas atuais decorre em grande parte do fato de que até hoje não fomos capazes de estabelecer uma prescrição jurídica tecnicamente perfeita.”¹⁰

4. Conclusão

1^a Em todas as Ciências, os princípios são tidos como pressupostos de verdades e certezas aceitas como fundamento de validade do conhecimento.

2^a São valores aceitos e defendidos pela sociedade que forma o conteúdo do princípio jurídico.

3^a O conteúdo social contido no princípio jurídico pode muitas vezes não se revelar à primeira vista, porém, se analisarmos o sentido teleológico deste princípio, nele constataremos a presença de conteúdo social, posto que não há Direito dissociado da sociedade.

4^a Por ter conteúdo de valores tão sedimentados na sociedade, os princípios não são revogados como as normas comuns.

5^a O princípio jurídico é fruto de um trabalho conjunto do jurista com a sociedade. Assim, o jurista não pode desprezar os valores sociais nem a sociedade desconhecer o papel de importância que tem o jurista na elaboração da prescrição normativa.

10 “Onde as relações de força estão totalmente definidas ou o interesse geral está claramente delimitado na consciência da população, o jurista só precisa executar uma tarefa única. O conteúdo da prescrição jurídica lhe é proposta pela sociedade: ele só precisa formulá-la em palavras e encontrar os meios para proteger eficazmente os interesses a serem protegidos.” Op.cit.p. 155/56.

5. Bibliografia

- BRUHL-Lévy Henri. “Sociologia do Direito”. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo, Martins Fontes, 1988.
- EHRlich, Eugen. “Fundamentos da Sociologia do Direito”. Trad. René Ernani Gertz, Brasília, Ed.UB., 1967.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”. São Paulo, Malheiros, 1993.
- MIRANDA, Pontes. “Comentários à Constituição de 1967”. São Paulo, R.T., tomo V, 1968.
- NETO, Machado A.L.. “Sociologia Jurídica”, São Paulo, Saraiva, 1987, 6^a ed.
- PICAZO, Luís Diez. “Los principios generales del Derecho en el pensamiento de F.de Castro”, apud BONAVIDES, Paulo: “Curso de Direito Constitucional”. São Paulo, Malheiros, 1994, 5^aed., p. 228/229.
- REALE, Miguel. “Filosofia do Direito”. São Paulo, Saraiva, 1991.
- SOUTO, Cláudio. “Ciência e Ética no Direito- Uma alternativa de modernidade”. Porto Alegre, Fabris, 1992.
- “O que é pensar sociologicamente”. São Paulo, E.P.U., 1987.
- “Teoria Sociológica do Direito e Prática Forense”. Porto Alegre, Fabris, 1978.
- SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim. “Sociologia e Direito – Leituras Básicas de Sociologia Jurídica”. São Paulo, Pioneira Editora, 1980.

LÍNGUAGEM JURÍDICA E PÓS-MODERNIDADE (*)

Hidelbrando Campestrini

Professor titular de Linguagem Jurídica na Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul.

Sumário

I. A ESSÊNCIA HUMANA; II. A PÓS-MODERNIDADE; III. A LINGUAGEM COMO TRANSAÇÃO; IV. A LINGUAGEM JURÍDICA.

Nobres ouvintes:

Não esperem uma aula de Português, mesmo que aplicado ao Direito, nem de pós-modernidade.

A proposta é promover uma reflexão, que me ocupa há alguns anos, sobre a essencialidade e a eficiência da linguagem dentro da cultura pós-moderna e sobre os reflexos na linguagem jurídica.

Peço, aos bondosos amigos, excusas por ater-me ao texto, freio necessário à minha dispersão.

I. A ESSÊNCIA HUMANA

Tomem-se três cubos de granito: neles, naturalmente, a matéria será granito; a forma, cubo. Se um escultor transformar o primeiro deles na estátua de Tiradentes; o segundo, na de Pablo Neruda; o terceiro, na

(*) Palestra proferida no IV Encontro Regional de Aperfeiçoamento de Magistrados. Joinville, SC, 26 de julho de 1996.

de Che Guevara – evidente que a matéria das três obras continuará a mesma; não, a forma. Cada escultura passará a ter um significado particular: Tiradentes, Neruda, Che Guevara.

Aristóteles já explicava que os seres possuem matéria e forma; esta, a essência, o significado, isto é, aquilo que faz com que a coisa seja o que é.

Que é que diferencia o homem do animal? Que é que faz com que o homem seja humano? É a forma (não a fôrma), responderia o filósofo grego. É a linguagem, responde a filosofia contemporânea dominante, representando, esta essência, o salto qualitativo entre o homem e o resto do universo. Tiremos-lhe a linguagem e perderá sua natureza, tornando estéril qualquer discussão sobre racionalidade e inteligência.

Afinal, que é linguagem? Linguagem é a capacidade de lidar com significados, com o princípio das coisas, de entender, de conhecer, de ter consciência. Não só capacidade: é também o viver de acordo com estes princípios.

Na evolução das espécies, o humano certamente surgiu quando, ao usar um símbolo, teve consciência do significado dele.

Os gregos denominavam de *logos* esta consciência, esta compreensão superior do mundo. Sugestivo o início do evangelho de João, que concilia a filosofia grega com o cristianismo, quando relata: *In princípio erat verbum, et verbum erat apud Deum, et Deus erat verbum. Hoc eral in principio apud Deum.* E mais adiante: *Et verbum caro factum est, et habitavit in nobis: et vidimus gloriam eius.* “No começo era o verbo, e o verbo estava junto de Deus, e Deus era o verbo (...) E o verbo se encarnou e habitou entre nós; e conhecemos a glória dele.”

Aqui, o termo latino *verbum* traduz o grego *logos*. No começo era o *logos* – para os que acreditam, a segunda pessoa da trindade. Em Deus, o *logos* é tão autônomo que ora integra a divindade ora existe por si. Tanto que se encarnou e habitou entre nós. Por ele, conheceu-se a glória do Pai.

Ora, fica fácil concluir: *logos* é linguagem, manifestação. Deus conseguiu revelar-se somente pelo *logos*, pela língua, sua segunda pessoa. Cada um de nós também possui uma segunda pessoa, a linguagem, que desvenda ao outro o universo do emissor, numa verdadeira epifania. Se um dia, conseguisse tornar seu *logos* autônomo, o homem seria deus. Aliás, esta conquista deve ter dado a alguém o estado divino.

Oportuna, nesta passagem, uma pergunta preocupante: Sou animal falante ou *logos* encarnado?

Cabe observar que *logos* é equilíbrio, sabedoria, entendimento. Em resumo, é a capacidade de adequar as coisas, na busca da realização humana.

Lúcifer, segundo a lenda, quando começou a entender o mundo, a ter consciência, tentou usá-la para dominar os outros, para, enfim, estabelecer-se, no interesse pessoal, desequilibrando o universo, desafiando seu criador. E foi expulso pelo *logos*.

Heráclito já assinalava com esta solução: é o *logos* que nos possibilita entender e unificar neste eterno movimento, neste inevitável devir, que não permite ao mesmo homem tomar banho duas vezes no mesmo rio.

Logos impõe o entendimento. Portanto, não há espaço para o maniqueísmo, que divide o mundo em certo e errado, bem e mal, falso e verdadeiro. Os opostos existem para facilitar a compreensão do mundo, não para dividi-lo.

O fato é que a linguagem, que vale, se criadora, como no início do mundo, é verdadeiro milagre, uma taumaturgia constante de que o homem se esquece.

Juan Maragall (citado por Pedro Paulo Filho, em *A resolução da palavra*) exclama: *Com que santo temor deberíamos de hablar, pues! Habiendo en la palabra todo el misterio y toda la luz del mundo, deberíamos hablar como encantados, como deslumbrados!*

Quando se fala com encantamento, a linguagem é viva, criadora, eficaz. E Rubem Alves arremata: *Quem domina a palavra vira feiticeiro*. O mundo, segundo a Bíblia, foi criado pela palavra, cantada nos versos de Gonçalves Dias:

Ó mar, o teu rugido é um eco incerto

Da criadora voz de que surgiste:

Seja, disse; e tu foste, e contra as rochas

As vagas compeliste.

Para finalizar esta parte, é oportuno lembrar que:

1ª – é impossível pensar sem símbolos: nada existe sem a palavra, nem o pensamento, porque *pensar é querer falar; dizer é poder falar;*

2ª – não existe palavra morta; será, quando muito, ruído, porque, por natureza, tem significado, tem força, tem vida, tem espírito – e será tão vívida e sábia quanto entusiasta e sábio for o emissor;

3ª – a linguagem é a própria dignidade do homem: empenhar a palavra é empenhar a própria honra; faltar com a palavra é faltar com própria dignidade;

4ª – possuir linguagem eficiente é obrigação de todo humano, até porque faz parte de realização de seu destino; e deve ser verdadeira obsessão para o profissional do

Direito, observando-se que a linguagem não é só verbalização mas também expressão corporal e conduta, ou seja, esta “verbalidade antropológica”;

5^a – é a linguagem que desvenda o ser, é ela a *epifania antropológica que desfila o submerso mistério do ser humano* (Juvenal Arduini, em *Destinação Antropológica*, p.16);

6^a – é da natureza humana falar, comunicar-se com o outro; infelizmente, o homem pós-moderno acaba por instalar-se nessas verdadeiras “ilhas de solidão”.

II. A PÓS-MODERNIDADE

A pós-modernidade, que nasceu na filosofia e é um fenômeno ocidental, não tem proposta consistente para melhorar a sociedade; ao contrário, é uma contraproposta no sentido de desmerecer a razão, a filosofia, tidas como deficiências, na medida em que elas atrapalham a conduta, porque unificam, sistematicamente, retardando (ou complicando) a ação humana.

Com isto, surge a ruptura inevitável entre o tradicional e o novo. O tradicional está superado e deve ser esquecido; se é novo, é bom. Assim, nasceu a fragmentação; quebraram-se, repentina e gratuitamente, os ídolos; os valores universais e históricos foram substituídos pelos do indivíduo atual, sem história, omissos; a pressa e a insatisfação passaram a dominar as ações do homem, que foi tomado de cinismo e desencanto, com Fernando Pessoa:

Hoje já não faço anos.

Duro.

Somam-se-me dias.

Serei velho quando for.

Mais nada.

Se não bastasse, a moralidade tomou como parâmetro não a dignidade humana e, sim, o bem-estar do indivíduo. Se me faz bem, se me deixa em paz (mesmo que ilusoriamente) – é moral.

No fundo, a pós-modernidade avisa que é preciso mudar. Mas não tem o caminho, não tem a proposta, não oferece paradigmas. Como já afirmava José Régio, em 1925:

Ninguém me peça definições!

Ninguém me diga: “vem por aqui”.

A minha vida é um vendaval que se soltou.

É uma onda que se alevantou.

É um átomo a mais que animou...

Não sei por onde vou,

Não sei para onde vou;

– Sei que não vou por aí!

Resumindo: *O niilismo ético sob as formas mais diversas ocupa a cena intelectual desse fim de milênio e difunde sua linguagem e seu way of live no campo inteiro das idéias e das práticas sociais.* (H. C. de Lima Vaz. *Escritos de Filosofia II*, p. 179).

Importa acrescentar que esta pós-modernidade, que acabou com os doutores, os mestres, provocou uma posição contraditória. Em vez de impelir o homem a criar o próprio discurso, transforma-o, por falta de condições e elementos, em “especialista em discursos alheios”, fíliado sempre a escolas, a correntes, à jurisprudência de determinados tribunais.

Observa-se hoje verdadeira obsessão pela jurisprudência. Por e para que buscar autores para dizer o que você pode dizer? Cervantes já enfrentava: *Non me ando*

buscando autores para dizer lo que sé decir sin ellos. Acrescente-se que este recurso é um retorno à Idade Média, quando se buscavam, para encerrar qualquer discussão, as palavras da autoridade, do mestre, da escola (*auctoritatis verba*).

Surgem daí também a neurose e a síndrome dos manuais. Hoje há compêndio para tudo. Para que criar se já existe pronto? A título de curiosidade: na justiça de Mato Grosso do Sul (e de outros estados), toda coletânea de modelos de peças processuais é apelidada de burrinho.

III. A LINGUAGEM COMO TRANSAÇÃO

A linguagem, como manifestação, elo entre emissor e receptor, estabelece uma transação, que todos desejam bem sucedida, num jogo ganha-ganha.

Que fatores impedem o sucesso desta transação? Aqui a reflexão poderia estender-se por horas. Limito-me a apontar os principais obstáculos.

O primeiro é o **juízo**. Na linguagem, que a única preocupação seja entender o outro e ajudá-lo, se possível e necessário, a entender-se. Uma das causas do conflito entre pais e filhos é que aqueles querem ditar os valores, julgar. O que mais se ouve é: **você está errado, isso não se faz**. O caminho mais eficaz é entender o filho e trabalhar de forma tal que entenda o pai e que, por conta própria, conclua pela melhor alternativa, cujas consequências deve assumir. Que seja definitivamente banida, principalmente da escola, a postura cabotina do maniqueísmo, que divide, como já se viu, o mundo em certo e errado, em falso e verdadeiro, em bem e mal.

Quem se propõe a entender não discorda. Discordar é cortar a relação, é quebrar a corrente, é cercear o crescimento. Aqui entra o método dialético, a exigir, na relação tese e antítese, faça-se a síntese (suprassunção de

ambas, qualitativamente melhor). Este, o caminho do crescimento. Pode-se concluir que **quem discorda não sabe, quem concorda não aprende**. Quantos livros já não fechamos porque o autor discordava de nossas idéias. Nós, inteligentes, estudados, adeptos da pós-modernidade! Quem ousaria? Reconheçamos: são estes livros que provocam nosso crescimento.

O segundo é a **não-correspondência entre o juízo e a proposição**. O juízo está na cabeça, a proposição está no papel, na palavra. Com muita freqüência, formula-se um juízo e não é ele que vai fielmente para o papel. Quem lê, vai entender o que está escrito e não o que andou pela cabeça. Por quê? É que quando se formula o juízo, o sujeito trabalha com seu código, que ninguém contesta; com sua estrutura mental, que para ele é eficiente. Portanto, tudo fácil, tudo claro. Quando externada, a mensagem poderá, no entanto, ser questionada na sua clareza, na sua lógica.

Sirva de exemplo o princípio constitucional, aqui simplificado: *Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização de suas obras*. Pergunta-se: 1ª – Que pensou o legislador? Pensou que só o autor pode dispor de sua obra. 2ª – Que está escrito? Que a utilização da obra é direito exclusivo do autor. Isto corresponde à intenção do legislador? Certamente, não. 3ª – Existe direito exclusivo? Não existe: o que se pode é excluir alguém do alcance de um direito.

O terceiro é a **desqualificação**. O receptor exige respeito. Portanto, centrar nele a atenção, não permitindo que ocorrências alheias perturbem a comunicação. (Cá, entre nós: não é falta de educação, por exemplo, ler jornal, atender telefone ao conversar com alguém?)

O quarto é **preconceito**. Que leva a pré-julgamentos. Em Campo Grande, certo professor, ao proferir uma

palestra numa das Faculdades de Letras, explicara que era leitor contumaz dos evangelhos, nos quais não acreditava, mas os considerava literatura de primeira água e um manual de excelente pedagogia. Uma aluna, até então muito atenta, levantou-se, aproximou-se do mestre, ergueu a mão e, de dedo em riste, gritou: *Quem não acredita em Deus é burro*. E saiu, batendo os calcanhares. Nada de preconceito, certamente: (O professor está aqui).

Nossa cultura está impregnada de preconceitos. Alguém acredita na palavra de político? Sim, certamente! Com que dificuldade a mulher impõe sua competência!

O quinto é a **inadequação dos egogramas**. Eric Berne, criador da análise transacional, explica que o ser humano tem três estruturas psíquicas básicas: de pai, de criança, de adulto. O pai trabalha os valores, julga; a criança, as emoções, sente; o adulto, o objeto, entende. O ideal é conseguir adequar o egograma à situação. O profissional comunicar-se-á sempre no egograma adulto. Ninguém namoraria no adulto; o mais adequado é no da criança.

O sexto é o **narcisismo**, que consiste na supervalorização da própria imagem. Ai de quem a desestabiliza! Cada um de nós possui um filtro seletor: nos equilibrados, permite a entrada de qualquer informação, sem provocar melindre ou desgaste; no narcisista, toda mensagem que possa comprometer sua bela figura não passa por esse filtro e é devolvida em forma de agressão. O narcisismo acaba por criar complexos. Quantos exemplos os senhores poderiam colocar aqui. O narcisista só ouve o que lhe interessa. Pode haver comunicação, entendimento?

O sétimo é a **inadequação do padrão da linguagem**. Com pessoas simples, seja simples a linguagem. Com o douto, seja douta. Com o advogado, seja técnica. Não existem formas certas e erradas. (Abaixo o

maniqueísmo!) Existem formas adequadas e inadequadas ao padrão de linguagem que está sendo empregado. Encanta, em qualquer circunstância, a linguagem natural, simples, sem afetação. Sem esquecer que não basta que as palavras sejam belas – é necessário que sejam sinceras.

Como conclusão, pode-se, repetindo Eric Berne, afirmar que a linguagem será autêntica, bem sucedida, autônoma, quando emissor e receptor possuírem absoluta consciência do que estiverem comunicando, numa atmosfera de intimidade, liberdade e sinceridade.

Cabe observar que a escola brasileira centra toda a preocupação com a linguagem no estudo da gramática. Não desenvolve qualquer atitude ou habilidade. Regras e mais regras. Um tanto delas existem somente na gramática. Quando começará a valorizar a linguagem e sua eficiência? Quando começará a questionar o homem pela linguagem? A descobrir que a essência do homem é a linguagem? Que é livre o homem que manipula a linguagem? Infelizmente, entre nós, também há o preconceito de que a correção gramatical e vocabulário erudito passam a ser o valor fundamental do texto.

IV. A LINGUAGEM JURÍDICA

À guisa de introdução desta parte, é oportuno observar que as ciências são linguagens específicas, leituras sistematizadas de fenômenos do mesmo objeto. O homem é objeto de estudo de diversas ciências.

O direito, como ciência, tem a sua linguagem, que não é estudada em momento algum na carreira acadêmica. Surge daí uma situação curiosa. A linguagem jurídica trabalha com frequência com dois discursos: o escrito e o pré-concebido. Quantas vezes você lê o texto e o profissional do Direito de pronto interfere explicando que não é aquilo que está escrito; é outra coisa. Esta conduta

é tão enrustida que até mudanças na Constituição de 88 não foram lidas. Por exemplo: O parágrafo único do art. 1º mudou. Alguém já observou isto? **Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.** Pergunto: os magistrados e os delegados de polícia, por exemplo, estão sendo eleitos? (Não questionemos, por favor, a prática. Deixemos como está). Mas a mudança do texto foi, ao menos, observada?

Esta situação acaba por desprestigiar a lei, mesmo que mal elaborada. De qualquer forma, é preciso, antes, entendê-la, para depois, questioná-la. Não é demais citar Griffa: *A linguagem ocupa papel transcendente no Direito.*

É necessário retornar à seriedade. Outros exemplos da Constituição, verdadeiras leviandades do legislador, verdadeiras pérolas cabralinas, se Bernardo Cabral fosse responsável por todas elas. Citem-se algumas:

Art. 20. São bens da União:

I – os que atualmente lhe pertencem e os que vierem a ser atribuídos;.....

Observem: São bens da União os que atualmente lhe pertencem – que originalidade espantosa! Ainda. São bens da União os que lhe vierem a ser atribuídos. Que atrevimento! Ora, se vierem – não são.

Outro exemplo: *A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.* (Art. 5º, XI).

Se a casa é asilo inviolável, como se pode penetrar nela? Ocorre aqui a não-correspondência juízo/proposição. O texto não foi bem pensado; logo, mal

redigido. Redação mais eficiente passaria por esta sugestão: *Pode-se penetrar na casa: I – com o consentimento do morador; II – em caso de flagrante delito ou desastre; III – para prestar socorro; ou IV – durante o dia, por determinação judicial.*

O magistrado acaba por ter uma responsabilidade sem precedentes diante da lei e de suas decisões. Passa a ser um verdadeiro engenheiro das palavras. *Las leyes están hechas com palabras, como las casas com ladrillos. Nosotros somos ingenieros de las palabras,* afirma um autor argentino.

É inquestionável que a nitidez do texto nasce da nitidez da palavra. Desprestigiá-la é desprestigiar a própria essência humana. Porque *existir é pensar. Pensar é dizer. Dizer é significar. Não se morre quando se perde a vida, mas quando a vida perde a expressividade e não tem mais nada a dizer. Por isto, o pior que pode acontecer ao homem, não é morrer. É emudecer. É ser in-significante. E nada significar* (Juvenal Arduini, ob. cit. p. 122).

Mergulhados nestas preocupações, devemos modernizar a linguagem jurídica. Com os devidos cuidados. Abolir os formalismos, não as formalidades. Não se pode, em nome do simples cair no ingênuo. Não é demais lembrar que a simplicidade é o grau máximo da perfeição.

Modernizar a linguagem é tirar-lhe aquele ranço de retórica, as expressões arcaicas (há tempo cheirando a formol), os chavões ou palavras esdrúxulas como purgar a mora, pretório excelso, meirinho, *data venia*, prolegômenos, ponto-finalizar, obstaculizar, ao arrepio da lei, estribado, remédio heróico e tantas outras criações que deixariam o ex-ministro Magri ruborizado. O profissional do direito deve escrever de forma simples, clara, concisa e com substância. Goffredo da Silva Telles pondera: *Sem*

prejuízo da técnica, a modernização do idioma forense representa uma evolução do espírito do advogado.

Não só. Eliminar citações e mais citações em latim ou em línguas estrangeiras (o Código exige que todos os atos processuais sejam no vernáculo e a Constituição estabelece que a língua oficial é a portuguesa). Petição inicial, sentença, contra-razões não são peças para mostrar erudição ou exercício literário e sim capacidade de convencimento.

Não se pode falar em síntese (a sentença deve ser sintética, por exemplo) porque a síntese trabalha com o essencial; é preciso que a peça seja concisa, isto é, construída com o necessário. Concisão se opõe à prolixidade. Escreve-se demais. Em Mato Grosso do Sul, tanto na Escola Superior de Magistratura como na Escola Superior de Advocacia lidero uma campanha sem quartel contra a prolixidade. Os resultados são animadores: um alentador número de juízes e advogados está escrevendo menos (com frequência, 50%) e... com melhores resultados.

É determinante que se passe a ter consciência do que se escreve. Como é comum se passar o **competente** recibo, extrair a **competente** certidão, encaminhar o **competente** inquérito. Pergunto: desde quando recibo, certidão e inquérito são competentes? Para tanto, seria necessário que existissem recibos, certidões e inquéritos incompetentes. Outro exemplo: já foi o tempo em que os autos **subiam** ao Tribunal e os cálculos eram novamente **baixados** ao contador. Outra: desde quando num acidente há **vítima fatal**? Fatal é o que mata. Portanto, acidente fatal. Nem se diga **acidente fatal com vítima**, em que **com vítima** é redundante. Mais: quantas vezes se emprega a palavra **latrocida** com o sentido de autor de latrocínio. **Cida** indica aquele que mata, como em formicida,

homicida. Ora, **latrocida** é aquele que mata ladrão. Nada mais. Quantas vezes consolamos o amigo com o adjetivo **coitado**. Alguém se tocou que **coitado** é a vítima do coito? Na linguagem jurídica romana, **nefasto** era o dia em que não havia audiência ou expediente. Que ironia, hoje! É bem verdade que as palavras mudam, ao longo do tempo, de significado. Vão e voltam, como as folhas das árvores, já observava Horácio na **Arte Poética**.

Tem-se, às vezes, a impressão de que a linguagem forense caminha no sentido inverso da pós-modernidade. Esta defende que bom é o novo; aquela, que melhor é o tradicional. Nem um nem outro. Impõe-se recolher o que ambos possuem de proveitoso.

Hoje o trabalho forense é técnico. Portanto, linguagem técnica, que não significa um discurso hermético, opulento em palavras científicas. Que possua termos científicos é óbvio, mas que seja claro, acessível. E o juiz deveria redigir a sentença na linguagem natural, até porque se destina às partes e não ao advogado.

É importante prestar atenção à colocação das palavras. No Português, a clareza se baseia nesta colocação. Vejam os dois exemplos: a) O juiz só ouviu quatro testemunhas. b) o juiz ouviu só quatro testemunhas. No primeiro, a palavra denotativa **só** exclui qualquer ação que não seja **ouvir**, no segundo, exclui qualquer quantidade que não seja **quatro**. Estas ambiguidades são muitos comuns. No dia 16 último, O *Estado de S. Paulo* dava a seguinte manchete: *Casal procura filho seqüestrado via Internet*. Pela Internet, na verdade, está havendo a procura.

Preocupação maior, todavia, deve causar a falta de lógica. Quantas justificativas malucas. Numa ação de reparação de danos, o juiz condenou a empresa com o seguinte argumento: o veículo dela desenvolvia velocidade

excessiva porque estava estacionado a 134,5m do local do impacto. E se não tivesse parado? Ou se estivesse a 60m somente? Outra pérola: *os danos pessoais são irreparáveis porque a vítima era arrimo de família*. E paro por aqui. Os senhores terão certamente uma lista exaustiva desses desvios da boa lógica.

Bondosos ouvintes:

Ao anunciar-lhes que estou para terminar, peço licença para retomar alguns pontos.

1ª – Resgatemos a linguagem. Que a palavra seja a exteriorização da dignidade e honra do homem.

2ª – Desenvolvamos atitudes e habilidades para que, a cada dia, melhoremos nosso desempenho no dizer.

3ª – Descubramos, em nós, todas as qualidades (e são muitas) e comprometamo-nos a desenvolvê-las. Os profissionais do Direito têm, lamentavelmente, uma dificuldade institucional para ver as qualidades: é que passam a vida analisando a banda podre do homem, relegando a boa. (Perdoem-me a generalização).

4ª – Antes de tudo, é necessário entender o próximo. Qual de nós admite que a mensagem enviada seja entendida diferentemente?

5ª – Todo questionamento na interpretação da lei se esgota numa prosaica pergunta: Afinal, que está escrito? Por que não, de saída, tentar entender o que está escrito?

6ª – Linguagem, ou sabedoria, é a compreensão superior da vida e do mundo. Linguagem é cabedal. Não é vazio o homem que domina a linguagem. Está no evangelho: *Ex abundantia enim cordis os loquitur*. De fato, a boca fala do que o coração está cheio.

7ª – Fracassarão todas as tentativas de “enclausurar a linguagem humana nos esquemas da ciência”, porque ela é metafísica.

8ª – Estudada nas suas várias manifestações, sobretudo nas formas poéticas, místicas, religiosas, a linguagem desvela uma essencial incomensurabilidade da capacidade expressiva nos confrontos com a realidade e a tensão do homem a suplantar-se continuamente, a autotranscender-se e a transcender tudo o que disse e é capaz de dizer. (B. Mondin. *O homem, quem é ele?* p. 152).

9ª – É imperativo que as Escolas de Magistratura transformem o juiz em agente da própria mudança e da nova identidade do Poder Judiciário. Para tanto, impõe-se seja ele envolvido numa profunda e continuada reflexão sobre sua condição, sobre sua multidimensionalidade, através da educação continuada, porque só ela dá condições para esta reflexão. Encontros rápidos, de-se-ouvir, com quase nada contribuem para esta meditação, que passa por dois caminhos: o da linguagem e da filosofia. É antigo o provérbio: *Haurit aquas cribro qui discere vult sine libro* – recolhe água com peneira aquele que quer aprender sem livro, isto é, sem análise, sem reflexão.

10 – As Escolas de Magistratura não podem, sob pena de falência, entregar-se exclusivamente a cursos técnicos, jurídicos. Afinal, conhecer o Direito é pré-requisito para a carreira da magistratura. Observe-se que também não causam qualquer mudança mais significativa os repetidos cursos de Deontologia. Um profissional estruturado sobre uma pessoa moral, vocacionada, não precisa de Deontologia e, muito menos, de códigos de ética.

11 – A compreensão do homem e o conseqüente desenvolvimento são inadiáveis, são urgentíssimos, porque o século 21 aponta, como caminho salvador desta crise, a valorização do ser humano, em toda a sua dimensão original e pura, transformado, então, em valor

fundamental, na plenitude de sua dignidade, liberdade e conduta ética.

Daf a premência, a inadiável necessidade de cursos de Antropologia Filosófica, a fim de entender o homem, para Juvenal Arduini, *a realidade mais profunda e mais complexa que conhecemos no âmbito do universo natural* (ob. cit. p. 9).

Pacientes ouvintes:

Ao agradecer-lhes a bondosa atenção e a gentil acolhida, encerro citando o mestre Rui Barbosa: *Embora as maiores instituições humanas se alienem, ou exovalem, resta-nos sempre uma, tão nova nos lábios de Gladstone como nos de Péricles: a instituição divina da palavra, capaz só por si de reconquistar todas as outras, quando associada à misteriosa onipotência da verdade.*

PÓS-MODERNIDADE CIENTÍFICA E CIÊNCIA DO DIREITO(*)

Cláudio Souto

Professor Titular Emérito de Sociologia Jurídica da Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Ciências Sociais pela Universidade de Bielefeld (Alemanha).

Sumário

1. Pós-modernidade científica e pós modernidade artística;
2. Modernidade e pré-modernidade na Ciência do direito;
3. Buscando recuperar o tempo perdido: rumo à modernidade e à pós-modernidade de conteúdo quanto ao direito.

1. Pós-modernidade científica e pós modernidade artística

A pós-modernidade científica começa com a dúvida sobre a possibilidade de exatidão em ciência. A pós-modernidade científica não chega a dispensar a razão, mas substitui uma razão de certeza por uma razão apenas probabilitária.

A pós-modernidade artística, que muitos pretendem ser bulçoso modismo, exime-se, ao contrário, de preocupações racionais e abre-se desmesuradamente ao sentimento.

O que a pós-modernidade científica e artística têm de comum é o espírito de dúvida, pois a própria ciência substantiva atual duvida de tudo, inclusive de si mesma.

(*) Versão abreviada do ensaio "Modernidade e Pós-Modernidade Científicas quanto ao Direito".

Com esse espírito de dúvida generalizada, a ciência atual não é pois, nem pode ser, cientificista. E nisso é pós-moderna.

Mas essa pós-modernidade da ciência antecedeu em silêncio quase absoluto, com a discrição dos trabalhos científicos, a rumorosa moda da pós-modernidade artística. E antecedeu de muitos anos.

De fato, sem mencionarmos aqui velhas filosofias da dúvida quanto às possibilidades de conhecimento humano preciso, não é de hoje que na Física mesma fala-se de relatividade de massa, de espaço-tempo, e de probabilidade (teoria quântica). O conhecimento físico, em parte, “desmaterializa-se”, em considerações que transcendem a energia condensada em matéria e encaminha-se rumo a formas energéticas cada vez mais sutis. As partículas elementares consideradas são cada vez menores (até agora mais de duzentas), seu comportamento individual revela-se tão anômalo como o de indivíduos humanos singulares, as regularidades observáveis se retiverem antes, conjuntos massificados de numerosas partículas subatômicas.

Desse modo, Heisenberg, referindo-se às partículas elementares, escreveu que “formam antes um mundo de tendências ou possibilidades que um de coisas e fenômenos.” (Heisenberg, 1986: 156)

Começara pois, claramente, a pós-modernidade com a abertura da Física moderna, desde as décadas iniciais deste século, a um clima mental de incerteza, em um grau que a Física clássica new-toniana não conhecera. Bem depois, nos últimos anos, é que se afirma com nitidez a moda da pós-modernidade artística, esta última divulgando com maior eficácia junto ao grande público, por ser abrangentemente comunicante, o espírito de incerteza da época atual.

Se a confiança na razão parece ser herança persistente da modernidade científica, essa confiança coexistirá com a dúvida, tudo o indica, pois a dúvida parece que será herança persistente da pós-modernidade quanto às possibilidades do conhecimento humano, que, cada vez mais, percebe-se como capaz de verdades somente relativas.

Mas a dúvida é um incômodo psicológico que se resolve ou pelo refúgio nas formas, quando se reconhece uma impotência de saber ou se é inconsciente da fundamentalidade dos conteúdos; ou pelo enfrentamento intelectual desses conteúdos, o qual significa herança decerto positiva da modernidade das ciências “naturais”, para a construção de um conhecimento substantivo.

A pós-modernidade artística, essa moda recente, enfatiza a forma e tudo aceita como conteúdo, é eclética, criativa, pluralista, desinteressada de verdades e fins racionais, desinteressada de coerência, afirmadora de descontinuidades e rupturas (cf. Rouanet, 1986:86-88, Arruda Jr., 1993:99).

A pós-modernidade científica continua combinando a razão exata de forma da Lógica e da matemática – herança da modernidade – com a razão incerta da probabilidade, em tudo que se refira ao conhecimento dos conteúdos. Combina razão formal de exatidão, usada apenas como instrumento de trabalho, com razão substantiva probabilística, vista, esta última, como algo pertinente ao seu trabalho próprio e específico. Frase de Einstein merece ser lembrada, pois é típica a esse propósito: “Na medida em que as proposições da Matemática refiram-se à realidade, elas não são exatas (‘sicher’), e, na medida em que são exatas, não se referem à realidade” (*apud* Aldrup, 1977:174).

A pós-modernidade científica, ao contrário da artística, continua interessada (e é herança da modernidade) em grandes questões teóricas, porque não há ciência substantiva moderna que não valorize positivamente uma teoria geral do seu campo de estudos. Mais ainda: a Física de hoje abre-se a grandes problemas filosóficos como focos geratrizes de possíveis hipóteses testáveis empiricamente.

Há quem fale que a pós-modernidade começou a partir do fim do século passado (cf. Lyotard, 1988:7). Porém, uma conscientização maior de pós-modernidade só se inicia após a segunda guerra mundial, quando a utilização da bomba atômica, dramaticamente, aguçou a dúvida sobre se o homem conseguiria ou não controlar os resultados técnicos de sua ciência, assegurando ou não a sua sobrevivência.

2. Modernidade e pré-modernidade na ciência do direito

A chamada Dogmática Jurídica, embora tenha referência ao empírico, é substantivo-empiricamente não-hipotética, mas antes implica um procedimento cognitivo essencialmente formal, porque essencialmente lógico-normativo (ou seja, sua verdade não trata da concordância com fatos concretos, mas com “normas descritas”: cf. Souto Maior Borges, 1988:24).

Assim entendida, essa ciência do direito chega a atingir decerto a modernidade: atinge-a não simplesmente como saber formal, que o é já desde séculos, mas como ciência de uma razão formal sublimada, e nessa sublimação está a sua modernidade.

Weber viu-o bem, quando fala de “um crescente sublimar lógico e rigor dedutivo do direito, assim como de uma técnica racional crescente do procedimento” (Weber, 1972:505).

Mas a ciência formal do direito é moderna apenas como racionalidade de forma. Desinteressa-se secularmente, e até hoje, por uma racionalidade de conteúdo, a qual tende a ser considerada por ela uma preocupação extra-jurídica, de natureza científico-empírica ou filosófica, de tal modo que o conteúdo de regras jurídicas formalmente sublimes faz-se acentuadamente de interesses políticos ou economicamente mais fortes, apresentado freqüentemente esse conteúdo apenas na forma cognitiva do senso comum. A Dogmática Jurídica, quanto a uma razão de conteúdo, é, assim, acentuadamente pré-moderna, acentuadamente pré-iluminista.

Luhmann fala, quanto a subsistemas chamados de jurídicos (na realidade subsistemas do “direito positivo”), de um “fechamento normativo” e de uma abertura à informação cognitiva (cf. Luhmann 1984:110). Mas é preciso ver que até essa abertura é altamente deficiente pela falta de formação e de mentalidade científico-empíricas na educação formal dos juristas.

Por outro lado, se por ciência do direito estende-se ciência social empírica do direito, aquela baseada na observação controlada dos fatos, poder-se-ia esperar uma modernidade de conteúdo, pelo próprio caráter científico-empírico desse saber. Mas tal não ocorre.

Não é, evidentemente, que a ciência social empírica do direito não se refira a conteúdos da realidade social, por exemplo, a fins e interesses. Mas a referência a conteúdo não implica necessariamente aquilo que marca a modernidade, para além de um pré-iluminismo: a razão científica de conteúdo, a abstração para além daquela do mero senso comum, capaz (abstração científica de conteúdo) de chegar a hipóteses gerais (hipóteses de leis científicas), consideradas indispensáveis à construção de uma ciência. Algo para além de simples hipóteses particulares e de correlações mais ou menos esparsas.

Não admira porque essa ciência social empírica do direito não tenha atingido hipóteses gerais sistematicamente concatenadas entre si e de natureza causal. Com efeito, como derivar um conjunto ordenado dessas hipóteses a partir de definições que são, na verdade de **apenas** formais, isto é, capazes de alcançar conteúdos substantivos contraditórios?

Reconhece-se que toda definição científica geral, pelo seu caráter de indução abstrata, é, até certo ponto, formal (isto é, até certo ponto resistente à variação concreta dos conteúdos, por ter deles colhido por abstração somente as características comuns a todos eles e que em todos se repetem). Mas isso não conduz necessariamente a um formalismo definitório que abrigue em seu seio conteúdos em contradição.

Ora, todas as definições dos Autores mais renomados da ciência social do direito, quanto ao objeto dessa ciência, por mais respeitáveis que sejam elas, podem alcançar quaisquer conteúdos, pois sua modernidade racional é na realidade apenas de forma. Procuram descrever um direito positivo (isto é, um direito grupal eficaz, não necessariamente de natureza estatal), **seja qual for o seu conteúdo**. Desse modo, todas – até mesmo a de Gurvitch, que se refere à justiça – não se interessam por uma fundamentalidade substantiva (cf. Durkheim, 1960:27-34 e 205-209, Gurvitch, 1960:189 e 188-190, Ehrlich, 1929:399, **Vorrede**, 8, 29-30, 130 e 405, Weber, 1972:17, Luhmann, 1983:105 e 104).

A ciência social do direito, deslumbrada e perplexa diante da complexidade maior do seu objeto e da dificuldade secular do seu tratamento teórico, refugia-se, dessa maneira, na redução somente formal dessa complexidade, com um discurso de alta racionalidade de forma.

Temos pois, em suma, quanto à ciência social do direito: pré-modernidade de conteúdo e modernidade de linguagem.

Não há porém uma alegada postura pós-modernista quanto ao direito? Ora, se considerarmos atentamente Autores representativos como Ladeur e Teubner, que são tidos como pós-modernos, veremos que uma pós-modernidade científico-empírica ainda não ocorreu realmente no domínio jurídico.

Ambos esses Autores situam-se na faixa de um pluralismo jurídico, que se pretende pós-moderno (Ladeur, 1983:479; Teubner, 1989:49-51 e 135-136; cf. Santos, 1987:297-298).

Contudo, é de ver que a afirmação de um direito não necessariamente estatal já existe na própria antiguidade clássica, com a perspectiva jusnaturalista, e é da tradição inicial da Sociologia do Direito, com Durkheim, Ehrlich e Weber. É, portanto, pré-moderna e moderna, e uma pretensa pós-modernidade apenas dá abrigo ao pluralismo quanto ao direito – pluralismo esse já muito acentuado em Gurvitch (Gurvitch, 1960:173-206, especialmente 189).

Ladeur critica a definição por Luhmann do direito como fato social, mas sua crítica é ainda pré-moderna quanto a uma racionalidade de conteúdo (embora altamente moderna quanto a uma racionalidade de forma), pois a rigor se restringe a considerações teóricas sobre linguagem (Ladeur, 1986:268; sobre “pluralização dos jogos de linguagem”, Ladeur, 1992:41-45 e 80-85).

Fala-se de “cultura jurídica da incerteza” (Ladeur, 1985:422-423), essa linguagem pós-moderna que usa não se reveste de uma preocupação teórico-geral e não apenas situativo-tópica em caracterizar um conteúdo substantivo para o direito.

Para Ladeur, ao contrário, a idéia de pluralidade jurídica leva ao “direito novo, particular, da ‘poderação’ (‘Abwägung’), constituído através de uma ‘desordem’ (‘Unordnung’). Para ele a “desordem parece mostrar-se cada vez mais como o princípio mais alto de organização da natureza, conhecimento esse que é também de fazer fecundo para as ciências sociais” (Ladeur, 1983:478; Carty, 1989:375, chega a falar da “morte do geral”).

Ora o conhecimento do comportamento aparentemente anômalo de partículas elementares não afastou da Física atual a preocupação com leis gerais, apenas acentuou o caráter probabilístico da ciência. Não se perde a noção de ordem de natureza, nem na teoria da relatividade, e nem mesmo na teoria quântica, que são paradigmas vigentes da Física de hoje (cf. Sheldrake, 1992:50, 51 e 53-54).

Teubner menciona um “conflito entre ordem jurídica estatal e ordens sociais plurais quase-jurídicas” (Teubner, 1989:135-139). Mas não há nele referência teórico-geral de conteúdo que pudesse esclarecer essa quase-juridicidade; e uma “ordem jurídica estatal” ser jurídica apenas por ser estatal é consideração dogmática, não científico-social.

Note-se que se o pluralismo é perfeitamente admissível **quanto às fontes** de produção do jurídico, logicamente não o é no sentido de direitos opostos igualmente “jurídicos”, se esses “direitos opostos” têm a mesma referência fática de aplicação.

Em relação a esses juristas ditos pós-modernos, temos ainda, portanto, do ponto de vista científico-empírico, razão moderna de forma e pré-modernidade de conteúdo.

Como falar pois de uma pós-modernidade científica *stricto sensu* quanto ao Direito, se ainda não lhe ocorreu uma modernidade científico-empírica?

3. Buscando recuperar o tempo perdido: rumo à modernidade e à pós-modernidade de conteúdo quanto ao Direito

Metodologicamente nada impede ao conhecimento jurídico – a não ser uma mentalidade retrógrada, superável pela educação – de assimilar o clima ao mesmo tempo moderno de razão de conteúdo e pós-moderno de consciência da inexatidão substantiva do saber – clima esse hoje em curso nas ciências relativamente desenvolvidas, as “naturais”.

A modernidade em ciência aponta para a necessidade preliminar e indispensável de definir conteúdos – em nosso caso, sobretudo, um conteúdo que se pudesse chamar de “direito”, sem o que se inviabilizam proposições sérias sobre o fenômeno jurídico. Aos poucos vai-se percebendo que uma segurança acentuadamente formal, por ser ela compatível com conteúdos em contradição, é na verdade uma segurança acentuadamente instável e, portanto, ainda pouco segura, realmente.

Ora, o conteúdo, mais geral e basilar para o homem, é o de procurar-se o próprio homem como objeto de conhecimento.

Porém o homem não é, essencialmente, apenas percepção, pensamento – ou idéia (a qual pode ser vista como o mais genérico, compreendendo essas duas categorias básicas, percepção e pensamento). A desconfiança relativa quanto à ciência é a própria desconfiança pós-moderna da idéia humana como capaz, por si só, de oferecer satisfatória segurança à vida do homem.

A segurança não estará portanto apenas no saber, estará também, e basicamente, no sentir. Porque diretamente atrás do sentimento estará o impulso animal geral de conservação individual e da espécie, o poderoso impulso de ser (que, sendo controle da conduta, é lhe dever ser).

Por esse impulso pretende-se aqui expressar o somático-afetivo-ideativo-volitivo animal em seu estado mais rudimentarmente natural: é tendência desencadeada automática e inconscientemente e não-aprendida (inata-inerente, instintiva). Krohne (1978:344) lembra que o instinto em regra é adaptativo, isto é, conservativo da vida e da espécie.

Idear, sentir, decidir em função do idear-sentir: aí estará a essência do homem e de tudo que é produto humano. Mesmo as coisas materiais produzidas pelo trabalho humano são resultado de decisões da vontade em função de idéias-sentimentos.

Mas “direito” é, antes de tudo, apenas uma palavra. Se a quisermos entender como retidão, correção, justeza (em acepção usual e etimológica), que fenômeno mental e/ou social poderia ser chamado de direito?

O saber humano mais correto – ou menos incorreto – que se possa ter é, reconhecidamente, aquele baseado na observação metódica e tecnicamente controlada dos fatos – o saber científico-empírico. Não há conhecimento humano mais reto ou ajustado em relação ao real do que este. Portanto, é o conhecimento mais seguro – ou menos inseguro – que se pode pretender. Aí estará pois o conhecimento informativo do “direito” entendido como conteúdo mental e social, e não apenas como forma estatal ou grupal de imposição (seja qual for o seu conteúdo). Pois com essa informação científico-empírica o “direito” terá a maior chance, no **plano cognitivo**, de ser realmente reto ou correto.

E qual será o sentimento do “direito”, entendida esta palavra como retidão, correção, justeza? Decerto o sentimento de “justiça”. Mas “justiça” é uma palavra ambígua, compreendida de modos diversos e até antagônicos. Podemos porém reduzir essa ambigüidade: como

“justiça” é expressão que tem referência etimológica a “norma” em geral (*dike – dik, – dic: dictamen*=norma, regra, dever ser), temos a possibilidade de chamar de justiça o sentimento de agradabilidade correspondente ao que se acha que deve ser (e acha-se que deve ser aquilo que for mais semelhante ao que se aceita). “Justiça” será, então, nada mais que esse sentimento de agradabilidade (abstração feita da idéia de que se indissocia): o mais são **n idéias** possíveis de justiça.

O que foi exposto até agora significa duas reduções teóricas básicas da complexidade que se expressa nessa possibilidade de **n idéias** (incluídas aqui idéias contraditórias de justiça).

A primeira redução é que ao conceito de direito só importam idéias de justiça informadas científico-empiricamente baseadas na observação tecnicamente controlada dos fatos. Direito seria idéia científico-empírica da justiça. Já a segunda redução está em relacionar justiça em si mesma com o afetivo, que é fenômeno mental, enquanto a sensação (dor, prazer) é acentuadamente fenômeno orgânico: está em referi-la ao sentimento de **agradabilidade** do homem normal (homem de mente não-patológica).

As duas reduções implicam ser o direito uma idéia de acordo com a ciência empírica em conjunção com o sentimento de agradabilidade.

Se quisermos transculturalizar essa definição (tornando-a válida para todas as culturas humanas) só é generalizá-las mais, em vez do referencial “ciência empírica”, que implica uma sofisticação metodológica que as sociedades primitivas não possuem, é só falar de “conhecimento geral empiricamente testável” (o que todas as sociedades humanas apresentam). Transculturalmente, direito seria então a idéia de acordo com conhecimento

geral empiricamente testável em conjunção com o sentimento de agradabilidade.

Esse sentimento de agradabilidade seria componente fundamental do direito, mas não lhe seria algo só seu. Pois o sentimento de agradabilidade ainda se associaria: 1) à idéia de acordo com a meta-ciência (idéia filosófica, religiosa, ideológica, formando a moral *stricto sensu*; 2) à idéia das circunstâncias particulares de um caso concreto, formando a equidade; 3) à idéia de harmonia, formando o padrão estético.

Porém, atrás do afetivo humano, existe, como se viu, o impulso de conservação individual e da espécie. É o impulso de ser e que se constitui ao mesmo tempo o dever ser fundamental, isto é, a pauta de conduta mais geral e básica – limite extremo da realidade animal onde ser e dever-ser confundem-se em unidade de infra-estrutura (cf. C. Souto, 1992:20-23 e 41-45).

Esse impulso não só implica a conservação do indivíduo, mas, sobretudo a conservação da espécie (pois o indivíduo sozinho não procria, e morre). E essas conservações, a do indivíduo e a da espécie, implicam adaptação cada vez mais refinada, a qualquer meio (físico-químico, biológico, social), sobretudo no caso do homem – isto é, implicam evolução. Evolução orgânica, mas também evolução intelectual e ética.

Evolução ética também. A agressividade animalizada do homem, necessária à manutenção individual e da espécie, em seus momentos iniciais (acentuadamente competitivos e conflituos), parece tornar-se cada vez mais disfuncional para essas conservações, diante de uma evolução cada vez mais hominizada dos processos cooperativos.

O impulso de conservação individual e da espécie não é apenas subjacente ao direito: é-lhe subjacente e com-

ponente – ou seja: é componente infra-estrutural básico, como pauta fundamental que é para o comportamento da animalidade.

No homem essa pauta ou diretriz fundamental utiliza-se por efeito de uma ideação mais complexa, o que permite a sua formulação em princípios ideativos. Deve ser tudo o que for favorável à subsistência e ao desenvolvimento do indivíduo humano e da espécie humana; deve ser sobretudo a subsistência e o desenvolvimento da espécie; não deve ser tudo o que prejudique à subsistência e ao desenvolvimento do indivíduo humano e da espécie humana, sobretudo desta última. Por conseguinte, devem ser o individual e o grupal que propiciem a aproximação, a coesão, a integração, a união humana. Não devem ser o individual e o grupal que atuem no sentido do distanciamento mental e social de homens entre si. São princípios mais gerais e naturais (de fundamentação científico-biológica).

Do que foi exposto, parece agora fácil concluir qual seja a composição do direito. Ele se compõe do impulso de conservação individual, da espécie e de sentimento de agradabilidade informado por idéia de acordo com a ciência empírica.

Ocorre, porém, que os dados científicos, já em si mesmos, contêm idéia e **sentimento de agradabilidade**, pois o cientista acha que a sua formulação corresponde à realidade (e aqui está implícito o valor “cientificidade”), excogita portanto, que essa formulação deve ser comunicada – e justamente por isso, quer (vontade positiva) comunicá-la.

Isso significa que o sentimento de agradabilidade entraria duas vezes na composição do direito, já que está contido **também** na informação científico-empírica da fórmula.

Tem-se aí uma tentativa de recuperar o tempo perdido quanto ao Direito. A modernidade está na referência *sine qua non* à ciência empírica como informativa do direito. Todavia a ciência empírica não é exata, mas apenas probabilística, sempre em clima de indeterminação e de erro. Além do mais a ciência pode ser **aplicada** para dissociar, para destruir, em larga escala. Com esta noção atual de desconfiança relativa da ciência (ou de confiança apenas relativa nela, o que é o mesmo), transita-se à pós-modernidade o que se apresenta, aqui, como composição real do direito.

Essa pós-modernidade está na referência dupla a sentimento e ainda na menção fundamental ao impulso de ser que funciona como controle básico de segurança, em virtude de uma aparente imaturidade animal do homem (cujo período especificamente humano é decerto recente, em termos evolutivos).

Esse direito pode ser, ou não, conteúdo de formas impositivas estatais ou grupais. Tende a instrumentalizar-se da força política ou social, mas não tem relação necessária com ela. Mas tem sempre a força real intrínseca do racional, e, sobretudo, do afetivo em agradabilidade. É a poderosa força do impulso de ser.

Esse direito não esclarece fundamentalmente o mundo atual, que ainda se explica basicamente, como outrora, por interesses econômicos e/ou políticos em forma de lei estatal. Mas tem a possibilidade de constituir-se, futuramente, em explicação fundamental da vida humana.

Aqueles princípios ideativos que defluem, através da sutileza da mente humana, do impulso animal geral de conservação individual e da espécie, podem ser especificados em relação ao direito (cuja formulação compõe-se, como vimos, desse impulso). Assim teremos os seguintes princípios mais gerais: é jurídico tudo que for favorável à

subsistência e ao desenvolvimento do indivíduo humano e de todos os homens (pois o impulso refere-se a qualquer indivíduo e à espécie humana); é preferencialmente jurídico o que favorecer à subsistência e ao desenvolvimento da totalidade humana (pois é preferível a subsistência e o desenvolvimento da espécie); não é jurídico tudo que prejudique a subsistência e o desenvolvimento do indivíduo humano e de todos os homens (sobretudo de todos os homens).

Essa não-juridicidade alcança quaisquer indivíduos ou grupos sociais ou estatais que atentem contra a subsistência e o desenvolvimento de **todos** os homens.

Desse modo, é jurídico o individual e o grupal que favoreçam à aproximação, ou coesão, ou integração humanas (sem prejudicar a espécie humana, como um todo); não é jurídico o individual ou grupal que atuem no sentido do distanciamento inter-humano, a não ser que o distanciamento impeça ou previna um afastamento ainda maior. É o caso da polícia em conflito com criminosos comuns para impedir ou prevenir o crime.

De uma maneira genérica e como proposição mais geral, poder-se-á afirmar: quanto maior a aproximação entre pólos sócio-interativos, maior a favorabilidade ao direito.

Interações sociais de competição, de conflito ou de hierarquização (todas implicando a preponderância da idéia de dessemelhança entre os interagentes), são, em si mesmas, processos de afastamento no espaço social. Assim, nelas não se forma clima favorável ao direito – a não ser quando essas interações previnam afastamento ainda maior, (que passaria a existir sem elas). Já as interações sociais onde prepondera a idéia de semelhança e, portanto, a aproximação entre pólos interagentes, (a exemplo das interações de cooperação), são **sempre** favoráveis ao

jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALDRUP, Dieter (1977). "Der interelligenzunterterminierende Einfluss der angewandten Mathematik auf die Wirtschaftswissen – schaft". In *Probleme der Erklärung sozialen Verhaltens*. Klaus Eichner, Werner Habermehl (hrsg.). Meisenheim am Glan: Verlag Anton Hain.
- ARRUDA, Jr., Edmundo L. de (1993). *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa* (Ensaio sobre o Direito numa sociedade de classes). São Paulo: Editora Acadêmica.
- CARTY, Anthony (1989). "Du Post-modernisme en Théorie et en Sociologie du Droit, ou Rousseau et Durkheim lus par Baudrillard". *Droit et Société*, nº 13, pp. 375-387.
- DURKHEIM, Émile (1960). *De la Division du Travail Social*. Paris: Presses Universitaires de France.
- EHRlich, Eugen (1929). *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München und Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot.
- GURVITCH, Georges (1960). "Problèmes de Sociologie du Droit". In *Traité de Sociologie*, II. Paris: Presses Universitaires de France.
- HEISENBERG, Werner (1986). *Physik und Philosophie*. Frankfurt am Main: Ullstein.
- KROHNE, Heinz Walter (1978). "Instinkt". In *Lexikon zur Soziologie*, herausgegeben von W. Fuchs, R. Klima, R. Lautmann, O. Rammstedt, H. Wienold, p.344. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- LADEUR, Karl-Heinz (1983). " 'Abwägung' – ein neues Rechtsparadigma? Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdiskurse". *Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie* 69, pp. 463-483.
- LADEUR, Karl-Heinz (1985). "Perspektiven einer post-modernen Rechtstheorie: Zur Auseinandersetzung mit N. Luhmanns Konzept der 'Einheit des Rechtssystems' ". *Rechtstheorie* 16, pp. 383-427.
- LADEUR, Karl-Heinz (1986). " 'Prozedurale Rationalität ' Steigerung der Legitimationsfähigkeit oder der Leitungsfähigkeit des Rechtssystems?" *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 7, pp. 265-274 .
- LADEUR, Karl-Heinz (1992). *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz - Selbstorganisation - Prozeduralisierung*. Berlin:

- Dunker & Humblot.
- LUHMANN, Niklas (1984). "The Self-Reproduction of the Law and its Limits". In Felipe Augusto de Miranda Rosa (org.), *Direito e Mudança Social*, pp. 107-128. Rio de Janeiro: OAB-UERJ/Edições Achiamé Ltda.
- LYOTARD, Jean-Francois (1988). *La Condition Postmoderne, Rapport*
- ROUANET, Sergio Paulo (1986). "Do Pós-Moderno ao Neo-Moderno". *Revista Tempo Brasileiro*, 84, janeiro-março, pp. 86-98.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1987). "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law". *Journal of Law and Society*, Volume 14, Number 3, Autumn, pp. 279-302.
- SHELDRAKE, Rupert (1992). *Das Gedächtnis der Natur: Das Geheimnis der Entstehung der Formen in der Natur*. Übersetzung von Jochen Eggert. Bern, München. Wien: Scherz.
- SOUTO, Cláudio (1992). *Ciência e Ética no Direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- SOUTO MAIOR BORGES, José (1988). "O Direito como Fenômeno Lingüístico, o Problema de Demarcação da Ciência Jurídica, sua Base Empírica e o Método Hipotético-Dedutivo". *Anuário do Mestrado em Direito*, Universidade Federal de Pernambuco, nº 4, pp. 11-58.
- TEUBNER, Gunter (1989). *Recht als autopoietisches System*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.
- WEBER, Max (1972). *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*. Fünfte, revidierte Auflage, besorgt von Johannes Winckelmann. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CRIMINOLOGIA

Nildo Nery dos Santos

Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco e Diretor-Adjunto da Escola Nacional da Magistratura.

O aparecimento da criminologia como ciência costuma localizar-se há pouco mais de um século, quando em 15 de abril de 1876, Lombroso faz publicar o "Tratamento Antropológico Experimental do Homem Delinqüente".

É certo que a observação do fenômeno da criminalidade tem sido constante desde o início dos tempos, vez que o delito acompanha o homem a partir do seu surgimento.

Pouco e pouco foram surgindo concepções em torno do crime, fruto do saber e das experiências cotidianas.

Dentre os pensadores da antiguidade merecem referência especial os gregos, a começar por Platão que viu o crime como sintoma duma doença, cuja causa seria tríplice: as paixões, a procura do prazer e a ignorância.

Platão é o mais remoto precursor da corrente sociológica, ao asseverar que o crime decorre de uma multiplicidade de fatores sociais, tais como a falta de cultura, a má educação, a viciosa organização do Estado, sendo que ele apontava a miséria como fator criminógeno.

Em suas obras as "Leis", Platão enfatiza: "quando em alguma comunidade não há miséria, nem grande riqueza, é provável que prevaleça o tipo mais alto de

moralidade porque não haverá presunção de injustiça, nem de atos inspirados na inveja e no ódio".

Por sua vez, Aristóteles (384-322 a.C.) é considerado o principal precursor da corrente psicológica da Criminologia. Na sua obra "Retórica", estuda o caráter dos delinqüentes e faz referência ao problema da reincidência criminal, sendo o primeiro a aludir à existência de circunstâncias atenuantes.

No mundo latino, Cícero e Sêneca são os mais importantes precursores, o primeiro segue a linha estoica, sustentando que a virtude não se improvisa, sendo uma contínua e incessante conquista do homem em busca da perfeição e reconhece que a função da pena está na exemplaridade e na intimidação. Sêneca analisa os sentimentos do homem, considerando a ira como a principal causa da luta fratricida da humanidade.

Os Livros Sagrados, por sua vez, contêm referências concretas sobre a criminalidade, e a forma de tratamento a ser imposta aos transgressores. Inclusive, na Idade Média, as interpretações criminológicas são de natureza teológica, principalmente através de São Tomás de Aquino que, além de enfatizar o fator econômico na gênese do crime, justificando o furto famélico, ressalta que a virtude está condicionada às disposições do corpo.

Por sua vez, Santo Agostinho que viveu um pouco antes do advento da Idade Média, vez que sua morte ocorreu em 430 d.C., foi um pensador muito avançado para sua época, tecendo importantes considerações sobre a idéia do livre arbítrio do homem.

Logo após o término da Idade Média, em 1516, um filósofo inglês Thomas Morus escreve a *Utopia*, onde descreve a onda de criminalidade que naquela época preocupava a Europa. Ele sustentou que deviam ser pesquisadas as causas dos delitos para aplicar-se o remédio cor-

respondente, e advertia que “em um país, quando há miséria do povo e observa-se riqueza e ostentação nas classes superiores, isto origina uma incidência maior na criminalidade devido a um relaxamento da ordem moral, decorrente do irritante desmoralizador luxo do rico”.

Das pseudo-ciências surgidas na Idade Média, Astrologia, Quiromancia, Demonologia e Fisiognomia, foi esta a que mais contribuiu para a Antropologia Criminal.

No Século XIV, o frade catalão Francisco Exímenos dedicou-se aos estudos fisionômicos e escreveu um trabalho onde sustentava que “os indivíduos da cabeça pontiaguda tem grande malícia, pouca firmeza e estabilidade e pouco siso, olhos torcidos revelam maldade brutal; nariz achatado ou torcido, pouco valor, estabilidade e cortesia com maldade; boca grande, desavergonhados e grosseiros no falar, glutões por maldade, que não podem ocultar nada; dentes separados, maliciosos e pouca fidelidade; os que têm seis ou sete dedos em mãos e pés, têm muita maldade e são homens muito perigosos”.

A Fisiognomia renasceu no século XVI, com a obra de Giovanni Batista Della Porta, “*Fisionômica*”, publicada em 1536, onde ele procura demonstrar a interdependência do rosto e a conduta ao assinalar alguns caracteres somáticos de índole criminal que podem ser detectados em formas e anomalias na cabeça, nas orelhas, no nariz, nos dentes e na medida da envergadura em relação à estatura.

Della Porta e outros fisionomistas abriram caminho às teorias frenológicas que seriam apresentadas por Johan Franz Gall (1758-1820), no sentido de que em se observando as características do crânio é possível saber as qualidades e o caráter do examinado. Explicam os frenólogos que há regiões claramente identificadas no cérebro, correspondendo para cada região uma faculda-

de. O desenvolvimento da área onde se localiza a agressividade levaria a uma tendência homicida.

Gall foi o primeiro a relacionar a personalidade do criminoso com a natureza do delito por ele praticado.

A Psiquiatria Moderna também contribuiu para o surgimento da Criminologia.

Felipe Pinel (1745-1826) realizou os primeiros diagnósticos clínicos, separando os criminosos dos enfermos mentais. Antes dele o doente mental era considerado possuído pelo demônio e era acorrentado.

Notável foi a contribuição de Esquirol (1772-1848), discípulo de Pinel, ao elaborar uma classificação de enfermidades mentais, incluindo na relação, o que ele chamou de “monomania”, uma nova roupagem da chamada “mania moral” referida por Thomás Abercombry em 1656, na qual “todos os sentimentos retos são abolidos, ao passo que a inteligência não apresenta desordem”. Idéia que veio a ser dissolvido também por Pritchard (1786-1848) e Morel (1809-1873), o primeiro ao formular sua teoria sobre a “insanidade moral”, enquanto o segundo publicou em 1856 um tratado sobre degeneração, afirmando que “ao fim de poucas gerações e por circunstâncias desfavoráveis, o indivíduo normal podia adquirir taras do tipo biológico, psicológico e moral”.

Seria injusto deixar de citar como precursores da Criminologia, os nomes de:

I – John Howard (1726-1790) que teve o mérito de atrair a atenção para o homem delinqüente, que estava totalmente olvidado;

II – Jeremias Bentham (1748-1832), criador do utilitarismo sendo o primeiro a tratar da profilaxia criminal;

III – J.J. Rousseau (1712-1778) que em sua famosa obra “Contrato Social”, argumenta que “em um Estado

bem organizado existem poucos delinquentes” e que a miséria é a mãe dos grandes delitos”;

IV – Montesquieu (1699-1755) autor do “*Espírito das Leis*”, escrito em 1748, advertindo que “um bom legislador deveria esforçar-se mais para prevenir o delito do que castigá-lo”;

V – Voltaire (1694-1788) estava sempre preocupado com a problemática penal penitenciária e propôs reformas interessantes, sendo o primeiro a advogar o trabalho para os apenados, sobretudo em certas obras públicas perigosas.

O Marquês de Beccaria (1738-1794) merece um comentário especial, uma vez que sua doutrina teve significativa influência no progresso das Ciências Penais. Ele através de sua obra “*Dos Delitos e das Penas*”, fez-se porta-voz dos protestos da consciência pública contra julgamentos secretos, o juramento imposto aos acusados, a tortura, a falta de proporcionalidade entre os delitos e as penas, bem como a omissão da sociedade em não empregar os meios para prevenir os delitos.

Alguns postulados da Beccaria permanecem de absoluta atualidade, tais como:

- a) Só as leis podem fixar as penas do crime.
- b) Somente os magistrados devem julgar os acusados.
- c) O réu não deve ser considerado culpado antes da sentença condenatória.
- d) As penas devem ser iguais para todos os indivíduos.
- e) A sociedade não tem o direito de aplicar a pena de morte.

Beccaria procurou fundamentar a legitimidade do direito de punir, bem como definir os critérios da sua utilidade; argumentando que seriam inúteis todas as penas

que se revelam ineficazes do ponto de vista da prevenção geral.

Em 1876 – 112 anos depois do aparecimento do livro de Beccaria foi publicada, a primeira edição de “*L’Uomo Delinquente*” de Lombroso, fazendo surgir a escola positiva italiana.

Entre os fundadores da escola positiva italiana viriam a destacar-se Ferri e Garófalo que reforçaram o postulado determinista de Lombroso embora houvesse uma diferença de caminhos entre o médico de manicômio judiciário que foi Lombroso, o homem público, advogado e sociólogo, Ferri, bem como o jurista, Ministro da Corte de Apelação, que foi Garófalo. Lombroso concentrou suas pesquisas no fator antropológico. Ferri deu maior peso às condicionantes sociológicas; enquanto Garófalo pôs em relevo o elemento psicológico.

A vida de Lombroso caracterizou-se por uma intensa dedicação em investigar matéria de antropologia criminal.

A tese central da teoria lombrosiana é a do atavismo, isto é: a herança mediata, um salto para trás que se espera no processo hereditário do indivíduo. O delinquente nato é um sujeito que não evolucionou, um subtipo humano, marcado por uma série de estigmas, que lhe delatam, identificam-lhe e, transmitem-se por via hereditária.

Lombroso interrelaciona atavismo, loucura moral e epilepsia.

Apesar da conhecida firmeza das suas posições, Lombroso mostrou-se sempre aberto a discussões e disposto a reformulá-las em função dos contributos que reputava válidos. Da primeira à quinta edição de “*L’Uomo delinquente*” houve transformações significativas.

Em trabalho que publicou em 1888 sobre o projeto Zanardeli, afirmou:

“É certo que nem eu, nem meus companheiros nos acreditamos livres de erros e é, até, possível que estejamos cheios deles, porém estes devem ser relevados, examinados, comprovados, sem atribuir conclusões e teorias que nunca foram as nossas”.

O mérito de Lombroso não foi o de ter criado a figura do criminoso nato, e sim o de abrir caminho para que se conhecesse melhor os criminosos, para saber como entendê-los e reconhecer neles até onde possam ser responsabilizados. E, depois, o que fazer com eles e orientar o tratamento de acordo com esse conhecimento, visando a sua ressocialização.

O determinismo biológico foi logo superado dentro de própria criminologia e cresceu a importância do conhecimento sociológico.

Foi Lacassagne um dos primeiros a hostilizar o positivismo lombrosiano, ao proclamar, no seu 1^o Congresso de Antropologia Criminal (1885) que cada sociedade tem os criminosos que merece e aponta como causa fundamental do crime o meio social, englobando um conjunto de fatores, desde os climatéricos aos econômicos. Afirma Lacassagne, líder da Escola Antropossocial, também escola de Lyon, que: “a maior desorganização social será a criminalidade”.

Por sua vez, Gabriel Tarde, outro eminente pensador da corrente sociológica, não se apresenta como um determinista rígido, embora o tema central de sua obra seja o da mudança da fenomenologia criminal das transformações sociais e da sucessão dos tipos de sociedade, assegurando que a delinquência é assim um fenômeno marcadamente social, ativado pela imitação.

A partir de 1906, a Criminologia projeta-se como uma disciplina interdisciplinar e sustenta que não há um fator único na gênese do crime. Já não mais se discute a predominância dos fatores exógenos sobre os endógenos

e vice-versa. Embora surjam novos endereços como a criminologia psicanalítica que se propõe dar resposta a dois tipos de questões: explicar o crime como ato individual e analisar a psicologia da sociedade punitiva, pondo em relevo as razões que levam a sociedade a “produzir” o crime e a puni-lo.

Uma das teses freudianas é a de que o delinqüente neurótico é compelido à prática do crime pela necessidade de ser punido como forma de expiação dum sentimento de culpa. Para Adler, discípulo dissidente de Freud, a conduta do homem é explicada por seus fins, isto é, o indivíduo tem de ter um objetivo em sua mente para ter condição de pensar, sentir, querer e realizar-se

A teoria da Psicologia Individual enfatiza a relevância do ambiente social no psiquismo do indivíduo, o qual, desde o nascimento, sente a necessidade, ainda que seja inconsciente, de ser alguém, de gozar de certo “*status*”, de “valer” dentro da comunidade; e as condições de inferioridade física, psíquica ou social conduzem a um estado sentimental de dor, de desagrado, de humilhação.

A referida doutrina concebe o crime como expressão, no agente, desse complexo de inferioridade e da luta por sobrepujá-lo. A ação criminosa produz-se como protesto contra a ordem social. O crime é para Adler uma forma de expressão do desalento social.

A partir de 1930, Edwin Sutherland explica a existência de grande diversidade do comportamento criminoso e a multiplicidade de influências na conduta criminal; alegando que o crime é aprendido de uma maneira sistemática na medida em que as pessoas associam-se a grupos desviantes.

No período denominado de eclético, começaram a surgir as teorias relacionadas com a subcultura delinqüencial com Sellin, Cohen, Cloward, Ohlin, Miller, Wolfgang, Ferracuti, Empey, etc..

Thorstein Sellin, na sua obra "*Culture, Conflict and Crime*" (1938) apresenta a primeira tentativa sistemática de uma explicação subcultural da delinquência, designadamente, da delinquência de grupos de imigrantes e dos grupos com identidade étnica.

Para Cohen, a explicação de delinquência juvenil é óbvia: o crime resulta da identificação de jovens das classes trabalhadoras com os valores e as regras de conduta emergentes da subcultura delinquente.

Cloward e Ohlin afirmam que a "subcultura criminal" tem por característica os intensos contatos entre os delinquentes de diversos grupos etários e o conseqüente intercâmbio de experiências que estimulam as atividades anti-sociais dos mais moços que abandonam as regras normais da vida social e mergulham no mundo dos tóxicos.

O álcool, as drogas, o ócio, as relações sexuais ilícitas e o vandalismo são ingredientes dessa subcultura.

As explicações etiológicas, apesar do esforço integrativo, continuaram sendo projetados em direções diversas: bio-psicológicas, psico-social, psico-moral, psicodinâmica, radical-crítica ou na perspectiva interacionista.

Muitas "verdades" criminológicas foram apresentadas nas últimas décadas, sendo as mais conhecidas as teorias: do "condicionamento" de Eysenck; a de "contenção de normas" de Walter Reckless; "a do vínculo social" de Travis Hirschi "frustração-agressão" de J. Dollard, "desorganização social" de C. Shaw "por sentimento de injustiça" de Greef, a de carácter marxista com Taylor, Walton, Young e Richar Quinney.

Uma das correntes que vem em crescimento na atualidade é a de "perspectiva interacionista". Este movimento desloca o problema criminológico do plano de ação para

o de reação. A investigação interacionista gravita em torno de estigmatização, sendo o indivíduo visto como um ator que sofre a influência do papel que representa, do cenário que o envolve e dos outros com que interage, mas, simultaneamente, que a todos influencia.

A referida corrente introduziu novas técnicas de investigação, uma nova linguagem e descobriu novas variáveis criminógenas. Os interacionistas pregam a discriminação, a necessidade de repensar o ordenamento penal no contexto de uma sociedade aberta e plural, o desvio dos jovens do estigmatizante sistema de justiça criminal.

A partir de 1950, a Criminologia alcançou um maior desenvolvimento em face da criação de organismos internacionais que promovem de forma integrada o estudo de fatores determinantes do delito. Houve, inclusive, um alargamento no campo da Criminologia, superando a idéia de uma Criminologia puramente explicativa, no sentido de uma perspectiva crítica; tornando-se hoje mais difíceis de identificar e de enquadrar teoricamente as relações que medeiam entre a Criminologia e a Política Criminal.

O certo é que pela via da interdisciplinaridade e integração busca-se atingir o sonhado estágio em que a investigação criminológica faça-se através de "sínteses analíticas" que permitam, em definitivo, referenciar a Criminologia como ciência integrada e autônoma.

Problemas como o da delinquência juvenil, da internacionalização do tráfico de drogas, o crime organizado, a crise penitenciária, a insegurança urbana, os conflitos no campo, a ineficiência da Justiça Penal, exigem uma atuação vigorosa de uma Criminologia essencialmente integrada.

pela lei penal” (art. 1^o). Normas definitórias dessa natureza são ainda encontradas em códigos de elaboração mais antiga, ou moldadas em modelos arcaicos, a exemplo dos ibero-americanos, decalcados sobre legislação penal espanhola.

A doutrina moderna continua oferecendo conceituações do crime com inserção da pena, a exemplo de ANTOLISEI e sua noção substancial do crime como *“comportamento umano che (...) esige una pena (criminale)”*.⁽⁴⁾ Muitos dos penalistas que recusam espaço, em suas conceituações analíticas, para inserção da punibilidade, acolhem-na quando formulam seus conceitos sintéticos. Exemplifiquemos com FRAGOSO e sua **definição material** do crime, apresentado como “ação ou omissão (...) proibida sob ameaça de pena.”⁽⁵⁾ Esta singularidade foi detectada por ASÚA, quando adverte: *“Ahora bien, que en la definición considerada tradicional se incluya la amenaza de una pena no significa siempre que el autor de ella estime la punibilidad como carácter esencial del delito”*⁽⁶⁾. O que não é muito lógico.

Parece-nos necessário empreender uma espécie de analítica-da-analítica conceitual para esclarecimento da posição fugidia da punibilidade na doutrina penal. Nosso entedimento é de que a distância que separa o crime e a pena – o espaço intercalar da punibilidade – varia de acordo com o grau de afastamento que se queira estabelecer entre o fato incriminado e a norma incriminadora. Sabe-se que a norma, em seu aspecto descritivo, reproduz abstratamente o fato, enquanto o fato, em seu aspecto histórico ou fenomênico, reproduz concretamente a norma. Portanto, a relação entre crime e pena deve desdobrar-se em quatro possibilidades: (a) crime em abstrato e pena em abstrato; (b) crime em concreto e pena em concreto; (c) crime em abstrato e pena em concreto; (d) crime em

concreto e pena em abstrato. Nesse múltiplo relacionamento, a punibilidade pode deslocar-se ao longo das linhas que ligam o abstrato ao concreto, sem com isso romper a ligação que une o crime à pena. Como o crime é quase sempre conceituado concretamente (fato, ação), a alternatividade entre abstração e concreção alcança exclusivamente a pena. Mas o oposto pode ocorrer.

Assim, quando um penalista como PETROCELLI assegura que a exigência da punibilidade no conceito de crime responde a uma *“essenza lógica per cui non può subire eccezione”*, ele assim se exprime porque visualiza o crime apenas como *“schemma astratto delineato dalla legge”*⁽⁷⁾, e porque, como esclarece melhor noutro dos seus estudos, *il reato (in astratto) non è conforme al tipo, ma è il tipo*^(7-a). Deslizando exclusivamente no plano abstrato, pode muito bem o penalista dar-se ao luxo da simplificação, assegurando, como faz PECORARO-ALBANI, que *“reato e pubblicità sono la stessa cosa”*⁽⁸⁾. E a eventual manutenção da punibilidade no conceito analítico do crime, do qual fora inapelavelmente desalojada, condiziria, nas palavras de MAX ERNST MAYER censurando BELING, a um resultado pleonástico: *“zueiner pleonastischen Formulierung”*.⁽⁹⁾

O relacionamento do crime em abstrato com a pena em abstrato não oferece qualquer dificuldade lógica. Já o relacionamento entre o crime em concreto e a pena em concreto, cruzando o intervalo temporal, ultrapassa os limites da compreensão lógica para ganhar um significado político-social: será o uso do poder estatal de punir. Por outro lado, o relacionamento entre o crime em concreto e a pena em abstrato, se não é ainda uma etapa do processo de concretização, já representa o desligamento da pena, constituindo o **desuso** do poder punitivo estatal. Finalmente, o relacionamento entre o crime considerado

em abstrato e a pena concretizada corresponde ao **abuso** do poder estatal de punir. Tanto o **abuso** quanto ao **desuso** são “ilógicos”, por serem socialmente absurdos, perdendo com isso a punibilidade aquele grau de congruência que apresenta num plano puramente abstrato ou puramente concreto. A intemporalidade da formulação normativa possibilita interferências lógicas, nunca causais. A temporalidade a que se subordina sua concreção transcende a compreensão lógica, e penetra o domínio da causalidade e da casualidade. Lembre-se, enfim, que o uso pode converter-se, no curso de sua trajetória, em desuso ou em abuso.

A tarefa de conceituação do crime, atribuída à doutrina penal, ou mais propriamente por ela reivindicada, excedeu de muito a simples delimitação do seu objeto de estudo, para responder às exigências, cada vez mais imperiosas, da política criminal. Por isso, os conceitos de crime repartem-se em várias categorias conceituais. Veja-se, a esse respeito, LUNA, e sua identificação de conceitos “substanciais”, “formais”, “formais aparentes”, “jurídicos”, “extra-jurídicos”, “analíticos”, “sintéticos”, “mistos”.⁽¹⁰⁾ A singularidade reside na coexistência, mais ou menos pacífica, de várias categoriais conceituais num mesmo contexto doutrinário. Grande parte dos penalistas têm o cuidado de elaborar mais de uma definição de crime, preenchendo várias das categorias conceituais, e dando todas essas definições como válidas e aceitáveis, para maior ilustração do leitor.

É perceptível a preocupação do penalista de intermediar sua doutrina entre a ameaça do crime e a ameaça da pena, ou seja, entre a figura do autor do delito e a imagem do autor da sanção, ambas igualmente temíveis. A intermediação doutrinária encontra suporte nos princípios que assinalaram as etapas fundamentais da

evolução da política criminal. O primeiro desses princípios – **nullum crimen, nulla poena, sine lege** – encontra-se tão estreitamente ligado à evolução político-social que constitui pedra fundamental da arquitetura do Estado de Direito e, segundo o jurista argentino LUIS CABRAL, de todo o Iluminismo: *“Inténtese, en cambio, abandonar el principio dentro de la concepción de ideas propia de la Filosofía de la Ilustración y el edificio todo caerá, por la quiebra de sus pilares fundamentales, garantías individuales y división de poderes, ambos determinantes de la concepción del Estado de Derecho sometido al reinado de la ley”*⁽¹¹⁾. É como se o Estado de Direito se originasse de um Estado de Direito Penal, o que decerto é exagero. Inegável, entretanto, é a importância do princípio da legalidade penal, dentro do princípio geral da legalidade, em cujo cerne colocava-se como núcleo de expansão.

Com efeito, para uma disciplina exclusivamente legal da conduta do homem, ter-se-ia que partir de uma delimitação do alcance máximo da liberdade de agir, circundada então por uma espécie de **horizonte criminal**. Observe ASÚA que *“en las primeras nociones del delito predomina el aspecto meramente legal; es decir, la concepción de aquél como el acto contrario a la ley, incurriendo así en evidente tautología”*.⁽¹²⁾ Não nos parece que haja propriamente uma tautologia, visto que nem todo ato contrário à lei é criminoso, tratando-se, antes, de uma insuficiência definitiva. Porém presenciamos uma devolução do conceito de crime ao legislador, fato que já representara, como acenamos anteriormente, um avanço na evolução da política criminal. O que repugna a ASÚA e a todos os demais penalistas que apresentam tal conceituação como tautológica ou, quando muito, “formal”, é o risco de concluírem que **crime é o ato que a lei**

diz ser crime. Surge então, como primeira tentativa de rejeição desse voluntarismo legal, o recurso à pena, também prevista em lei, completando-se a definição do crime como **ação proibida por lei sob a ameaça de uma pena.** A simples proibição legal poderia inserir-se no círculo de competência do legislador; já a deflagração da pena, por constituir a inflicção de um mal, equivalente, sob esse aspecto, ao próprio crime, importaria no acréscimo da responsabilidade legiferante.

A definição é “formal”, não por representar uma fôrma vazia – como verificaremos adiante – mas por ser logicamente perfeita, no sentido de uma lógica formal: a ilegalidade é o gênero próximo, enquanto a pena é a diferença específica. Não nos parece que a futura exclusão da idéia de pena, tomada não mais como elemento da definição, mas como consequência da coisa definida, atendessem a exigências lógicas ou puramente científicas. Nada impede que se defina um fato por seus resultados, ou melhor, por sua potencialidade produtiva. Não cabe reparo lógico à inserção do crime na categoria genérica dos atos ilícitos, e sua especificação pela potencialidade penal. O crime pode ser conceituado como ato ilícito e punível, ao lado dos demais atos igualmente ilícitos porém carentes de punibilidade. A insuficiência da definição reside apenas numa alienação doutrinária em benefício do voluntarismo legal, inadmissível nos domínios do direito punitivo, embora tolerável noutros setores do ordenamento normativo.

É significativo que o “conteúdo” das conceituações puramente legalistas seja em regra de natureza consequencial. Tomemos como precedente histórico a reunião de dois preceitos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Primeiro, a limitação da proibição legal às ações **ocasionadoras** de dano social: *“La loi n’a*

le droit de défendre que les actions nuisibles à la société” (art. 5^a). Depois, a vedação da criação legal de penas que não sejam **ocasionadas** pela necessidade: *“La loi n’a le droit d’établir que des peines strictement et évidemment nécessaires”* (art. 8^a). O crime então, como a única ilicitude para a qual exigir-se-iam simultaneamente o requisito genérico da lesividade social e o requisito específico da necessidade punitiva, ganhava um conteúdo de eficácia negativa e positiva na realidade político-social. Objetar-se-á, apenas, que houve um simples deslocamento do conteúdo definitório do crime para o conteúdo definitório da lei incriminadora. Extraímos, entretanto, dessa orientação, já decorrente da implantação do constitucionalismo, que se a definição de cada crime há de ser **legal**, a definição do crime, ou do conjunto dos crimes, será **supralegal**. Aliás, a doutrina o é.

Insistindo no substrato consequencial do crime, percebemos que a alternância entre a criminosidade e punibilidade é reencontrada na alternância entre criminosidade e lesividade: a lesividade do crime, e a lesividade da pena. A busca de uma definição de conteúdo para o crime que, entretanto, não contrarie as definições legais de cada crime, alcançou, segundo entendemos, seu melhor momento quando se fixou na noção de lesividade, capaz de abranger tanto a punibilidade, quanto a criminosidade. Tomemos, como exemplo dessa orientação, duas das conceituações elaboradas por LISZT, no seu clássico tratado. A primeira delas é genérica e formal: *“DELITO (ACTO PUNIBLE) ES EL HECHO AL CUAL EL ORDEN JURÍDICO ASOCIA LA PENA COMO LEGÍTIMA CONSECUENCIA”*.⁽¹³⁾ A última delas é uma conceituação de conteúdo *“EL DELITO, DEFINIDO SEGÚN SU CONTENIDO, ES, POR TANTO, EL ATAQUE A LOS INTERESES JURIDICAMENTE PRE-*

TEGIDOS, ESPECIALMENTE PELIGROSO, A JUICIO DEL LEGISLADOR, PARA EL ORDEN JURÍDICO EXISTENTE”.^(13-a)

Entendemos que a idéia de lesividade é a noção mais adequada para a caracterização do conteúdo do crime e, por tanto, da natureza do preceito normativo. Com efeito, a idéia da lesividade é comum ao crime e à pena – entidades abstratamente indissociáveis – divergindo apenas quanto ao seu direcionamento, se orientada no sentido do ofendido, ou no sentido do ofensor. A par disso, sendo susceptível de gradação, possibilita a conceituação do crime como o fato de maior potencial de lesividade, acarretando a sanção de maior gravidade lesiva, dentro do ordenamento jurídico. Permite, com isso, que se dispense uma noção qualitativa do crime, somente alcançável através de submissão do direito a outro sistema normativo (ético, social, religioso), ou através da busca de uma **síntese de conteúdos**, para a qual os teóricos gerais do direito exigem um processo de formalização, com a advertência de que “si el proceso formalizador no tiene limites podremos efectivamente reducir a unidad las normas de que se trate pero a costa de obtener unicamete proposiciones generalísimas, vacias, que no vienen a decir nada”.⁽¹⁴⁾

É certo que a rejeição doutrinária da conceituação legalista provocou novas tentativas de exploração das normas incriminadoras, inicialmente através de uma mais firme inserção no ordenamento normativo, depois através da identificação da melhor técnica legal. No primeiro caso, chegou-se ao princípio da antijuridicidade; no segundo caso, ao princípio da tipicidade. Ambas as hipóteses representam extensões do princípio de legalidade, sendo que no primeiro caso leva-se o direito ao fato – para regê-lo – enquanto no segundo caso traz-se o fato até o direito

– porém para prevê-lo.

Apesar das divergências doutrinárias formadas em torno da extensão da antijuridicidade – geral, especial, formal, material, objetiva, subjetiva – ela se reduz, essencialmente, a uma inconciliabilidade do fato com o direito. Define-a PETROCELLI, logo ao início do célebre estudo monográfico, como “*rapporto di contraddizione tra un fatto e il diritto (...) fatto in senso ampio (...) diritto in sendo oggettivo*”.⁽¹⁵⁾ Esse sub-princípio da legalidade, que recebe em BETTIOL a formulação de *nullum crimen sine injuria*⁽¹⁶⁾, e em HIPPEL a de *mangels Rechtswidrigkeit kein Verbrechen*⁽¹⁷⁾, delimita o crime através de uma proposição rigorosamente apodíctica. Pois seria uma impossibilidade lógica a concepção de um crime que fosse conforme com o direito.

Também como subprincípio derivado da legalidade, e sofrendo as mesmas vicissitudes doutrinárias, firmou-se, a partir de BELING, a idéia de tipo e a exigência da tipicidade, formulando-se o preceito de que “*acción punible es sólo la acción típicamente antijurídica y culpable*”.⁽¹⁸⁾ É inegável que a tipicidade representa o maior fator de garantia do súdito da lei penal.

Sustentamos, anteriormente, que a norma incriminadora é necessariamente preceptiva e, ademais, que o preceito fornece o sentido da normatividade penal. Vemos, agora, como a lesividade se presta a constituir o conteúdo do preceito: ordena-se ao agente que se absteinha de provocar determinadas lesões jurídicas. Mas se a lesividade é suficiente para satisfazer a caracterização objetiva do crime, é insuficiente para caracterizar a atitude de desobediência ao preceito, esta última de natureza essencialmente subjetiva. Por outro lado, enquanto a lesão tem uma natureza consequencial, a desobediência parece exaurir-se nela mesma. Parece que a culpabilidade

está mais próxima da lei, e igualmente mais próxima do agente, do que do próprio crime. Ela está ínsita na natureza preceptiva da norma. Ahamos que isto explica a tendência doutrinária de atribuir características predominantemente normativas à culpabilidade.

Já encontramos essa assimilação normativa em FEUERBACH, a cujo respeito observa ASÚA: “*La relación entre voluntad acto se situá por el famoso penalista bávaro en la teoría de la ley penal, que sistemáticamente localiza después de las teorías sobre el delito y la pena*”.⁽¹⁹⁾ Também HIPPEL, após destacar as raízes kantianas do pensamento de FEUERBACH, caracteriza sua teoria de coação psicológica como exemplo de unilateralidade no tratamento da doutrina da culpabilidade, levando-o a visualizar a imputabilidade, não como capacidade de culpa, mas como capacidade de pena: “*Die Zurechnungsfähigkeit aber wird statt schulfähigkeit im Sinne der Abschreckbarkeit durch den psychologischen Zwang*”.⁽²⁰⁾

Usualmente, os penalistas distinguem, como o faz MEZGER⁽²¹⁾, **normas objetivas de valoração**, consistentes em juízos sobre fatos, e **normas subjetivas de determinação**, dirigidas ao agente, ambas, é certo, contidas na lei. Vimos, anteriormente, que a intermediação doutrinária entre crime e pena assentou-se em princípios da evolução da política criminal. Enquanto o primeiro deles – *nullum crimen, nulla poena, sine lege* – obteve uma unanimidade doutrinária, o segundo deles – ora formulado como *nullum crimen sine culpa*, ora apresentado como *nulla poena sine culpa* – apesar de constituir uma exigência historicamente anterior ao princípio da reserva legal, teve a reivindicação doutrinária perturbada por problemas de sua exata caracterização.

Ahamos que isso acontece por ser no domínio da

subjetividade que ocorre o maior grau de aproximação entre o direito e a moral, causando interferências na órbita da culpabilidade jurídica. Inserida entre a vontade e o ato, ou entre a vontade e o agente, ou entre a vontade e a lei, e ademais entendida ora como uma relação, ora como um juízo, a culpabilidade tornou-se o problema maior, quiçá insolúvel, do direito penal. À afirmação de LISZT, formulada no século passado, de que “*solo gradualmente la idea de la infracción va tomando em sí misma la característica de la culpabilidad, y por el perfeccionamiento de la teoría de la culpabilidad se mide el progreso del Derecho penal*”⁽²²⁾, corresponde, em nosso século, o reconhecimento de MEZGER, de que “*el problema en orden a sua paulatina afirmación histórica, solo es posible plantearlo desde el punto de vista de un determinado concepto de la culpabilidad; pues lo que en si es la culpabilidad no puede nunca determinarse*”.⁽²³⁾

A punibilidade, quando colocada em face da culpabilidade, elastece seu conceito, que regride até descobrir os próprios pressupostos da imputação (imputabilidade, atribuíbilidade, capacidade) ou avança até atingir o atos finais de individualização da própria pena. Paradoxalmente, nunca a atuação doutrinária se fez sentir com tamanha energia na delimitação do território penal, o que, aliás, bem ponderado, é compreensível, explicando-se as divergências pelo esforço desenvolvido no intuito de alcançar uma justificativa aceitável para a legitimação da pena. Afirmou MEZGER, em conferência pronunciada na Universidad de Valladolid, em defesa da concepção normativa da culpabilidade: “*Con esto, la pena, em vez de ser una simple medida de utilidad, se convierte en um problema de la más alta justicia*”.⁽²⁴⁾ Para subtrair a culpabilidade a regras legalmente prefixadas – indispensáveis à tipificação do fato criminoso – chegou-se ao ex-

tremo de excluí-la do próprio conceito de crime. É a posição defendida, entre nós, por DAMÁSIO DE JESUS, fundamentado num dos contributos doutrinários de WELZE: “A culpabilidade é pressuposto da pena e não requisito ou elemento do crime.”⁽²⁵⁾ Bastaria assim à punição, enquanto juízo, a reprovabilidade.

Fragmenta-se a doutrina quanto à posição da punibilidade em face da conceituação do crime. Quando se trata de um conceito sintético, também dado como substancial ou material, faz-se presente, em regra, o componente da pena, ou a qualificação a ela correspondente, que é o punível. Já quando se trata da punibilidade, que é juízo ou relação, sua inclusão ou rejeição só poderia ocorrer, por exigência de homogeneidade, nos conceitos do tipo analítico, ao lado da antijuridicidade, da tipicidade, da culpabilidade, ou de outras categorias dogmáticas. Encaramos, assim, quatro possibilidades: (a) a punibilidade agrega-se às categorias conceituais; (b) a punibilidade substitui uma delas; (c) a punibilidade é absorvida por uma delas; (d) a punibilidade corresponde ao conjunto das categorias conceituais.

Exemplo da primeira alternativa pode ser encontrado em HUNGRIA: “fato típico, injuricidade (ilicitude jurídica), culpabilidade, punibilidade”.⁽²⁶⁾ Ou em MUÑOZ CONDE: “ação ou omissão típica, antijurídica, culpável e punível”.⁽²⁷⁾ Exemplo da substituição, encontramo-lo em BATTAGLINI que, após rejeitar a categoria da antijuridicidade na conceituação do crime, coloca em seu lugar a punibilidade: “a) o fato típico; b) a culpabilidade; c) a punibilidade”.⁽²⁸⁾ Como exemplo de absorção, pode-se citar BRUNO, para quem resultou da noção de tipicidade a dispensa da punibilidade na conceituação do crime: “Com a introdução do novo elemento, foi geralmente excluída do conceito a exigência da punibilidade,

reduzindo-se este à ação com os seus atributos de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade”.⁽²⁹⁾ Finalmente, a equivalência da punibilidade à soma de todas as categoriais do crime pode ser encontrada em BETTIOL: “O delito é um fato punível enquanto é um fato típico, antijurídico e culpável; a punibilidade é portanto uma categoria formal que se refere a todos os elementos do crime.”⁽³⁰⁾

Merece destaque a doutrina de LUNA, que distingue uma tipicidade em senso amplo e uma tipicidade em senso estrito, incluindo a punibilidade na primeira delas: “A relação de adequação entre o fato humano, concretamente praticado e historicamente captado, e a descrição do tipo, recebe a denominação de **tipicidade**. A adequação apresenta dois aspectos: a) adequação com o preceito (**tipicidade** propriamente dita); b) adequação com a sanção (**punibilidade**).”⁽³¹⁾

A questão do relacionamento entre a criminalidade e a punibilidade desdobra-se em duas indagações capitais. A primeira delas é saber em que consiste o fato punível. A segunda é saber em que consiste a punibilidade do fato. A resposta integral só pode ser encontrada se nos detivermos no componente da pena, e nos termos da sua inserção na sistemática penal.

REFERÊNCIAS

- (1) – Aníbal Bruno – “Direito Penal”, Ed. Nacional, Rio, 1959, tomo I, p. 273, *passim*.
- (2) – Jürgen Baumann, “Strafrecht – Allgemeiner Teil”, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1974, p. 174.
- (3) – Sebastián Soler – “Derecho Penal Argentino, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1976, tomo I, pp. 207-208.
- (4) – Francesco Antolisei – “Manuale di Diritto Penale – Parte Generale”, 7a Ed., A. Giuffrè, Milano, 1975, p.132.
- (5) – Heleno Cláudio Fragoso – “Lições de Direito Penal”, A Nova

- Parte Geral”, 10a ed., Forense, Rio, 1986, p.148.
- (6) – Luis Jimenez de Asúa – “Tratado de Derecho Penal”, Losada, Buenos Aires, 1977, tomo VII, p.11.
- (7) – Biagio Petrocelli – “Reato e Punibilità”, in “Saggi di Diritto Penale – Seconda Serie”. Cedam, Padova, 1965, p. 8.
- (7-a) – Biagio Petrocelli – “Riesame degli Elementi del Reato”, in “Saggi ...” cit., p. 55.
- (8) – Antonio Pecoraro-Albani – “L’Estinzione delle Situazioni Soggettive Penale”, Eugenio Jovene, Napoli, 1968, p.185.
- (9) – Max Ernts Mayer – “Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts”, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heildelberg, 1923, p.14, nota 29.
- (10) – Everardo da Cunha Luna – “Estrutura Jurídica do Crime”, ed. do autor, Recife, 1958, pp. 11-12.
- (11) – Luis C. Cabral – “Ubicación Histórica del Principio ‘Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege’”, Librería Jurídica, Buenos Aires, 1958, p.72.
- (12) – Luis Jimenez de Asúa – “Tratado ...”, cit., tomo III, p. 27.
- (13) – Franz von Liszt – “Tratado de Derecho Penal”, trad. de Luis Jimenez de Asúa (20ª edição alemã), 3ª ed., Madrid, s/d, tomo II, p. 262.
- (13-a) – idem, ibidem, p. 455.
- (14) – Luis García San Miguel – “Notas para una Crítica de la Razón Jurídica” Editorial Tecnos, Madrid, 1969, pp. 51 e 52.
- (15) – Biagio Petrocelli – “L’ Antigiuridicità”, Cedam, Padova, 1951, p.1.
- (16) – Giuseppe Bettiol – “Direito Penal”, trad. de Paulo José da Costa e Alberto Silva Franco (6a ed. italiana), RT, São Paulo, 1966, vol. I, p. 318.
- (17) – Robert von Hippel – “Deutsches Strafrecht”, reimpressão da edição de 1925, Scientia Verlag, Aalen/Berlin, 1971, vol.2, p.191.
- (18) – Ernst von Beling – “Esquema de Derecho Penal”, trad. de Sebastian Soler (11a ed. alemã), Depalma, Buenos Aires, 1944, p.38.
- (19) – Luís Jimenez de Asúa – “Tratado...”, cit., tomoV, 1976, pp. 20-21.
- (20) – Robert von Hippel – “Deutsches ...”, cit., vol.1, 1971, p. 297, nota 8.
- (21) – Edmund Mezger – “Tratado de Derecho Penal”, trad. de Jose

- Arturo Rodrigues Munoz (2ª edição alemã), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, tomo I, pp. 330-331.
- (22) – Franz von Liszt – “Tratado ...”, cit., 1949, tomo II, p. 390.
- (23) – Edmund Mezger – “Tratado...”, cit. 1949, tomo II, p. 22.
- (24) – Edmund Mezger – “La Culpabilidad en el Moderno Derecho Penal”, trad. de José Mª Navarrete, Publicaciones de los Seminários de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 1956, vol. 14, pp. 54-55.
- (25) – Damásio E. de Jesus – “Direito Penal”, Saraiva, São Paulo, 1ª vol., p. 398.
- (26) – Nelson Hungia – “Comentários ao Código Penal”, 5ª ed., Forense, Rio, 1978, vol. I, tomo I, p.9.
- (27) – Francisco Muñoz Conde – “Teoria Geral do Delito”, trad. de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, p.5.
- (28) – Giuglio Battaglini – “Direito Penal”, trad. de Paulo José da Costa, Armida Bergamini Miotto e Ada Pellegrini Grinover, Saraiva, São paulo, 1973, 1ª vol., p. 136.
- (29) – Aníbal Bruno – “Direito Penal”, cit., tomo I, p. 281, nota 6.
- (30) – Giuseppe Bettiol – “Direito Penal”, cit., vol. I, p. 231.
- (31) – Everardo da Cunha Luna – “Teoria Moderna do Delito”(1977/1978), in “Capítulos de Direito Penal”, Saraiva, São Paulo, 1985, p. 74.

O DIREITO ACHADO NA RUA. SINAL DOS TEMPOS

Edson de Arruda Câmara
Mestre em Direito
Juiz do Trabalho

*“O Direito não é apenas uma Teoria, mas uma força viva.”
(R. VON JHERING in Der Kampf um's Recht.)*

“Não é homem prudente aquele que abandona uma certeza por uma incerteza”

(SAMUEL JOHNSON)

*“Boas são as leis; melhor o bom uso delas”
(ANTONIO FERREIRA – Poemas lusitanos)*

Assusta-me como **jurista** (eu diria, **ortodoxo** – já que hoje descamba para uma não-ortodoxia na medida em que fala em **Direito Alternativo**) e, pior ainda, num **“Direito Achado na Rua”**, o fato do surgimento de “Direitos” ectópicos, ou seja, gerados fora do útero natural (porque esse “útero”, o Poder Legislativo já não cumpre sua função, cede espaço ao Executivo que usa e abusa das famigeradas Medidas Provisórias – esse instrumento de arbítrio e arma terrível nas mãos dos inseqüentes – e admite até, por comodismo, um certo tipo de brotamento do Direito).

Sou, sim – e me chamem de “velho” – pelo Direito como era gerado antigamente (temos hoje, vigendo, uma beleza de Código Civil, datado de 1916 e que ainda conserva um certo frescor, um vigor pecu-

liar às coisas bem feitas e cujo único pecado é o de, mercê do tempo passado, das transmutações sociais, carecer das adaptações a essa nova realidade social, sendo realmente melhor que se o adapte do que se faça um novo que, com toda a certeza, pelo que me é dado conhecer de como e por quem seria feito esse novo, seria PIOR A EMENDA QUE O SONETO...)

Hoje, fazem-se leis casuísticas, voltadas para a resolução de problemas momentâneos, mormente aqueles que afligem o administrador público, sempre às voltas com problemas tributários (neste campo sua maior fome...), com a sobrevivência de um visionário plano econômico e com a sobrevivência de sua própria presença à frente da Administração Pública, que já não goza (e nem o poderia) da mesma popularidade dos primeiros dias. (Atestam-no os apupos que hoje substituem os aplausos).

Sou, sim, partidário do Direito Legislativo, do Direito Posto pelo Poder competente – não obstante a natural defasagem entre ele e o fato social que o determina e que é a sua gênese – porque é ele que nos dá aquele caráter essencial e primacial do Direito que é o **fator certeza** a gerar, por seu turno, o caráter de **previsibilidade** de que sempre deve estar revestido o Direito (ressalvo, aqui as Medidas Provisórias, esse arremedo de Direito, em má hora criado pela Constituição de 88 – instituto tão ruim que me leva às vezes a dizer que tenho saudades dos Decretos-Leis que, pelo menos, enquanto no campo da existência, tinham validade e eficácia – o que falta às MP, se não convertidas em Lei, pelo Congresso Nacional, perdem a eficácia desde sua edição – o que, convenhamos, assusta de várias maneiras, inclusive porque neste momento temos um novo padrão monetário que teima em subsistir

à conta da reedição, por mais de dez vezes, da mesma Medida Provisória, a qual, se não convertida em Lei, pelo Congresso – críticas às sucessivas reedições à parte... – só uma pergunta cabe fazer: “... e agora, José?!...” Pena, ainda, que o Direito Posto segundo os ritos ditados pela Magna Carta não consiga, realmente alcançar o fato social (e, indubitavelmente, “EX FACTO ORITUR JUS”) já que o processo legislativo é **naturalmente** mais lento que a dinâmica social. Fosse, todavia, a ocorrência por conta desse “**naturalmente mais lento**” e as coisas seriam toleráveis. O problema está em que os Senhores Parlamentares jamais estiveram preocupados com esse “**naturalmente mais lento**” e as coisas seriam toleráveis. O problema está em que os Senhores Parlamentares jamais estiveram preocupados com essa “*natural lentião*” e, diferentemente dos Juízes (pelo menos os do Trabalho, que – sendo um deles, conheço-os de perto – procuram vencer as dificuldades do sistema, no que tange à morosidade, dando, de si, com prejuízo de sua integridade física, um *plus* que a sua natureza humana longe está de admitir), usam de seu tempo de maneira indesejável e de forma a fazer com que o processo legislativo seja muito mais arrastado que sob a “natural lentião” legisferante. Graças a isto, proliferam as perniciosas Medidas Provisórias (sobre este tema recomendo a leitura de trabalho da lavra deste Autor, publicado em o JORNAL TRABALHISTA nº 346 de 1991) (1) e determinada corrente autoriza-se, hoje a falar em alternativa do Direito e, pior, nesse “DIREITO ACHADO NA RUA.”

Com efeito:

Sinal dos tempos, dessa angústia de verem-se solucionados os conflitos que eclodem, quais pústulas

num corpo enfermo – o Brasil desses últimos tempos, mormente dos dias que correm – passou um grupo de Juristas de Brasília, a pensar no estabelecimento de um Direito mais dinâmico, em algo que possa ser aquela resposta imediata ao jurídico social, de forma a atender instantaneamente aos ditames do fato social, como jamais o faria o Direito legislativo, formalmente posto pelo Poder competente, disciplinando dito fato social *hic et nunc*. Por assim dizer, a resposta flagrante do Corpo Social no exato instante da descoberta. NO MEIO DA RUA, ainda. Linha gerais, isto.

Muito difícil a aceitação desse tipo de construção do Direito para um Jurista ortodoxo que, desde os bancos acadêmicos, sorveu lições que se assentaram no mais profundo do seu ser, inclusive quanto a ser o Direito, em sua gênese uma secreção natural do meio social e de sua dinâmica (nasce, pois, do fato social: EX FACTO ORITUR JUS), mas não permanece no meio social, de maneira informal, sendo sempre carregado ao Congresso a fim de que ele, consoante a Magna Carta (seus ritos), assente-se como lei e possa realmente reger as relações onde tenha sua pertinência, respeitadas, doutrinariamente os pontos fixados por BOBBIO em sua “Teoria della Norma Giuridica” segundo a qual, para o aplicador de Norma Jurídica ao caso concreto, três operações devem ser levadas a efeito:

“1 – accertare si l’autorità che l’ha emanata aveva il potere legittimo di emanare norma giuridiche...”

2 – accertare si non sia abrogata.

3 – accertare si non sia incompatibile com altre norme del sistema”.

Numa suma, abstraindo-se aquelas questões sobre as quais conflituam RADBRUCH (para quem a

norma só é válida se for justa) e H. Kelsen (para quem o direito apenas “é a norma”, a questão está apenas em saber se a norma está no campo da existência, da validade e da eficácia.).

O estar, uma norma, no campo da existência, da validade e da eficácia é que confere à regra de direito o seu caráter principal, tal seja: o de dar **certeza** às relações e, Via de consequência, conferir, ao Direito o poder de ser previsível. Isto, ressalvo, entretanto, como diria um físico, “nas CNTP”, ou seja, nas condições normais de temperatura e pressão – o que, neste mundo, deixa de acontecer no Brasil, onde, graças ao atual administrador público, “habitué” em alterar as “regras do jogo no curso do mesmo” faz com que o Brasil tenha a insegurança do direito aplicado como uma tônica subtraída, pois a esse Direito, seu caráter essencial do binômio CERTEZA/PREVISIBILIDADE. Mas isso vai passar, como quer a própria evolução histórica... Pena que tal situação se contraponha, faticamente, àquilo que se encontra insculpido no art. 1º da Constituição Federal – que tem a veleidade de rotular o Brasil como “**Estado Democrático de Direito**”, quando longe está de sê-lo, sendo mais prudentes os Legisladores constitucionais anteriores que definiam o Brasil, a exemplo da própria Emenda Constitucional nº 1 de 1969, como **República Federativa**, constituída, sob regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.

Essa questão da INCERTEZA e da IMPREVISIBILIDADE, inaugurada no Governo SARNEY, agravada no Governo COLLOR – principalmente pelo uso abusivo desse instrumento despótico criado pelo Constituinte de 1988 chamado MEDIDA PROVISÓRIA – e alcançando seu clímax no atual faz com que a Nação

comece a, sentindo a legitimação vinda do caos, em cada esquina, em cada praça, em cada rua de uma cidade, a trazer a lume um direito ectópico, tanto em sua formatividade como na aplicação do mesmo, o que se me afigura extremamente perigoso posto que se concretizam poderes paralelos. Um de Direito e outro de fato, a pretenderem gerenciar os destinos desse Brasil e, vai daí, buscam justificar um “direito” que vai surgindo, que vai ser aplicado imediatamente ao fato social que o gerou e, o que é grave, muitas das vezes com colidência a normas de Direito formalmente posto as quais são existentes válidos e eficazes e que, por isto, não tem que ceder espaço a um “direito” perigosamente espúrio. Ainda que o Direito formalmente posto seja lento e, por lento, em descompasso com o fato social o qual, pela via do “direito alternativo” e do “direito achado na rua” teria, por assim dizer, o seu “pronto atendimento”. (Quero, neste ponto deixar patente que não é a lentidão exagerada do processo legislativo cotejada com a velocidade do “pronto atendimento alternativo” que são o *leit motiv* das preocupações de que se revestem estas linhas e sim o que há nos bastidores de tudo isto, e que é o grande responsável pelo surgimento de formas anômalas de direito: o Congresso Nacional – ou melhor, grande parcela de seus componentes – que não legisla a contento, não atende ao fato social e mostra-se muito mais voltado para seus próprios interesses, o que já se constitui em tradição que vem do tempo dos “jetons” o que leva o deputado a faltar às sessões normais – que lhes eram pagas, fosse ou não à câmara – comparecendo, todavia, às extraordinárias, quando receberia os seus “jetons” por essa participação “extraordinária”.)

Para os apologistas desse “Direito achado na rua” tudo nele se justifica. Procuram demonstrar, inclusive, que a legitimidade é circunstância inerente e agridem a toda uma Doutrina secularmente assentada, espancam toda uma Teoria Geral de Direito e, numa suma, levam o jurista desavisado a ter de começar para DESAPRENDER o Direito para poder aceitar o direito achado na rua (De fato, ou se desprende o Direito ou não se consegue admitir essas formas de “normatização”, se assim pode ser chamado tal fenômeno de algo de caráter dogmático). Assim é que analisemos o Direito Regular e o Direito achado na rua e vamos perceber que, com todas as mazelas daquele, ainda é ele que confere às relações e, se isto não está a ocorrer neste momento, a culpa é do sistema – melhor, das pessoas nele envolvidas – nunca ao Direito...

Em realidade, ao examinarmos os escritos acerca do chamado “direito achado na rua”, não é difícil verificar que o direito ali colocado distancia-se do Direito que tem procurado servir à sociedade com sua dogmática, suas normas jurídicas com suas características próprias e cujo conjunto dessas características bem definem o que seja esse Direito tradicional e que sempre serviu para o refazimento da Paz Social, seu primacial objetivo. Assim é que o Direito (suas normas) apresenta características cujo conjunto é mais que suficiente para o definir e delimitar: a norma jurídica é dotada de exterioridade o que significa dizer que, diferentemente do campo da Moral, que parte da consideração das intenções, a norma jurídica tem o seu centro de gravidade na exteriorização dessas intenções. A norma jurídica é heterônoma (heteronomia é um fator externo de convencimento) no sentido de que é exte-

rior porque sua validade emana e decorre da coletividade em que o agente se integra, sendo ela independente da opinião desse agente. O Direito é heterônomo no sentido individual e autônomo no sentido grupal. A norma jurídica é dotada de alteridade – também elemento que a distingue das demais – segundo a qual o indivíduo é colocado diante de todos os demais, tenha ele o pensamento que tiver. Do ponto de vista formal as normas de Direito são dotadas de IMPERATIVIDADE, GENERALIDADE, CONDICIONALIDADE e sem alguma dessas qualidades a norma não será jurídica. (Ver, como referencial: “Filosofia do Direito”, MIGUEL REALE)

Segundo proposta dos criadores do chamado “Direito Achado na Rua”, trata-se de inserção “na conjuntura de luta social e de crítica teórica, como pensamento alternativo, heterodoxo e não conformistas, voltado para a formulação de uma concepção jurídica de transformação social”, tratando-se “de uma leitura dialética do fenômeno jurídico, cuja captação se dá num plano alargado de sua manifestação postivada, isto é, a partir da realidade plural de múltiplos ordenamentos sociais e do aparecer de seus respectivos projetos de organização política. “Em tal medida se explica ou se justifica que se fale num “poder popular legítimo e soberano” e que a partir daí – ao arripio de uma estrutura secularmente assentada e que é boa para os fins a que se destina – ruins são os homens que ocupam os espaços dessa estrutura e que, preocupados consigo mesmos, com locupletarem-se, não cumprem seus verdadeiros papéis e, por isso mesmo, melhor pensarem em formas de, utilizando elementos do Direito formalmente posto, cobrar dos que descumprem seus papéis

o fiel cumprimento de suas obrigações e deveres, tal como recentemente, a partir da eclosão dos “Cara-Pintadas” nas ruas e nas praças públicas, um Presidente da República, que longe estava dos anseios da massa de governados foi alijado do Poder com os elementos do Ordenamento positivado (bastando usá-lo sem distorções e com propósitos sem ambigüidades...).

A aceitação de um “Direito Achado na Rua” pode sugerir o estabelecimento de uma situação indesejável de choque com o Ordenamento regular. Tal choque não pode ocorrer, sob pena de, padecendo a Ordem Jurídica, sofrer a nação. Admitir esse “Direito Achado na Rua”, que muito tem de anárquico, é concordar não se sabe com quais tipos de ideologias e aceitar o exercício do “Direito de Mão Própria” quando, em realidade o que se deve fazer é cobrar dos poderes do Estado, através daqueles que os exercem, a postura que melhor se adequa às finalidades do Estado que é a de propiciar, através do governante a felicidade de seu povo e de sua Nação. Os instrumentos, dá-lhes o Direito Posto... (Neste ponto, é de se lembrar o discurso de Colucio Salutati em seu “*O direito de resistência*” quando assevera que “não só uma parte do povo, mas qualquer cidadão particular pode impunemente resistir a quem quiser, fazer-se tirano, esmagando sem piedade um tal monstro com as armas e com o sangue.” – Esta tendência radical é assustadora, deve ser rejeitada e substituída pelo uso regular dos próprios elementos de que dispõe o Direito para por cobro a esta ou àquela situação. Ademais, demonstra claramente a que ponto pode chegar o Estado por conta de certas ideologias.)

Ao cuidar do “Direito de Morar”, por exemplo, os apologistas desse “Direito Achado na Rua” asseve-

ram que “a reivindicação do Direito de Morar emerge da mobilização e da organização das ações comunitárias orientadas em movimentos de resistência contra a ação repressiva configurada na derrubada dos barracos” – o que decorre do entendimento e da admissão, no espaço social, da existência de outros direitos que não são exclusivamente os postos pela ação do Estado” (Claro que Direito deve vir do Estado, através de um de seus Poderes – O Legislativo, que, por sinal é composto por representantes dos Cidadãos que, se curtem as agruras de Leis ruins foi por que não souberam exercitar o direito de escolha de representantes através do voto).

O contexto geral dessa Introdução Crítica ao Direito nos leva a entender que o linchamento, face ao Direito formalmente posto, é crime, se legitima.

O entusiasmo de alguns por esse “Direito Achado na Rua” deve ser refreado. Tal “Direito” poderá, com certeza, ser manipulado por certas ideologias. A Ordem Jurídica brasileira é, no geral, boa, exequível. A questão são os homens que a orientam – seja a nível de Poder Legislativo, de Judiciário ou de Executivo. A ação corretiva, aí sim, poderá ser intentada, com os próprios meios que o Direito oferece, tais sejam: o exercício do voto, o uso do Direito de Ação... Use-se, de forma acertada tais meios e o “Direito Achado na Rua” e evitar-se-ão desnecessários choques que podem – e, com certeza não de fazê-lo – colocar em risco a proposta (apesar do que se encontra insculpido no art. 1º da Constituição Federal) de que o Brasil venha realmente (ainda não o é...) a ser um ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO e não será com os choques emergentes desse “Direito das Ruas” que isso irá

acontecer. Direito de muitas ideologias, o “das ruas” jamais concretizará aquela CERTEZA que é fundamental ao Direito e seu caráter eminentemente polêmico não contribuirá com um nada para o estabelecimento da PAZ SOCIAL.

Vão nossos pontos de vista, neste tema para meditação sobre os destinos do Direito no Brasil.

O DIREITO PENAL MILITAR E A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO

DA INSIGNIFICÂNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Ricardo de Brito A. P. Freitas

Mestre em Direito Público – Procurador da Justiça Federal Militar – Ex-juiz de Direito do Estado de PE. – Prof. de Direito Penal da UFPE e da ESMAPE

Sumário

1. Introdução - 2. O conceito de bem jurídico - 3. O Princípio da Insignificância - 4. O Direito Penal Militar e o Princípio da Insignificância (conclusão).

1. Introdução

A existência de um Ministério Público realmente atuante no campo criminal não implica absolutamente, como sabemos, vestir a roupagem do acusador implacável e sistemático, sequioso de ver processar, lograr condenações e penas as mais elevadas possíveis. Na atualidade, nenhuma dúvida resta de que o papel do Ministério Público deve voltar-se para a valorização da justiça, represente ela a condenação ou a absolvição do acusado. Neste sentido, é cediço, nada impede que o representante do Ministério Público requeira a absolvição do réu ou a desclassificação do delito a ele imputado.¹ Nada obsta, também, a que se deixe de

¹ "em geral o povo faz idéia errada do promotor, identificando-o não raro com o acusador implacável, imagem estereotipada, que, ao lado da do promotor do júri, muitos ligam à instituição (...). Antes de mais nada, incorreta a idéia do promotor público eterno acusador, pois que tem plena liberdade de consciência para pedir a condenação ou a

oferecer denúncia quando ausentes os seus pressupostos, para requerer o arquivamento dos autos do inquérito. Esta é a visão contemporânea do papel do Ministério Público, plenamente interiorizada por seus integrantes. Neste pequeno trabalho procuro refletir, à luz do exposto, sobre a posição do Ministério Público frente às situações possíveis de aplicação do denominado princípio da insignificância, pleno de implicações, mas, ainda, tão pouco estudado pela doutrina.²

Desde logo, esclareço não ter qualquer pretensão de esgotar o tema, tarefa impossível ante à multiplicidade de questões que teriam de ser enfrentadas e as escassas qualidades analíticas do autor. Isto posto, avulta, como qualidade única deste pequeno texto, a tentativa de contribuir para estimular a reflexão do assunto entre meus pares.

2. O Conceito de Bem Jurídico.

A norma penal existe com a finalidade de proteger determinados bens, os chamados bens jurídicos.

absolvição - fato este que parece desconhecer a população em geral. Não raro, do mesmo modo que sustenta a condenação criminal de um réu que acredita culpado, o promotor lança seu parecer em prol da absolvição do acusado cuja inocência o convenceu; outras tantas, recorre ou impetra um *habeas corpus* em seu favor, como fizemos concretamete em nossa vida funcional (...). O promotor deve ter zelo pela justiça e não pela condenação. Caminha na séria deformação profissional e pessoal o promotor quando não mais pensa assim, ou quando nem mesmo percebe que inverteu o sentido de seu trabalho" (Mazzili, Hugo Nigro; REGIME JURÍDICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO; pág.32).

² Poucos teóricos brasileiros do Direito Penal debruçaram-se com profundidade sobre o exame do princípio da insignificância. Existe um único livro dedicado exclusivamente ao tema, por sinal com edição já esgotada. Os estudiosos estrangeiros sim, porém suas obras mostram-se, em seu conjunto, de difícil acesso no Brasil.

Como sabemos, o Direito pretende regular a conduta humana, protegendo determinados bens e interesses de modo a assegurar a vida em sociedade. Essa proteção é viabilizada pela ameaça de impor sanções ao comportamento desviante que se revela perigoso à coexistência social por ameaçar ou lesar bens e interesses. Mas nem todas as sanções voltadas para a proteção de bens são jurídicas. As sanções possuem natureza variada e correspondem aos diversos tipos de violação das regras que permitem a convivência em sociedade. Sendo assim, a infringência a um preceito moral implica a aplicação de uma pena de natureza moral que se materializa nas críticas e censuras provenientes da coletividade e dirigidas ao infrator. A sanção moral objetiva o arrependimento daquele que desrespeitou a regra de moral para que, tomado pelo remorso, não volte a descumpri-la. Do mesmo modo, existem sanções aplicáveis a quem descumpra normas de caráter religioso ou normas de uso social. As sanções não-jurídicas, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, desempenham um importante papel na regulação das condutas individuais, chegando sua aplicação em algumas situações, raras decerto, a apresentar maior eficácia na função de controle social do que as próprias sanções jurídicas.

Caracterizam-se as sanções jurídicas por serem organizadas e predeterminadas. Organizadas porque não provêm difusamente da sociedade e sim, pelo menos na maioria dos casos, do Estado. Predeterminadas por serem estabelecidas com anterioridade em relação à violação da norma protetora do bem jurídico, de modo a enunciar as hipóteses da sua aplicação e dos seus efeitos. Mas, talvez a principal característica da sanção jurídica seja o seu caráter coercível que permite

sua aplicação coativa, conferindo-lhe maior rigor e segurança na produção dos seus efeitos. Mostra-se, assim, na maioria dos casos, mais eficaz a sanção jurídica que a sanção moral, por exemplo.

As sanções jurídicas encontram-se previstas em todos os ramos do Direito Público e do Privado. Quando o comportamento desviante atinge ou ameaça atingir bens jurídicos de elevadíssima importância e, por isso mesmo, carentes de uma maior proteção, é o Direito Penal o ramo do Direito encarregado de zelar pela sua integridade. Isto se explica pela natureza da sanção penal, dotada de um caráter mais gravoso que a sanção civil ou administrativa. O caráter especialmente aflitivo da sanção penal revela-se sobretudo na possibilidade de imposição das chamadas penas privativas de liberdade. Explica-se, assim, a necessidade da existência do Direito Penal pela insuficiência dos outros ramos do Direito em proteger os mais valiosos bens jurídicos existentes.³

³ Segundo Francisco de Assis Toledo, "bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais" (PRINCÍPIOS BÁSICOS DE DIREITO PENAL; pág.17). Ensina Aníbal Bruno que "o fato que se apresenta como contrário à norma de Direito, porque ofende ou põe em perigo o objeto de sua proteção, forma o ilícito jurídico, cuja espécie mais grave é o ilícito penal, que viola as mais fundamentais entre as leis da convivência. É este ilícito que se concretiza nos chamados fatos puníveis - crimes e contravenções. Compreende-se, então, que o Estado se arme contra esses fatos com a mais severa das sanções, que é a pena, e procure, por meio dessa e de outras medidas, combatê-los, prevenindo-os ou reprimindo-os, por necessidade de defesa social. Defesa que se resolve, em suma, na proteção de bens jurídicos essenciais, de condição que a vida coletiva reclama que sejam respeitadas e por isso recebem a tutela do Direito" (DIREITO PENAL; pág.25).

Saliente-se que os bens jurídicos, resguardados pelo Direito Penal, possuem, ao lado da individual, uma dimensão coletiva, ou seja, eles não são garantidos apenas por serem valiosos para o seu titular, mas, porque sua proteção é vista como necessária por toda a sociedade. Jamais o Direito Penal garantiria a integridade do patrimônio de um indivíduo se inexistisse um sentimento coletivo de que a proteção das coisas é relevante e merecedora de especiais cuidados. Quando a norma incriminadora prevê determinada pena a quem ofender à integridade física de outrem, não pretende com isso atentar apenas para o interesse do ofendido, mas estender o manto de sua influência sobre a sociedade toda, de modo a cumprir a sua função preventiva e exemplar, atemorizando os possíveis delinquentes e fazendo o infrator enxergar que, voltando a delinquir, sofrerá os rigores da lei. Desse modo, o Direito Penal cumpre a sua finalidade, pois protege um bem jurídico valioso e, mais amplamente, defende a sociedade, proporcionando segurança aos membros da coletividade. Exerce, assim, a função política de garantir a integridade da sociedade organizada em forma de Estado. Nesse sentido, afirma Aníbal Bruno:

"O fim do Direito Penal é, portanto, a **defesa da sociedade pela proteção dos bens jurídicos fundamentais** como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública, etc., entendendo-se por bem jurídico, conforme o conceito de Von Liszt, tudo o que pode satisfazer uma necessidade humana e, nesse sentido, é tutelado pelo Direito. **São interesses fundamentais do indivíduo e da sociedade, que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes elevam à catego-**

ria de bens jurídicos, julgando-os merecedores da tutela do Direito, ou, em particular, da tutela mais severa do Direito Penal. Interesses de valor permanente, como a vida, a liberdade, a honra; ou variável, segundo a estrutura da sociedade ou as concepções de vida em determinado momento.”⁴ (grifos nossos).

E é justamente porque o Direito Penal não protege todos os bens jurídicos, mas, apenas os essenciais que a doutrina afirma ter ele um **caráter fragmentário**.⁵

3. O Princípio da Insignificância.

Segundo Diomar Ackel Filho, o princípio da insignificância é “aquele que permite infirmar a tipicidade dos fatos que, por sua inexpressividade constituem ações de bagatela, despidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois, como irrelevantes. A tais ações, falta o juízo de censura penal.”⁶ Temos assim a noção de que os fatos inexpressivos, insignificantes, são destituídos de reprovabilidade, o que exclui a tipicidade, descaracterizando-os como crimes.⁷ E é essa a concepção predominante na doutrina. O simples fato da norma penal proteger determinado bem jurídico torna-o, em princípio, relevante. Porém, graças ao prin-

⁴ Bruno, Aníbal; Op.Cit.; págs. 28/30.

⁵ ver, por exemplo, Mirabete, Júlio Fabbrini; MANUAL DE DIREITO PENAL; pág. 23.

⁶ Princípio da Insignificância: Geringfügigkeits Prinzip no idioma alemão. Ackel Filho, Diomar; *O Princípio da Insignificância no Direito Penal*; pág. 73.

⁷ Diz Heleno Cláudio Fragoso que “desde logo se deve excluir do sistema penal a denominada criminalidade de bagatela e os fatos puníveis que se situam puramente na ordem moral. A intervenção punitiva só se legitima para assegurar a ordem externa.” LIÇÕES DE DIREITO PENAL; pág. 03.

cípio da insignificância, permite-se ao Judiciário e ao Ministério Público renunciar ao *jus accusationis e ao jus perseguendi in judicio*, desde que a lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido pela lei penal não tenha ocorrido, ou, mesmo na hipótese de ter ocorrido, revele-se muito pequena. Por tal razão, afirma Carlos Frederico Pereira que, “se a lesão não existe ou é insignificante, o tipo penal não se configura”, concluindo que “não se concebe a existência do crime se não há ofensa ao bem jurídico.”⁸

Esclareça-se que, independentemente da insignificância da lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico no campo penal, em nada obsta ao agente suportar as conseqüências de sua conduta no plano civil ou administrativo, por exemplo.

A finalidade do princípio da insignificância é a de evitar a prática de injustiças decorrentes de uma aplicação rígida da lei, quando a ação não acarretar qualquer conseqüência em termos penais. Mesmo aparentemente típica, na medida em que haveria formalmente uma adequação completa do fato ao tipo penal, a conduta do agente, em face do princípio da insignificância, não seria criminosa. Sendo irrelevante o resultado, em termos substantivos, por não ter sido afetado de modo significativo o bem jurídico, estaria excluída a tipicidade. A respeito, saliente-se o entendimento doutrinário no sentido de que o tipo “possui conteúdo material, incluindo aí o bem jurídico e a necessidade de que a ação humana seja apta a lesioná-lo sem o que não haverá tipicidade (tipo do injusto).”⁹

⁸ Pereira, Carlos Frederico; *O Conceito de Bem Jurídico e o Princípio da Insignificância*; pág. 50.

⁹ Toledo, Francisco de Assis, Apud Pereira, Carlos Frederico; Op.Cit.; pág. 49.

Exemplifica Mirabete, elencando situações em que estaria excluída a tipicidade da conduta em face do princípio da insignificância:

“Não há crime de dano ou furto quando a coisa alheia não tem qualquer significação para o proprietário da coisa; não existe contrabando na posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, que não cause uma lesão de certa expressão para o fisco; não há peculato quando o servidor público se apropria de ninharias do Estado (folhas de papel, caneta esferográfica etc.); não há crime contra a honra quando não se afeta significativamente a dignidade, a reputação, a honra de outrem; não há lesão corporal em pequenos danos à integridade física; não há maus tratos quando não se ocasiona prejuízo considerável ao bem-estar corporal; não há corrupção passiva quando o funcionário aceita um “mimo” de pequena expressão econômica, etc.”¹⁰

Observe-se ainda que a doutrina, apesar de enfocar predominantemente a insignificância sob o prisma da tipicidade, também a encara como causa que afasta a antijuridicidade. Ackel Filho, por exemplo, classifica a insignificância em absoluta e relativa. A primeira excluiria a tipicidade em virtude do fato ser ínfimo, inexistindo, assim, a reprovabilidade. Na segunda o fato insignificante seria formalmente típico, o que ensejaria a exclusão da antijuridicidade.¹¹

¹⁰ Mirabete, Júlio Fabbrini; Op.Cit.; págs. 113 e 114. Também jurisprudência coligida por Diomar Ackel Filho; Op.Cit.; págs. 94 e 95.

¹¹ Ackel Filho, Diomar; Op.Cit.; pág. 76. Pereira, Carlos Eduardo; Op.Cit.; pág. 50. “A insignificância no tipo indiciário se manifesta, como visto de regra na antijuridicidade material, pois é esta que contém o bem jurídico e exige sua lesão e acima de tudo que seja significativa, sem o que não se poderá conceber a existência de crime.”

Carlos Ismar Baraldi menciona algumas posturas teóricas que favorecem, à descriminalização das condutas, dentre elas, a teoria da adequação social de Welzel.

De fato, a teoria da adequação social possui vários pontos de contato com o princípio da insignificância. Cito apenas dois, por possuírem maior relevo para este trabalho.

A idéia força da teoria da adequação social é a de que existe um espaço de liberdade social onde a atividade do indivíduo é considerada lícita. Daí, pode-se dizer que “ações socialmente adequadas significam ações que, não contrastando com as exigências, os aspectos, as características, os fins da vida social num determinado momento histórico, não deveriam ser considerados como correspondentes a uma abstrata espécie delituosa, ainda se formalmente a ela pudessem ser reportadas.”¹²

Seriam condutas que, independentemente de serem exemplares, estariam inseridas no âmbito da liberdade conferida aos indivíduos pela sociedade.¹³

Assim, em face da adequação social, certas condutas aparentemente típicas, na verdade, não o são. De passagem, merece menção o fato de Welzel ter reformulado posteriormente a teoria da adequação so-

¹² Bettiol, Giuseppe; DIREITO PENAL. vol. 1.; págs. 353 e 354.

¹³ Francisco de Assis Toledo diz que “podem as condutas socialmente adequadas não ser modelares, de um ponto de vista ético. Delas se exige apenas que se situem dentro da moldura do comportamento permitido ou, na expressão textual de Welzel, dentro do quadro de liberdade da ação social (... im Rahmen der sozialen Handlungsfreiheit), o que, em última análise, como bem observa Mir Puig, se reduz a esta afirmação apodítica: ‘não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto’”. Toledo, Francisco de Assis; Op.Cit.; pág. 132.

cial, entendendo que a ação socialmente adequada impediria apenas a tipicidade de desempenhar o papel de indício da antijuridicidade.

A primeira semelhança entre as teorias da adequação social e da insignificância reside no fato de que ambas constituem pauta de conduta para a interpretação realizada pelo profissional do Direito. A respeito, entende a doutrina que o princípio da insignificância, do mesmo modo que a ação socialmente adequada, deve “ser adotado no Direito pátrio como regra de interpretação pelo juiz, desde o despacho de recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa, até a sentença final.”¹⁴ Assim, sugere Ackel Filho, nas hipóteses em que a insignificância seja relativa, “como há tipicidade, pode-se invocar a analogia *in bonam partem* para integrar a norma penal, como mais uma causa de exclusão da antijuridicidade, decretando-se a absolvição.”¹⁵

A segunda semelhança relevante para este pequeno trabalho decorre do fato de que a teoria da adequação social, assim como o princípio da insignificância, também exclui o caráter criminoso de certos fatos penalmente irrelevantes, desde que a sociedade considere-os não-reprováveis do ponto de vista criminal. Com relação a essa característica da teoria da adequação social, discorre Bettiol:

“A Welzel parece que toda esta série de hipóteses pode ser tranquilamente eliminada do âmbito do direito penal mesmo para fins de um exame meramente formal. **Não já porque de minimus o penalista não se interessa**, mas porque as ações aventadas podem ser consideradas como ações não típicas: **sob a abs-**

¹⁴ Baraldi, Carlos Ismar; *Teoria da Insignificância Penal*; pág. 36.

¹⁵ Ackel Filho, Diomar; *Op. Cit.*; pág. 76.

trata espécie delituosa legal deveriam em verdade recair apenas aquelas ações que constituem verdadeira aberração do significado que a ação humana normalmente admite num determinado momento e num dado ambiente social.”¹⁶

Aí reside a segunda semelhança. Um fato insignificante é, necessariamente, socialmente adequado. Já um fato significativamente lesivo pode ou não sê-lo. No que tange à relação existente entre um fato insignificante e a posição da sociedade a seu respeito, afirma Baraldi: “**essas espécies de delito insignificantes, sem nenhum interesse para a sociedade**, deixam de ser condutas típicas, pela adoção deste princípio, aplicado pelo juiz como regra de interpretação.”¹⁷

4. O Direito Penal Militar e o Princípio da Insignificância.

Por sua própria natureza o princípio da insignificância exige especiais cuidados na sua utilização como regra de hermenêutica.

O princípio da insignificância é construção doutrinária que tem sido acolhida pelos tribunais. Assim, em nosso país, é sobretudo a jurisprudência que vem alicerçando as decisões da 1ª instância quanto à utilização do referido princípio. Desse modo, é de reconhecer-se a inexistência de qualquer contribuição de caráter dogmático na construção de uma prática de sua aplicação.¹⁸

¹⁶ Bettiol, Giuseppe; *Op. Cit.*; págs. 353 e 354.

¹⁷ Baraldi, Carlos Ismar; *Op. Cit.*; pág. 43.

¹⁸ Ackel Filho aconselha: “deve-se agir com cautela, considerando-se insignificante aquilo que realmente o é, sob contemplação objetiva. Em tal particular, o intérprete deve se louvar no critério do *homo medius* para considerar o que razoavelmente pode ser tido como delito de bagatela”. *Op. Cit.*, pág. 75.

A repercussão do problema acima descrito revela-se na possibilidade do surgimento de decisões judiciais díspares e contraditórias além do normal. Aquilo que, em princípio, é natural no mundo jurídico, pluralidade razoável de interpretações do Direito, corre o risco de tornar a norma penal volúvel no desempenho do papel de proteção de bens jurídicos relevantes. Neste sentido, a aplicação do princípio da insignificância por parte de membros do Ministério Público e da Magistratura Militar, mesmo não devendo ser descartada já que possui inegável utilidade na concretização da justiça, deve atentar para alguns aspectos que consideramos especialmente importantes.

Desde logo, é a própria realidade concernente ao funcionamento da Justiça Militar Federal que nos leva a crer que o princípio da insignificância pode ser melhor aplicado em sua esfera do que no âmbito da Justiça Militar Estadual e Justiças Comuns Estadual e Federal. Ao contrário destas últimas, a Justiça Militar Federal lida com um número bem mais adequado de processos. Um dos argumentos que vem sendo utilizado para justificar o uso indiscriminado do princípio da insignificância é precisamente a excessiva carga de trabalho representada por centenas e, às vezes, milhares de processos que tramitam nas varas do Judiciário como um todo. Diante de problema de tal magnitude, torna-se grande a tentação de não enfrentar situações onde ocorrem lesões menos graves, sobretudo, a bens jurídicos de menor importância na escala das leis penais. Desse modo, aplica-se inadequadamente, o princípio recorrendo a uma justificativa de inegável importância prática: o acúmulo de processos. Tal risco não corre a Justiça Militar Federal por encontrarem-se juízes e membros do Ministério Público em melhores condi-

ções de trabalho para analisarem, satisfatoriamente, os fatos à luz do princípio da insignificância.

Por outro lado, o princípio da insignificância encontra-se, a meu ver, limitado muitas vezes pela própria norma penal. Daí não poder ser utilizado *contra legem*. Nessa hipótese, resta apenas ao operador do Direito o uso alternativo do Direito caso entenda poder fazê-lo. Nos crimes leves, por sua própria natureza, é grande o impulso de se aplicar, automaticamente, o princípio da insignificância, o que nos parece inadequado. Nos crimes que prevêm a repressão à prática de lesões leves por sua própria natureza, lesões de pequena gravidade cuja prática o próprio legislador optou punir através da criação de norma penal incriminadora, não nos parece cabível a utilização do princípio da insignificância, por tal motivo, sob pena dos aplicadores do Direito passarem também a criá-lo, tornando-se legisladores de fato. Prevista expressamente lesão levíssima a bem jurídico protegido pela norma penal, logo, bem jurídico valioso em maior ou menor grau, cabe tão-somente a aplicação da pena nos moldes estabelecidos em lei. Nada mais. Neste sentido, deve-se resistir ao impulso de confundir lesão levíssima ao bem jurídico, prevista em lei, como passível de redundar em punição a seu autor e lesão insignificante, abrangida pelo princípio da insignificância e, por isso mesmo, atípica.

Para uma correta aplicação do princípio da insignificância no âmbito da Justiça Militar deve-se atentar, também, para as peculiaridades dessa justiça especial.

A lei penal militar possui importantes diferenças em relação à da lei penal comum. Decorrem tais diferenças da condição de militar da maioria dos seus des-

tinatários. A norma penal militar é, em geral, mais rigorosa que a norma penal comum. Tal característica decorre do fato de possuir um conteúdo eminentemente disciplinar, o que não ocorre com as leis penais comuns. A natureza disciplinar das sanções penais existentes no Código Penal Militar está presente, sobretudo, mas não apenas, nos crimes propriamente militares, ou seja, naqueles que só por militares podem ser praticados. Mas, também, os crimes impropriamente militares possuem igualmente, mesmo de forma secundária, um conteúdo disciplinar na medida em que podem vir a ser praticados por pessoas investidas na condição de militar. A importância do caráter disciplinar das sanções previstas no Código Penal Militar é ressaltada por toda a doutrina. Vejam-se, como exemplo, Sílvio Martins Teixeira e Jorge Alberto Romeiro, cujos comentários, sobre esta matéria, tomo a liberdade de transcrevê-los a seguir:

“No rol e na definição dos crimes propriamente militares, procuramos atender, sobretudo, à necessidade do fortalecimento da hierarquia e da disciplina”.¹⁹

“A preservação dessa ordem jurídica militar, onde preponderam **a hierarquia e a disciplina**, exige obviamente do Estado, minando a seus possíveis violadores, um elenco de sanções de naturezas diversas, de acordo com os diferentes bens tutelados: administrativas, disciplinares, **penais**, etc.” (grifos nossos).²⁰

Por força de sua especial natureza, o Direito Penal Militar obriga a aplicação do princípio da insignificância com maior parcimônia. Condutas que podem

¹⁹ Teixeira, Sílvio Martins; NOVO CÓDIGO PENAL MILITAR DO BRASIL; pág. 25.

²⁰ Romeiro, Jorge Alberto; CURSO DE DIREITO PENAL MILITAR: Parte Geral; pág. 1.

ser consideradas “de bagatela” perante o Direito Penal Comum não o são perante o Direito Penal Militar justamente pela necessidade de manutenção da disciplina e hierarquia militares. Desrespeitando-se a hierarquia através da aplicação errônea ou açodada do princípio da insignificância, o aplicador da lei estará estimulando futuras condutas desobedientes por parte do infrator, terminando por vulnerar as próprias instituições militares, afetando-as na capacidade de cumprir eficazmente o seu papel constitucional.

São inúmeros os exemplos de condutas, socialmente aceitáveis fora dos quartéis, lesando de modo insignificante certos bens jurídicos, merecerem a reprovabilidade das leis penais militares. O delito capitulado no art. 157, “caput”, do Código Penal Militar, por exemplo, define a forma simples de “violência contra superior”. Na legislação penal comum, o referido delito, salvo melhor juízo, corresponde à contravenção penal prevista no art. 21: “praticar vias de fato contra alguém”. Diante da necessidade de manutenção da hierarquia militar e da disciplina nos quartéis, é evidente que a aplicação do princípio da insignificância, na hipótese de infringência do preceito contido no art. 157, “caput” do Código Penal Militar, será bem mais difícil que diante de condutas como as previstas no art. 21 da LCP. No mesmo sentido a prática de lesões corporais levíssimas, tais como as que importem em escoriações insignificantes ou pequeníssimas contusões, provocadas dolosamente podendo ser objeto de análise, sob o princípio da insignificância no Direito Penal Comum, não o será facilmente à luz do Direito Penal Militar sem que acarrete conseqüências danosas do ponto de vista da hierarquia e disciplina militares. No mesmo sentido outros delitos como desacato, de-

sobediência, etc. Aliás, já decidiu o Superior Tribunal Militar no tocante ao delito previsto no art. 290, "caput" do Código Penal Militar que: "**a circunstância de ser mínima a quantidade de maconha em poder do acusado não descaracteriza o crime tipificado no art. 290 do CPM**" (STM, AC nº0473815, j. em 02.03.95, DJ 18.04.95, Rel Ministro Aldo da Silva Fagundes).

Além disso, o grau de reprovabilidade das condutas aparentemente insignificantes ou realmente insignificantes para o *homo medius* (se quisermos utilizar conceito tão vago) é distinto do existente entre os integrantes das Forças Armadas. O que é socialmente aceitável entre civis muitas vezes merece a mais profunda repulsa da sociedade militar, fazendo com que um fato desinteressante do ponto de vista penal comum ofenda interesses muito relevantes sob a ótica militar. Também para este aspecto, deve estar atento o representante do Ministério Público Militar.

Em conclusão, entendemos que, não obstante a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no âmbito da Justiça Militar pelo Ministério Público Militar, deve ele ser utilizado com especial cautela e precauções em função das limitações impostas por uma das finalidades essenciais da legislação penal militar: a preservação da disciplina e hierarquia nas Forças Armadas.

ENSAIO SOBRE A TEORIA DO FATO DANOSO

SYLVIO NEVES BAPTISTA

Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito do Recife. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados de Pernambuco.

§ 1º - DO FATO JURÍDICO EM GERAL

A norma jurídica contém supostos jurídicos de cuja realização depende o surgimento de poderes e deveres. A chamada "lei da causalidade jurídica" de F. Schreier ⁽¹⁾ - sem querer reproduzir o paralelo que ele estabeleceu entre a lei natural e a norma jurídica - mostra que a norma não gera por si só efeito jurídico, pois enquanto o suposto jurídico não se realiza, a norma não passa do plano hipotético.

Pode ocorrer, e muitas vezes ocorre, que o suposto jurídico jamais venha efetivar-se. Isso não significa porém que existam normas jurídicas "abstratas", dado que todas elas são "concretas" e com conteúdos determinados, no sentido de que a vinculação da norma jurídica não pode separar-se do seu conteúdo, como falou Henkel ⁽²⁾, mas é que a norma não produzirá qualquer efeito se o suposto jurídico idealizado não for preenchido.

(1) - F. SCHREIER, *Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho*, tradução de E. Garcia Maynes, pág.146, Ed. Nacional, México, 1975.

(2) - in LOPES CALERA, *La Estructura Lógico-Real de la Norma Jurídica*, pág. 108, Editora Nacional, Madrid, 1969.

É a realização do suposto jurídico que constitui o **fato jurídico**. Noutras palavras, o fato jurídico é o acontecimento previsto na norma para o nascimento, modificação ou extinção de situações jurídicas.

Nesse sentido interpreta-se modernamente a velha máxima *ex facto oritur jus*: é do fato (jurídico) que se origina o direito (no sentido eficaz). “Todo fato que produz efeito jurídico de qualquer classe, escreve Von Tuhr,⁽³⁾ denomina-se fato juridicamente relevante, ou dotado de eficácia jurídica, ou simplesmente, jurídico, em contraposição com a massa de fatos que são irrelevantes para o direito. Enquanto na natureza cada fato tem seu efeito, o direito por ser uma criação livre do homem, elege antes os fatos ou o conjunto de fatos aos quais atribui efeitos jurídicos”. Quando se fala de fato jurídico como o “acontecimento” a que o ordenamento atribui efeito jurídico não se alude apenas ao fato natural ou humano, porquanto o termo está aí com um vasto conteúdo abrangente, não só do fato material, natural ou humano, mas também de situações, estados ou qualquer circunstância que tenham interesse jurídico, tudo de forma simples ou combinada. Até mesmo a consequência, numa cadeia de relações, pode representar o suposto de outra consequência e assim por diante⁽⁴⁾. A suposição normativa, além disso, pode estar prevista em lei, ou em ato jurídico, conforme venha servir respectivamente para a normatização genérica ou específica.

(3) - A. VON TUHR, *Derecho Civil*, vol. II. pág. 07, e citação de Zitelmann, trad. espanhola de Tito Ravà, Editorial Delpama, Buenos Aires, 1947.

(4) - ARTURO ORGAZ, *Hechos y Actos o Negocios Jurídicos*, pág. 14, Victor Zavalia Editor, Buenos Aires, 1963. Cf. também MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Teoria do Fato Jurídico* pág. 73 e segs., Saraiva, São Paulo, 1985.

Por outro lado, ainda que produzida a eficácia jurídica, surgindo poderes para uns e deveres para outros, esses poderes podem ser exercitados ou não, e os deveres jurídicos cumpridos ou não cumpridos. Por isso, convém distinguir os dois tipos de consequência jurídica: a consequência **anexa**, que compreende a formação de poderes e deveres e a consequência **reflexa**, que consiste no exercício do poder e cumprimento do dever.

A conexão entre o suposto jurídico e o fato jurídico é **eventual**, de vez que o suposto pode realizar-se ou não. No entanto, o enlace entre o fato jurídico e a consequência jurídica é **necessário**, pois dado o fato jurídico, surgem necessariamente poderes e deveres jurídicos, isto é: produz-se a consequência jurídica. Porém o vínculo que se estabelece entre a consequência jurídica (**consequência anexa**) e a sua concretização prática e efetiva (**consequência reflexa**) é de natureza **eventual**, porque o titular, de um modo geral, pode deixar de exercitar o direito ou o obrigado de cumprir o dever⁽⁵⁾. Dispõe, por exemplo, o art. 159 do Código Civil que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo o outrem, fica obrigado a reparar o dano”. O suposto (ação ou omissão que viola direito ou causa prejuízo a outrem) pode realizar-se ou não; mas se o suposto jurídico se realiza, ou seja, no caso, se houver direito violado ou o prejuízo de alguém, fatalmente produz-se a consequência jurídica que consiste de um lado, na pretensão de exigir a reparação, e de outro, na obrigação de reparar o dano. Todavia, não obstante, a

(5) - E. GARCIA MAYNEZ, *Introducción ao Estudio del Derecho*, pág. 175, 17ª Edição, Editorial Porrúa, México, 1970.

criação de poderes e deveres, eles podem eventualmente não ser exercitados ou cumpridos; pode ocorrer, no exemplo do art. 159, que a indenização não venha por qualquer motivo a ser paga, ou porque o credor da indenização deixou de exercitar seu direito ao crédito, ou porque o devedor não quis ou não tinha recursos materiais para saldar o compromisso.

§ 2º – DEFINIÇÃO DO DANO

Feitas essas considerações preliminares, podemos definir o dano como o fato jurídico causador de prejuízo ou violador do direito de outrem, em virtude do qual o ordenamento atribui a alguém o dever de reparação, quer tenha sido o prejuízo ou a violação do direito causado por um fato lícito ou ilícito.⁽⁶⁾

No sentido vulgar de prejuízo material ou moral sofrido por alguém, o dano é um fenômeno físico ou social que pode ou não ser valorado pela ordem jurídica: pode transformar-se em hipótese normativa ou não ultrapassar o chamado mundo fáctico. Quando passa a integrar o suposto jurídico da norma por ter sido eleito pelo ordenamento, qualifica-se o dano como “fenômeno” jurídico. Porém não basta a simples previsão hi-

(6) – A. DE CUPIS, *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad*, pág. 122; L. BARASSI, *La Teoría Generale delle Obligazioni*, vol. II, pág. 657, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1946; T. BRASIELLO, *I Limiti della Responsabilità per Danni nel Nuovo Sistema Legislativo Italiano*, pág. 304, 3ª ed., A. Morano Editore, Napoli, 1942; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, pág. 220, 18ª ed., Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1971. H. LAFAILLE confunde os conceitos de prejuízo com indenização ao definir aquele com “la compensación a que tiene derecho el acreedor por el desmedro sufrido en sus bienes y por la utilidad dejada de percibir, a causa del incumplimiento de la obligación por el deudor” (*Curso de Obligaciones*, tomo I, págs. 117 e 118, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1926).

potética do dano para que se opere a consequência, porquanto, a fim de que esta se produza, é preciso que o suposto jurídico do dano se realize efetivamente. A realização do fato jurídico danoso é que gera a eficácia da responsabilidade civil. “Aparecendo como fato jurídico, o dano não perde sua própria essência física, escreve A. de Cupis⁽⁷⁾”, pois a esta se acrescenta a jurídica. Dois elementos contribuem para integrar sua estrutura: o **primeiro** – o elemento material ou substancial, que representa o núcleo interior e que consiste no fato físico (fato considerado tanto em sua criação, em sua atuação – aspecto dinâmico – como em sua subsistência – aspecto estático); o **segundo** – o elemento formal, que provém da norma jurídica. O efeito jurídico causado pelo dano consiste numa **reação** que o direito facilita para lograr a **repressão** do dano. Age, conseqüentemente, no sentido contrário ao que opera o dano, opondo-se a ele; e com isto, o dano em si considerado no sistema dos fatos jurídicos, fica profundamente caracterizado. O processo de qualificação jurídica dos fatos que assume o direito em sua própria esfera, compreende a determinação de seu específico comportamento jurídico. E o específico comportamento jurídico do dano, no que se diferencia dos outros fatos jurídicos, alcançando uma situação particular, consiste precisamente na produção de tal reação” (Grifos do autor citado).

§ 3º – CATEGORIAS DO FATO DANOSO

O fato danoso não importa só numa ilicitude, podendo em determinados casos representar também fato lícito, ou permitido pelo direito. Isso significa dizer que a reponsabilidade por dano tanto pode resul-

(7) – A. DE CUPIS, *op. cit.* págs. 81 e 83.

tar: **a)** do ato ilícito; **b)** do fato ilícito no sentido estrito, **c)** do ato-fato ilícito, como resultar até mesmo **d)** do fato lícito.

a) A hipótese mais frequente é sem dúvida a da responsabilidade civil pela prática do **ato ilícito**, que tem no art. 159 do Código Civil sua regra fundamental: quem por dolo ou culpa violar direito ou causar prejuízo a alguém, fica obrigado a reparar o dano. Contudo, nem todo ato ilícito gera o dever de ressarcimento, porque a responsabilidade civil decorrente do ato ilícito, não resulta só da atitude ilícita, mas também do agir causador de dano a outrem ⁽⁸⁾.

A lei em geral imputa ao autor material do dano o dever jurídico da reparação. O agente que deu causa ao prejuízo deve arcar com as consequências dessa sua atuação. Mas algumas vezes o direito faz recair a imputação sobre um terceiro, responsabilizando-o pelo fato de outrem, ora exigindo do prejudicado a prova da culpa do responsável (*in vigilando ou in eligendo*), como na hipótese do art. 1523 do Código Civil, ora invertendo o ônus da prova para o imputado, ou ainda presumindo a culpa do terceiro (Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal) ⁽⁹⁾. Com base no princípio da imputabilidade, H. Kelsen ⁽¹⁰⁾ mostra que “a sanção

(8) - Usamos as expressões **ressarcimento** e **indenização** como sinônimas, embora alguns autores prefiram empregar o termo **ressarcimento** para a obrigação derivada do ilícito, e **indenização** para a obrigação decorrente do fato lícito danoso. Cfr. M. BRIGUGLIO, *El Estado de Necesidade en El Derecho Civil*, pág. 06, nota 6, trad. espanhola de Garcia Amigo, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971; A. TRABUCCHI, op. cit. pág. 206.

(9) - F. BRASIELLO, op. cit. pág. 15. ALVINO LIMA, *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*, Forense, 1973.

(10) - H. KELSEN, *Teoria Pura del Derecho* pág. 32 e 33, trad. espanhola de Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1960, Cfr. V. CARBONE, *Il Fatto Danoso nella Responsabilità Civile*, pág. 31, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1969.

prescrita por uma norma jurídica está condicionada por um ato ilícito, mas que ela (a sanção) pode alcançar um indivíduo distinto do autor do ato. Nenhum elemento da conduta daquele contra quem a sanção está dirigida figura entre as condições desta sanção. O indivíduo em questão é somente responsável da conduta de outro e como tal é o objeto da sanção, sem haver sido o autor do ato ilícito ao qual dita sanção é imputada”.

Os atos ilícitos dividem-se em dois grupos: **a)** o da violação dos deveres gerais que não provêm de qualquer relação jurídica entre o agente e o prejudicado (são os delitos do direito civil e do direito penal); **b)** o da violação de deveres oriundos de uma relação jurídica entre o agente e o prejudicado, quer resultem da obrigação de natureza contratual, quer resultem das demais situações jurídicas, como a tutela e a gestão de negócio. Esses atos são também chamados “relativos” porque somente importam ilicitude pela relação jurídica especial em que se encontra o agente ⁽¹¹⁾. Outros dividem os atos ilícitos em **delitos** ou **quase-delitos**, conforme o agente tenha praticado o ato com a intenção deliberada de atingir o resultado (dolo) ou tenha violado direito ou causado prejuízo a alguém por negligência, imprudência ou imperícia (culpa no sentido estrito), embora o conceito de delito e principalmente o de quase-delito, muito se distanciem na atualidade das respectivas noções que deles tinha o direito romano. A distinção hoje só se reveste de interesse teórico, já que o delito e quase-delito recebem atualmente o mesmo tratamento

(11) - A. VON TUHR, op. cit. vol II 1, pág. 136, vol. II, 2, pág. 143.

para fins de avaliar a indenização⁽¹²⁾. (O Código alemão, o suíço das obrigações, o italiano, o brasileiro, como a maioria das legislações modernas, regulam a matéria sem qualquer alusão à distinção entre o delito e quase-delito. O Código Civil argentino, contudo, mantém a diferença nos arts. 1072 e 1109)

A eficácia do ato ilícito é variada, pois pode consistir tanto na obrigação de reparar pecuniariamente o dano, ou no ressarcimento de certos direitos para o prejudicado, como na caducidade dos direitos do agente (art. 395) ou na prestação de garantia.

b) Mas a obrigação de indenizar não deriva apenas do ato ilícito. Estudos recentes sobre a teoria do dano têm demonstrado que a culpa deixou de ser o único critério de fixação da responsabilidade. Toda vez que alguém está obrigado a responder por força maior ou caso fortuito (art. 1058), a responsabilidade civil é originária do **fato ilícito no sentido estrito**, onde a culpa não entra como elemento configurativo da responsabilidade civil, a exemplo da responsabilidade do possuidor de má-fé, nas hipóteses dos artigos 511, 513, 515, 517 do Código Civil; do devedor em mora, ainda que a impossibilidade da prestação resulte do caso fortuito ou força maior, conforme dispõe o art. 957, expressamente destacado pelo art. 1058; do procurador que, apesar da proibição, substabelece os poderes outorgados, mesmo que o prejuízo ao representado tenha

(12) – R. DE RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, págs. 388, trad. portuguesa de ARY DE SANTOS, Saraiva, 1973; R. SALEILLES, *Étude sur la Théorie Générale de L'Obligations* pág. 354, 3ª ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1925), E. GAUDEMET, *Théorie Générale des Obligations*, pág. 296, Sirey, Paris, 1965; ANTÔNIO CHAVES, *Responsabilidade Civil*, págs. 20 a 22, J. Bushatsky editor, São Paulo, 1972; AGUIAR DIAS, *Da Responsabilidade Civil*, vol. III, pág. 339, 5ª edição, Forense, Rio, 1973.

sido causado por caso fortuito (art. 1300, § 1º); a do gestor que havendo iniciado a gestão contra a vontade manifesta ou presumível do interessado, responde pelos prejuízos sofridos pelo dano (art. 1332); a responsabilidade pelo dano proveniente da queda fortuita de objetos de um prédio sobre outro (art. 1529).

c) Outras vezes o dever jurídico de ressarcir prejuízo origina-se do **ato-fato ilícito**. Dentro de uma concepção genérica o ato-fato é o ato que não foi querido pelo agente, ou mesmo se querido, o ordenamento jurídico considera a vontade irrelevante, dado que a ação ou omissão entra no mundo jurídico apenas como fato, resultante deste a sua eficácia. Explica Pontes de Miranda⁽¹³⁾ que, “quando o ato não foi querido, ou se abstrai de ter sido, mas a regra jurídica incide, fazendo-se jurídico e, pois, produtor de eficácia jurídica, não produz negócios jurídicos, nem ato jurídico *stricto sensu*, mas sim atos-fatos jurídicos. Os atos humanos jurisdicizáveis são, portanto, ou declarações de vontade, ou manifestações de vontade (negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*), ou atos-fatos jurídicos. Nesses, a vontade não é a causa deles; a regra jurídica incide sobre eles, **sem ver neles declarações ou manifestações de vontade**; são atos-fatos, atos a que se dá a entrada no mundo jurídico como fatos jurídicos, e não como atos jurídicos” (grifos do autor citado).

Nessa categoria se incluem os casos de responsabilidade fundada na **teoria do risco**, onde muito embora o agente exerça uma atividade de acordo com o seu interesse e sob seu controle, a responsabilidade

(13) – PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo I, págs. 82 e 83; Também CLÓVIS DO COUTO E SILVA, *A Obrigação como Processo* pág. 76, J. Bushatsky Editor, São Paulo, 1976.

civil do mesmo se caracteriza independentemente do elemento culpa ⁽¹⁴⁾.

Aqui a imputabilidade se estabelece entre a ocorrência do dano produzido pelo exercício de atividade especiais, ditas “perigosas”, e o dever jurídico de reparação daquele que exerce a atividade. Demonstra K. Larenz ⁽¹⁵⁾ que para a conexão da responsabilidade basta que o dano tenha sido gerado pela atividade fonte de perigo, sem nenhuma referência acerca do ato.

A doutrina descobriu ao fim do século passado que a pessoa que desempenha uma atuação susceptível de manter uma fonte de perigos para outros, deve arcar com os “riscos” dessa atuação e suportar a responsabilidade proveniente dos danos gerados pelo exercício da atividade. Por isso é que se fala em responsabilidade por risco.

No direito brasileiro situam-se entre os casos de responsabilidade oriunda do ato-fato ilícito, o das estradas de ferro pelos danos que a exploração de suas linhas causar aos proprietários marginais; a dos empregadores pelos acidentes de trabalho experimentados pelos empregados; a responsabilidade do proprietário das aeronaves por danos causados a pessoas em terra, por coisas delas caídas ou prejuízos provenientes de manobras. *De lege ferenda* poderíamos incluir também nessa categoria os danos provocados por animais, posto que no rigor científico, a responsabilidade conseqüente não deveria fundar-se na culpa, nem na

(14) – R. SAVATIER, op. cit. vol. I, pág. 355, SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, vol. 4, pág. 160, Saraiva. São Paulo, 1975.

(15) – K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II, pág. 533, 10ª edição, C.H. Bech'she Verlagsbuchhandlung, Muenchen 1972.

presunção de culpa (*juris tantum ou juris et de jure*), mas, segundo afirma Chironi ⁽¹⁶⁾ no princípio de “que convém que responda pelos fatos ilícitos de que são causa os animais quem explora seus serviços”. Porém o nosso Código Civil preferiu vincular ao ato ilícito a responsabilidade pelos danos causados pelos animais, tanto que se o proprietário do animal provar que o prejuízo causado não decorreu de sua culpa, não estará obrigado a ressarcir o dano, nos exatos termos dos incisos I e IV do art. 1527.

d) A responsabilidade pode derivar-se também de um **fato lícito**, ou seja, o dano, gerador da responsabilidade, constitui em determinados casos, violação permitida pelo ordenamento jurídico. É o dano tolerado, ou “não-antijurídico” como prefere A. de Cupis ⁽¹⁷⁾. Mas a despeito de ser fato tolerado, a lei impõe o dever de reparação por parte de quem se utiliza desse poder de lesão do interesse alheio. Trabucchi ⁽¹⁸⁾ intitula esse dever de reparação de “*responsabilità legali per fatto lecito*”. K Larenz ⁽¹⁹⁾ subdivide o capítulo da “responsabilidade por risco e responsabilidade por violações lícitas” em dois parágrafos: no **primeiro** ele trata da responsabilidade por risco – *die Gefaehrdungshaftung* – no **segundo**, das transgressões lícitas – *die Haftung fuer erlaubte Eingriffe*.

Nessa última categoria do fato danoso a lei admite situações especialíssimas em que o interesse predominante de um venha sobrepor-se ao interesse de outro, impondo a este o dever de “suportar” a ofensa

(16) – in ALVINO LIMA, *Culpa e Risco*, pág. 157, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1960.

(17) – A. DE CUPIS, op. cit. pág. 92.

(18) – A. TRABUCCHI, op. cit. pág. 211 n. 1.

(19) – K. LARENZ, op. cit. vol. II. pág. 533.

ou negando-lhe a faculdade de defesa quando do ataque do ofensor. Em contrapartida o direito oferece ao prejudicado o poder de pleitear indenização pela ofensa tolerada, exigindo o dever de reparação da pessoa que viola o interesse do outro, embora o dano resulte de uma fato permitido pelo ordenamento jurídico. Não é propriamente uma sanção, porém uma mera “compensação” ao titular pelo interesse sacrificado. A obrigação de indenizar surge em razão da autorização legislativa para lesão do interesse de outrem. O fundamento lógico desse dever de reparar e do poder de pleitear a reparação está, como afirma K. Larenz⁽²⁰⁾ na exigência da justiça comutativa, no justo equilíbrio daquele que em defesa do seu interesse lesa o interesse alheio, se bem que de forma permitida – e por isso deve ser indenizado aquele que for compelido a tolerar a violação.

Como exemplos da responsabilidade pelo fato lícito temos a do agente que deteriora ou destrói a coisa alheia a fim de remover perigo iminente (arts. 160, II, 1519, 1520 do Código Civil); a do dono do prédio encravado que deve pagar indenização cabal ao proprietário vizinho que suporta o encargo da passagem forçada (art. 560, 561); a daquele que em proveito agrícola ou industrial canaliza através de prédios rústicos alheios águas que tem direito (art. 567 e parágrafo único); a responsabilidade do proprietário que entra no prédio vizinho quando indispensável à reparação ou limpeza, construção ou reconstrução, bem como quando for preciso decotar cerca ou reparar muro divisório (arts. 587 e 588 § 4º); o direito à indenização daquele que sofre os danos da especificação (arts. 611,

(20) – K. LARENZ, op. cit. vol. II. págs. 561, 562.

612, 613 e 614); o dever que tem o dono da coisa principal de indenizar os proprietários das coisas acessórias confundidas, misturadas ou ajuntadas (art. 615, § 2º); a do proprietário que tendo direito a estrear um imóvel com paredes, cercas, muros, valas ou valados, e a adquirir meação na parede, muro, vala, valado ou cerca do vizinho, tem, por outro lado, o dever de indenizar o vizinho da metade do valor da obra e do terreno por ele utilizado; também tem direito à indenização o editor pelos gastos extraordinários que lícitamente lhe impuserem as alterações da obra pelo autor (art. 71 da Lei nº 5988/73). Trabucchi⁽²¹⁾ cita como hipótese de responsabilidade pelo fato lícito, a decorrente da rutura dos esponsais e da revogação da proposta contratual. Para Pontes de Miranda⁽²²⁾ os exemplos mais expressivos são os que contrapõem o interesse público ao interesse privado: nas desapropriações, nas requisições em tempo de guerra ou comoção intestina, nos prejuízos causados por manobras militares, no sacrifício de animais ou na destruição de gêneros deterioráveis perigosos à saúde pública. Numa palavra, há responsabilidade pelo fato lícito danoso toda vez que a lei, ao mesmo tempo que autoriza a violação do interesse de outrem, atribui ao prejudicado o poder de exigir indenização.

A análise dos casos acima referidos nos permite constatar a relatividade do princípio *nemo damnum facit, nisi qui id facit quod facere jus non habet*, pois, como vimos, o danonem sempre é ato ou fato ilícito. Em certos casos, própria ordem jurídica autoriza o fato danoso, conquanto estabeleça a simultaneidade do ressarcimento.

(21) – A. TRABUCCHI, op. cit. pág. 221, n.1.

(22) – PONTES DE MIRANDA, op. cit. tomo II, pág. 389.

FORMAS ALTERNATIVAS PARA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS

A TRADUÇÃO DA CIDADANIA EM BUSCA DE UMA JUSTIÇA RÁPIDA E ECONÔMICA

Maurício Gomm Santos
Advogado

ARBITRAGEM INTERNACIONAL:

Pretende-se com este trabalho apresentar singelos comentários acerca do estágio de maturidade do instituto da arbitragem internacional entre nós.

Para tanto, dividirei o tema em 4 tópicos:

Sumário

I – Novo cenário internacional: a necessária mudança de mentalidade. II – A arbitragem comercial internacional: saindo da contra-mão da história. III – Considerações no âmbito do Mercosul e o papel do COADEM. IV – O Suporte do Poder Judiciário.

I. NOVO CENÁRIO INTERNACIONAL: A NECESSÁRIA MUDANÇA DE MENTALIDADE

O Sistema Internacional Contemporâneo vem se desenhando através da intensificação de intercâmbios econômicos, da instantaneidade da transmissão de informações e da cada vez maior participação dos Estados em densa rede de Organizações Internacionais de caráter regional ou universal. Estas e outras descrições que possam ser feitas, sobre a realidade em que vivemos, são várias faces de um mesmo fenômeno: a integração dos povos!

Inafastável fruto do processo de integração é, para exemplificar, o aumento considerável nas transações comerciais propiciando, tanto para grandes conglomerados econômicos, como também para pequenas e médias empresas, a conquista ou consolidação de novos mercados. O impacto do MERCOSUL, bem assim o aumento do intercâmbio comercial com países de outros blocos, inegavelmente está a provocar maiores conflitos de natureza jurídica. O recurso à arbitragem revela-se, dentro do contexto, como um instrumento extremamente eficaz para a solução das controvérsias daí advindas.

Como bem resumiu o insigne relator do Projeto de Lei Sobre Arbitragem no Brasil, em palestra proferida na FIEP em meados do ano passado: *“O Brasil está intensificando o seu comércio exterior e ampliando as suas relações econômicas e financeiras, com a abertura econômica que data já de alguns anos. Mais do que isto estamos participando, ativa e fecundamente, de um novo bloco econômico que busca integrar um mercado econômico com países do Cone Sul e, futuramente, com todo o continente americano. Essas questões multilaterais ou bilaterais tendem necessariamente a se expandir, a se intensificar e a se generalizar. Não vejo outra saída para o dinamismo do comércio e das relações financeiras internacionais, que o processo arbitral, em que o Direito Nacional das partes envolvidas pode, sem constrangimentos, ser levado em conta. Esta, aliás, é a solução recomendada pelo Protocolo de Brasília de 17.12.91 para a Solução das Controvérsias no âmbito do Mercosul.”*

Assim, a desejada integração de qualquer país na comunidade negocial internacional há de passar

obrigatoriamente por uma sintonia com os modos correntes de solução de conflitos comerciais, dentre os quais a arbitragem é um de seus instrumentos inarredáveis.

Para que se receba o instituto com a compreensão e importância necessárias, permito-me mencionar dois pontos de ordem cultural que merecem ser objeto de reflexão:

O primeiro diz respeito à mudança da mentalidade da sociedade em geral, em especial da comunidade empresarial, no sentido de afastar a idéia de que os Tribunais arbitrais não de substituir o Poder Judiciário. A arbitragem não tem, aliás nunca teve, a pretensão de substituir ou remediar as eventuais imperfeições do Poder Judiciário. Como costuma dizer o des. Cláudio Vianna, “*não se deve denegrir a imagem do Judiciário para enaltecer as qualidades da arbitragem*”. (Celeridade, sigilo, menor custo, flexibilidade, continuidade, especialidade, etc). Além do mais, o árbitro necessita, em várias ocasiões, de suporte judicial, pois os seus poderes são mais limitados do que os de um juiz togado.

O segundo ponto repousa na necessidade de se perceber que determinada forma alternativa para a solução de litígio, porque **soa** inovadora, merece, ao menos, um crédito de toda a sociedade, mormente, quando esta alternativa não representa uma ofensa aos princípios tradicionais. Entre nós, porque o Juízo Arbitral, tal como previsto no Ordenamento Jurídico, não funciona a contento, nem por isso deva-se rotulá-lo de método anacrônico, inadequado, quando não exótico. A realidade mundial tem provado, com fortes pinceladas, o contrário.

II. A ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL: SAINDO DA CONTRA-MÃO DA HISTÓRIA

Principalmente, ao longo dos últimos anos, tem se reparado uma maior aceitação da arbitragem por parte dos países latino-americanos. Exemplo inconteste é a ratificação da Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais e da Convenção Interamericana Sobre Arbitragem Comercial Internacional realizada no Paraná em 1975. (Brasil, Chile, Colômbia, Argentina, Paraguai, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Paraná, Uruguai, Venezuela).

Ademais, os desenvolvimentos experimentados pelos países que compõem o Pacto Andino, bem como pelos nossos parceiros do Mercosul, aliados à expectativa cada vez mais concreta de uma mudança na legislação brasileira, prova que a América Latina de um modo geral vem considerando (e não poderia ser diferente pelos motivos rapidamente expostos acima) o instituto da arbitragem, com crescente e concreta simpatia.

A propósito, o Congresso Nacional Brasileiro, pelo Decreto Legislativo nº 90, dd. 06.06.95, aprovou o texto da Convenção do Panamá, o qual foi promulgado pelo decreto presidencial nº 1902 de 19.05.96, diante do que se pode afirmar que a referida convenção já se encontra incorporada ao nosso Ordenamento Jurídico, razão pela qual demanda alguns comentários.

Ao contrário da Convenção de Nova Iorque, que sem dúvida consiste no mais bem acordado e universal tratado sobre arbitragem internacional, a Convenção do Panamá é de caráter regional tendo em vista que,

de acordo com seu art. 7º encontra-se aberta à assinatura e ratificação dos Estados Membros da OEA. (Organização dos Estados Americanos).

Tal convenção não menciona as palavras cláusulas compromissórias nem compromisso, mas trata os institutos sob o conceito de *acordo das partes* definindo-o, no art. 1º, “em virtude do qual se obrigam a submeter à decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas, com relação a um negócio mercantil”. A exemplo da maioria das legislações e convenções internacionais, o acordo deve ser por escrito.

O art. 2º contempla a arbitragem institucional, pois a nomeação dos árbitros será feita na forma em que convierem às partes, podendo ser delegada a um terceiro, seja este pessoa física ou jurídica. Quanto às normas procedimentais da arbitragem serão aquelas fixadas por acordo entre as partes e, na sua audiência, de conformidade com as regras da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial.

O art. 4º esclarece que as sentenças arbitrais, quando não impugnáveis segundo a lei ou as normas processuais aplicáveis, terão força de sentença judicial executiva. O art. 5º traz as unanimemente aceitas hipóteses de rejeição ao pedido de homologação para reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira. Vide arts. 38/89 do Projeto de Lei 4018/93 e art. 5º da Convenção de Nova Iorque. Sem dúvida alguma, a ratificação da Convenção do Panamá significa um grande e sólido passo para uma melhor e maior utilização do instituto.

Considerando que foi objeto de consulta quando da elaboração do Projeto de Lei brasileiro, cabe fazer um pequeno registro acerca da Lei Modelo Sobre Ar-

bitragem Comercial Internacional da UNCITRAL. Este padrão legislativo internacional nasceu de discussões de diversos representantes diplomáticos de todos os países membros das Nações Unidas. Vale dizer, representantes de diversos sistemas jurídicos, à maneira da Common Law, do romano-germânico, do religioso, dos socialistas. É inegável, portanto, o seu caráter consensual e universal. O intuito da elaboração de uma Lei Modelo foi o de provocar uma maior uniformização sobre a matéria e tem produzido os resultados esperados. Efetivamente tem ela servido como paradigma ou fonte de pesquisa para todos aqueles que, a exemplo do Brasil, intencionam instituir ou reformar suas leis nacionais sobre arbitragem.

III. CONSIDERAÇÕES NO ÂMBITO DO MERCOSUL E O PAPEL DO COADEM

O Mercosul é um organismo de caráter intergovernamental de alcance regional no âmbito da integração. A arbitragem foi efetivamente contemplada para as controvérsias entre Estados após fracassadas as vias de negociação direta. Trata-se de uma arbitragem internacional, própria do Mercosul, não extensiva diretamente aos particulares, aplicável às contendas entre Estados dentro dos limites indicados no tratado.

O Anexo III, do Tratado de Assunção, dispõe que as controvérsias entre os Estados serão enfrentadas: primeiro por negociações diretas entre os Estados Partes, depois uma intervenção conciliadora do Grupo Mercado Comum e do Conselho do Mercado Comum respectivamente (art. 1).

Quanto aos particulares – pessoas físicas ou jurídicas, não houve previsão expressa no Protocolo de Brasília quanto à forma direta de juízo ou procedimento

arbitral senão mediante a reclamação à Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado Membro onde a parte tenha sua residência habitual ou sede de negócios. (art. 26, I).

De qualquer sorte, iniciativas legislativas comuns amplamente vêm apoiando a solução entre particulares. (Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual de 05.08.94. Protocolo de Cooperação de Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial e Trabalhista e Administrativa, firmado em Las Lenas aos 27.06.92 (Decreto Legislativo nº 55 de 1995).

Uma das conclusões do IV Encontro Internacional de Direito da América do Sul, realizado em Montevideo em Maio de 1995 foi de que *“o acesso das pessoas privadas a um sistema de solução de controvérsias que brinde uma solução justa e oportuna resulta fundamental para a segurança dos particulares e a credibilidade do processo de integração”*.

O protocolo de Outro Preto previu que os Estados Membros efetuarão uma revisão do atual sistema de solução de controvérsias o que implica dizer uma tomada de consciência do caráter provisório do atual sistema.

O PAPEL DO COADEM (COLÉGIOS E ORDEM DOS ADVOGADOS DO MERCOSUL) NO PROCESSO E INTEGRAÇÃO.

O COADEM que congrega advogados dos países integrantes do MERCOSUL nasceu com o objetivo de defender as prerrogativas básicas do advogado em um mercado sem fronteiras.

A primeira reunião realizou-se na cidade de Concórdia/Argentina em Dezembro de 1992 já com a finalidade de estabelecer as bases iniciais para a atuação

dos advogados no processo de integração dos países do Cone Sul. A reunião serviu ainda para detectar a importância da realização de estudos especializados a respeito de variados temas, tais como:

- a) direito à integração;
- b) incumbências profissionais;
- c) sistema de solução de controvérsias;
- d) exercício da profissão de advogado nas distintas jurisdições;
- e) estudo do direito comparado e propostas de unificação legislativa, quando e na extensão possível.

Em 1993, em Assunção, foi oficialmente criado o COADEM que já se encontra reconhecido pela OAB e pelos Colégios de Advogados de nossos parceiros do MERCOSUL.

Recentemente, em reunião realizada na cidade de Buenos Aires foi aprovada a criação do Tribunal Permanente de Conciliação e Arbitragem do COADEM cuja cópia está sendo franqueada aos participantes deste Simpósio.

IV. O SUPORTE DO PODER JUDICIÁRIO

O Brasil, em arbitragens internas, a inserção da cláusula arbitral somente é eficaz após o compromisso arbitral ter sido assinado. A cláusula arbitral não dá margem atualmente a permitir que se excepcione o Juízo Estatal, sendo considerada como um simples *pacto de contrahendo*, cujo cumprimento compulsório só é possível pela via indireta das perdas e danos por uma obrigação de fazer não cumprida. Esta é uma das principais razões pelo desuso da arbitragem entre nós.

Pelo Projeto de Lei nº 4018/93 facultava-se o ingresso no Judiciário com vista a obter o compromisso no lugar da parte relutante. Alguns países que não exigem a formalidade do compromisso autorizam a parte interessada a obtenção da nomeação dos árbitros diretamente pelo Poder Judiciário (v.g. Inglaterra) que se declarará incompetente caso a parte relutante inicie processo judicial.

No campo internacional, o Brasil tem dado guarida a cláusula arbitral como se pode extrair da histórica decisão do STJ, no início da década de 90, no famoso caso “*Lloyds x Ivarans*”. A linha da decisão pode ser resumida da seguinte forma: Contrato internacional que previa recurso à arbitragem através da presença da cláusula compromissória. A arbitragem foi realizada no Brasil e nela as partes participaram ativamente. Quando o laudo foi encaminhado para homologação judicial, em obediência à legislação processual brasileira, uma das partes (a sueumbente) impugnou o pedido de homologação sob o fundamento de que o laudo era nulo visto que inexistente o compromisso assinado pelas partes e duas testemunhas.

Contudo, o laudo foi homologado por sentença o que propiciou recurso de apelação para o TJRJ que lhe deu provimento pois “*a cláusula arbitral não supre o compromisso que é ato formal, constitutivo do Juízo Arbitral.*” Em sede recursal, em decisão memorável, foi reconhecida a validade da instituição do Juízo Arbitral em contatos internacionais, a partir da cláusula compromissória.

O prof. Paulo Borba Casella, em artigo publicado na RT 668/239, pouco após o julgamento, comentou, com muita propriedade, o acerto da decisão do STJ pois *ela consiste num passo altamente significati-*

vo, não somente quanto à viabilidade da utilização e prestígio da arbitragem como modalidade de solução de controvérsias em matéria de comércio internacional, mas também elimina a possibilidade de fraudes legais, como vinha acontecendo em razão de exigências formais estipuladas pela lei brasileira. Tais exigências acabavam por amparar fraudes deliberada e cuidadosamente tramadas. Nestas decisão do STJ, continua o citado professor, “*pode estar colocado o possível marco inicial de radical e extremamente benéfica mudança de orientação do Poder Judiciário, visando a evitar inaceitáveis distorções que, inevitavelmente, decorreriam de interpretação excessivamente formalista da lei, atentando contra os fins, em nome de duvidosa observância dos meios.*”

É de se notar que, como ensina o professor Guido Soares, “*a execução compulsória das sentenças arbitrais não deve ser o elemento fundamental e característico da arbitragem como um todo. O que se verifica, na prática do comércio internacional é que as sentenças arbitrais, em particular, aquelas que contêm uma condenação, são executadas de boa-fé com base no respeito à própria palavra e com receio das sanções de ordem corporativa.*” (RT 642/39)

Merece também destaque, entre nós, o incentivo à arbitragem institucional verificado em diversas passagens do Projeto de Lei nº 4018/93 cuja finalidade, conforme ressaltado por sua comissão relatora, não se restringe ao apoio à implantação e crescimento de instituições arbitrais, mas sobretudo transformá-las em centros de soluções de controvérsias que hoje acabam sendo levadas a entidades estrangeiras. Os exemplos mais significativos são a Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI), a Associação de Arbitragem

Americana (AAA) e a Corte Internacional de Arbitragem de Londres (LCIA).

V – CONCLUSÃO

É das lições do prof. Paulo Casella que encerro este pequeno trabalho. Defendia o renomado doutrinador brasileiro que nossa meta consistia-se em “*superar a curiosa dicotomia que caracterizava a abordagem da arbitragem comercial internacional entre nós, onde se oscila entre o entusiasmo acadêmico e o ceticismo, corroborado pela visão lamentável do não funcionamento na prática.*”

Hoje, temos fortes e concretas razões para afirmar que este quadro faz parte do passado.

“A JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL E SEU PAPEL

DIANTE DAS TRANSFORMAÇÕES NO MUNDO DO TRABALHO”

Eneida Melo Correia de Araújo
Juíza do Trabalho – 6ª Região

Sumário

Apresentação - 1. A Ciência Jurídica como elemento de criação do Direito, 2. O Magistrado no Terceiro Milênio, 3. As transformações sociais no mundo do trabalho: soluções extrajudiciais dos conflitos trabalhistas, 4. Conclusão, 5. Bibliografia

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho objetiva propiciar uma colaboração jurídica em face das transformações no mundo do trabalho.

Mais precisamente, procura-se trazer à discussão o que representa a Justiça do Trabalho no seu papel histórico, voltada para hoje e para o novo milênio.

Neste quadro, será demonstrada a análise acerca da ciência jurídica e sua eficácia, como fonte indireta do direito. É que aquela idéia do Direito por trás da lei, a ser descoberto e que não é, necessariamente, “a vontade do legislador”, faz-se sentir fortemente no Direito do Trabalho. E isso se deve à natureza jurídica desse ramo do direito, ao seu escopo. Constata-se nele o viver da sociedade que impõe a aplicação intensa, irrequieta, renascida de formulações que não se contêm, sempre, no texto legal, ou que já não mais o integram, dada a mutabilidade das relações jurídicas trabalhistas.

Em virtude das graves e crescentes desigualdades e injustiças sociais geradas pelo progresso tecnológico que se abatem sobre os povos, mais precisamente, sobre a classe trabalhadora, é que se tenta mostrar qual deve ser o posicionamento do jurista e, em especial, do magistrado.

O estudioso e aplicador do direito precisa conhecer as necessidades do momento, quais as idéias supralegais que reclamam consideração e estão suficientemente amadurecidas para serem juridicamente aplicadas.

A propósito, a lição de *Karl Engisch*:

“Pondo de parte as idéias preconcebidas, ele tem de considerar-se e sentir como servidor das concepções sociais, éticas e culturais dominantes, não pode pretender ser reacionário, nem revolucionário” (Introdução ao Pensamento Jurídico, pg. 324).

Por fim, não há recusa à abordagem do significado das soluções extrajudiciais dos conflitos trabalhistas no moderno Estado de direito e particularmente, no Brasil, como vertente auxiliar da Justiça do Trabalho nos anos que se avizinham.

Com esse enfoque tríplice, busca-se oferecer uma visão crítica da Justiça do Trabalho, como estamento institucional, das soluções de conflitos trabalhistas sobre o papel que neles desempenha o magistrado, dentro de uma projeção para o novo milênio.

1. A Ciência Jurídica como elemento de criação do Direito

É de opinião corrente, no seio dos estudiosos da Ciência do Direito, a de que a ciência jurídica, ou seja, as opiniões, estudos, pesquisas, pareceres e obras doutrinárias dos juristas e tratadistas, não se constituem

fonte de direito, salvo se determinado ordenamento jurídico reconheça-a como tal.

E, efetivamente, do ponto de vista teórico, nada obsta a que seja possível o acolhimento da Doutrina como fonte formal de Direito, por expressa disposição do Poder Legislativo. Esta é, inclusive, a posição de Legaz Y Lacambra e a de Garcia Maynes.

Realmente, não ocorresse a consagração legislativa da doutrina como fonte formal do Direito e, se pudéssemos admiti-la como tal, seria o mesmo que atribuir aos juristas aquela competência criadora do Direito, da qual são detentores os órgãos especialmente qualificados pela Constituição para esse papel.

A eficácia da ciência do Direito como fonte indireta é indiscutível. Todavia, quer o estudioso do direito, quer os órgãos que o aplicam, quer o próprio Poder Legislativo, inspiram-se reiterada e incessantemente nas concepções jurídicas.

Daí, pode-se afirmar que, embora seja certo ter, em alguns momentos da História, a ciência jurídica acompanhado a legislação, não é menos verdadeiro que esta sofra fortemente as suas influências.

Há de se registrar que todo legislador consciente preocupa-se em colocar o seu trabalho em nível da ciência jurídica do momento histórico em que cria o Direito Positivo.

Essa inspiração da ciência jurídica no trabalho interpretativo dos Juizes e Tribunais também é muito expressiva. Tal ocorre porque a decisão provém de uma exaustiva tarefa de interpretação, na qual o magistrado pesquisa e colhe no interior do sistema jurídico, o preceito que se coaduna ao caso concreto, para sobre ele fazer incidir o direito. Nesse processo lógico-jurídico, absorve o intérprete os elementos da ciência jurídica,

a que o guia em direção à norma mais adequada à espécie sob exame.

Por outro lado, sendo a ciência jurídica uma ciência do espírito, o seu valor na determinação dos princípios gerais do direito é, por igual, relevante, posto que, muitas vezes, em uma hipótese fática, na ausência de norma escrita ou consuetudinária.

Ademais historicamente, a ciência do Direito foi fonte de grande importância. Em Roma, as opiniões de *Paulo, Ulpiano, Papiano, Gayo e Modestino*, por exemplo, eram referendadas como fonte de Direito em certos casos de lacuna.

A ciência jurídica vê, do alto, os fenômenos, estando apta a compreender os fatos e apontar para eles as soluções, de acordo com os objetivos superiores da sociedade e as exigências do chamado bem comum.

Assim, pode-se afirmar que a doutrina atua como elemento relativamente criador, capaz de suprir lacunas existentes no texto legal, e, ao mesmo tempo, exerce função de coordenação e exegese, auxiliando afastar contradições aparentes no bojo do ordenamento jurídico-positivo.

As dúvidas e incertezas que persistem em torno de temas ou de disposições normativas não são insolúveis. Em todos os ramos do saber jurídico e, na própria jurisprudência, temos exemplos de questões que foram alvo de discussões por marco temporal considerável. Finalmente, graças às interferências e colaboração dos que pesquisam o Direito, obteve-se uma resposta satisfatória àquele momento e realidade histórica.

E, quanto mais próxima for a ligação do estudioso do Direito com a realidade social, mais viável será a indicação das possíveis soluções para os conflitos.

As palavras não são dotadas de rigidez intransponível. Na verdade, são elásticas, maleáveis, variando, muitas vezes, de significado, com o transcorrer do tempo e de acordo com a civilização. E, porque assim se apresentam, podem traduzir múltiplas e sucessivas realidades jurídicas.

A par desse aspecto, é inequívoco que a interpretação atenda, igualmente, ao dado de valor e à razão. A liberdade, conferida ao intérprete na busca de norma adequada à hipótese, tem seu limite nos processos lógicos e nas fronteiras traçadas pelo Direito Positivo. A unidade sistemática, a referência ao todo, ao conjunto do ordenamento jurídico é dado inafastável.

É importante ser observado o aspecto objetivo, teleológico de um preceito legal. A lei e o seu conteúdo interno são dinâmicos, suscetíveis de adaptação, por força da necessidade de atender à unidade da ordem jurídica.

Tendo em vista que os atos normativos objetivam a realização de determinado fim social e que o Direito é uma ciência normativa ou finalística, a interpretação deve ser, também teleológica.

Ademais, a preocupação dos fins perseguidos pelo Direito tem sua consagração expressa no Direito Positivo Brasileiro. O art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, dispõe que: “*na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”.

Trata-se de integração da regra hermenêutica ao sistema jurídico positivo.

Pretende, assim, o legislador, que a regra jurídica seja interpretada da maneira que melhor corresponda aos fins sociais e à exigência do bem comum.

E, sem dúvida, a história da Justiça do Trabalho tem plena adequação aos objetivos constitucionais e legais de reservar-lhe o conhecimento das questões e conflitos de trabalho, qualquer que seja a natureza do vínculo jurídico estabelecido entre as partes.

A valorização da força de produção do País atende o interesse social. O Estado e as Categorias Econômica e Profissional são os artífices dessa construção na composição dos objetivos da sociedade.

Em sendo a interpretação um método que conduz a soluções distintas, entre as quais se elege, voluntariamente, uma, a escolhida deve aproximar-se o mais possível dos padrões de Justiça, ainda que relativa.

A harmonia de interpretação com padrões da Justiça realiza-se, quando atendidas as exigências de uma época. E, para atingir tal eficácia deve o intérprete caminhar com o seu povo e sua época, jamais contra eles.

Não poderia ser a tarefa do intérprete deixar de atender aos problemas do presente, apegando-se às soluções jurídicas inadequadas ao momento histórico. Sem dúvida o intérprete pode e deve conhecer a norma melhor e mais intimamente do que o próprio legislador histórico. Isto sucede porque ele se acha inserido numa área de pressões sociais a exigir-lhe respostas sociais que não se configuram em mera formulação teórica, mas em solução de vida.

Conforme ensina *Lourival Vilanova*, em sua obra “Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo”, há uma concepção funcional do ordenamento, tendente a substituir o racionalismo. Isto, porque o ordenamento regra situações sociais concretas, ainda que os esquemas tipificados da norma sejam abstratos. As notas selecionadas no esquema típico são tiradas do concreto existencial, como mostra a experiência sociológica e a histórica.

É nesse contexto que os ideais valorativos do ordenamento jurídico debatem-se, travando luta para harmonizar, segurança e justiça. A segurança, via de regra, inclina-se pela permanência de um padrão de soluções estáveis, repetidas ao longo dos tempos, administráveis do ponto de vista de uma política jurídica. A Justiça busca, sofregamente, alterar as estruturas e as categorias jurídicas sem correspondência com a dinâmica social, redimensionando a sociedade em novas formas de organização.

O próprio *Radbruch*, citado por *Engisch*, às páginas 262/263, da obra “*Introdução ao Pensamento Jurídico*”, diz:

“*Onde a injustiça do Direito Positivo atinge um grau tal que, em face dela, a segurança jurídica, garantida pelo mesmo Direito Positivo, deixa mesmo de ter relevância – num caso deste o Direito Positivo injusto tem de ceder o passo à justiça*”.

A igualdade formal de tratamento conferida a todos os trabalhadores também propicia o resguardo da justiça, quando se permite que possam provocar, fazendo atuar, em questões de trabalho, o mesmo órgão jurisdicional. Configurar-se-ia uma ética comum para todos aqueles que vivem do seu trabalho de forma remunerada, qualquer que seja o regime jurídico e fonte pagadora.

A consagração de um postulado de justiça atende à própria segurança jurídica, harmonizando os dois ideais que nem sempre caminham juntos, embora busquem equilíbrio.

O Direito tenta realizar a Justiça. Esse deve ser o seu objetivo. Não se deve afastar a necessidade de o Direito Positivo ser justo, ainda que a Justiça e o Direito Positivo, conceitualmente, sejam diversos. Em-

bora, operacionalmente, possa a norma legal consagrar injustiças, não deve o sistema jurídico oprimir a sociedade, impedindo a realização do bem comum.

2. O Magistrado no Terceiro Milênio

O atual modelo de Estado brasileiro revela sua consciência acerca da capacidade de definir e solucionar os problemas de uma sociedade multifacetária.

Faltam-lhe, ao lado de um fundamento político institucional sólido, mecanismos representativos das várias camadas sociais.

No campo da atividade jurisdicional as dificuldades são da mesma ordem, o que vem exigindo o aguçamento das pressões em torno da democratização do Poder Judiciário e, portanto, do Estado. Pugna-se pela adoção de um modelo mais evoluído, mais aperfeiçoado e representativo da função jurisdicional.

Existe, no seio da comunidade e da própria magistratura, um razoável consenso de que o acesso à justiça só se viabiliza com o aprimoramento desse quadro institucional.

Daf, vem sendo constatado em alguns ramos do Direito, tais como: do Trabalho, do Consumidor, do Penal (crimes alusivos aos pequenos furtos), no Cível (relações do inquilinato, de família, de posse e de uso da terra), uma tendência nova do judiciário, de reequilíbrio da balança.

Partindo do pressuposto de que as leis são ditadas pelo resultado da correlação das forças dominantes, confronta-se a sociedade com um quadro posto de legalidade. Essa não é de todo má ou injusta, ou mesmo inadequada. Ela oferece espaços à interpretação, recursos à analogia, aos princípios gerais do direito. A ocupação desses pontos deve ser efetivada por uma

interpretação acerca do sistema que se aproxime de padrões de justiça e de equidade perseguidos pela comunidade. É a adequação da regra jurídica às exigências da sociedade, aos fluxos democráticos reinantes. É a pressão teórica e prática do intérprete no sentido de ampliar um privilégio ou restringir uma sanção, ou inversamente, quando o privilégio demonstra ser odioso e a aplicação da sanção restauradora.

Como se vê, não se trata do papel do aplicador do Direito, de simplesmente, captar o sentido dos preceitos expressos no sistema jurídico, ou seja, ir até onde o teor literal do dispositivo autoriza-lhe. O magistrado vai mais adiante: ele recorre, na interpretação, aos princípios de justiça e de liberdade.

É lição do constitucionalista *J.J. Gomes Canotilho* que os defensores do sentido substancial da Constituição devem apelar para valores como a justiça, a liberdade e a igualdade (Direito Constitucional, pág. 199).

Neste quadro, é preciso que a compreensão seja dirigida no sentido de que o Direito não pode ser visto como mero instrumento de poder, fruto de um dado momento histórico.

Como sistema aberto, dinâmico, dotado de incompletude, suscetível a valores, deve o ordenamento jurídico propiciar uma interpretação mais democrática de seu conteúdo.

As antinomias e tensões que existem na ordem jurídica clamam pelo respeito ao princípio democrático da maioria com atenção aos direitos das minorias, bem como exigem o equilíbrio entre preceitos de segurança e justiça. Trata-se de descobrir o direito nas possíveis brechas que o ordenamento jurídico contém e de revelá-lo onde ele se expõe claro.

Paralelamente, é necessário que a nova proposta para o futuro que se aproxima, assegure ao magistrado o exercício efetivo do monopólio jurisdicional, com seus corolários: a independência, a inamovibilidade, a estrita juridicidade e a imparcialidade. Mister se faz, ainda, coibir juizes e tribunais de exceção a primar pela garantia do Juízo Legal.

É valioso, para a reformulação da sociedade e, do direito que a informa, constatar venha o magistrado sendo deslocado, pouco a pouco, do lugar que ocupa, como egresso das classes dominantes para as camadas médias e populares da sociedade. Recente pesquisa elaborada pela Associação dos Magistrados do Brasil revelou um novo perfil do magistrado: um cidadão oriundo das classes médias e até inferiores da população, o qual, através da razoável democratização do acesso ao ensino (universidades públicas, bolsas de estudo fornecidas pelas universidades particulares), pode disputar espaço no quadro – *antes hermético* – do Poder Judiciário.

Esse novo rosto do magistrado brasileiro propicia à ampla população dos marginalizados, dos excluídos, poderem, ainda de forma embrionária, caminhar no sentido de ver realizada a distribuição da justiça.

O magistrado, assim, coloca-se mais sob o controle da sociedade, da opinião pública, do que do próprio Estado, através de seus estamentos. Ele deve caminhar em razão de suas origens, de sua formação cultural, de sua visão política, ao lado do povo.

O compromisso que o cidadão-juiz assume com a justiça impõe-lhe que adapte a lei ao caso, corrigindo ou completando o conteúdo daquela.

O poder criativo do magistrado, muito utilizado nos sistemas anglosaxões, mas visto com reserva nos

de tradição romana, como é o nosso, permite a eliminação de antinomias e lacunas.

Outrossim, não é raro deparar-se, no ordenamento jurídico, com normas abertas ou com regras que significam um compromisso do poder estatal para com as lutas populares. O Direito do Trabalho, por exemplo, acha-se permeado dessas normas, notadamente de nível constitucional, revelando-se como juntas elásticas, verdadeiras autorizações para que o Juízo possa trabalhar pela implementação de uma ordem mais democrática.

O que se propõe para os próximos anos é um exercício crítico de uma função interpretativa, possível de permitir o surgimento de uma nova (diversa) instância jurisdicional. Nesse trabalho, o hermeneuta tem presente que a ordem jurídica consagra desigualdades e o papel crítico do magistrado pode dar ensejo a uma nova jurisprudência. Uma jurisprudência em sintonia com as forças vivas da sociedade, que, por sua pujança imponha a criação de um Direito Positivo fundado em um sentido axiológico agregado à comunidade.

Esta questão que compete ao magistrado dar solução notadamente no milênio que se avizinha, muito tem a ver com o problema da lei injusta. E, seguindo as lições do jurista e Procurador do Trabalho *Atahualpa Fernandes Neto*, entende-se, que a lei injusta “será toda norma legal positiva que não realize ou não permita realizar concretamente a idéia do Direito”. Acrescenta o mestre da Universidade da Amazônia: “*não teriam qualquer caráter juridicamente vinculante – careceriam totalmente de legitimidade e obrigatoriedade – tanto as leis que porventura recusassem a dignidade da personalidade moral a qualquer pessoa, grupo, classe ou raça humana, isto é, que lhes excluíssem a qualidade de sujeitos autônomos de direito – como os direitos e deveres*

implicados pela sua válida integração na comunidade – para os reduzirem a meros objetos de coação política ou administrativa". (in Revista Ltr. 59.-09/1205, "O Direito e a Função do Ministério Público").

Também o ilustre jurista *Karl Engisch*, em sua "Introdução ao Pensamento Jurídico", nos adverte para a questão da lei injusta.

Diz ele:

"A questão da invalidade das leis injustas, impostada com tanta energia depois de 1945, nunca mais até hoje deixou de ser posta – apesar da vinculação expressa do poder executivo e da jurisdição à Lei e ao Direito. Como já vimos, tem-se discutido, mesmo por último, a questão de saber se até as normas constitucionais não poderão ser ineficazes por ofensa ao Direito supralegal, e esta questão foi fundamentalmente respondida no sentido afirmativo tanto pelo Tribunal Federal como pelo Tribunal Constitucional" (pág.274).

O pensamento de *Santo Agostinho*, extraído da obra de *Tomás de Aquino*, "Suma Teologia", in "Textos Clássicos de Filosofia do Direito", ed.1981, pág.21, dirige-se no sentido de que não deve ser considerada lei o que não for justo, com o que o justo faria parte integrante da conceituação da lei.

Platão, em sua obra "Da Lei", também fala: "a verdadeira lei é somente a lei justa".

Amilton Bueno de Carvalho, ressalta: "Desembargadores do Tribunal de Justiça Gaúcho têm reiterado seu compromisso com o justo no caso concreto". (Silvério Joaquim Lopes Neto, RJTR Rgs, 102/467; Oswaldo Proença, RJTJ Rgs, 110/420; Galeno Lacerda, em inúmeras palestras; Cristovam Daiello Moreira, para quem o juiz é o legislador da situação concretizada" ("Magistratura e Direito Alternativo").

E, menciona ainda aquele jurista, que a jurisprudência gaúcha vem decidindo inúmeras vezes, negando a vigência da lei por reputar que a sua aplicação, em caso concreto, não é justa. Daí, traz exemplo de decisões do Tribunal de Alçada, no sentido da descriminalização do jogo do bicho. De acordo com um dos julgados, "o Estado carece de autoridade para punir as contravenções relacionadas com os jogos que ele tolera ou explora", numa explicação de que a lei não pode se divorciar da realidade social" (Julgados dos TARgs, 45/148); a 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça considerou "válido o legado de homem casado à sua concubina", em afronta ao inciso III do art. 1719 do Código Civil. E a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, ainda segundo *Amilton Bueno de Carvalho*, autorizou o casamento de menor de dezessete anos, sob fundamento de que o fazia "sem apego excessivo à literalidade da lei" (RTJT Rgs, 117/387).

Ainda na lição de *Amilton Bueno de Carvalho*, o juiz gaúcho *Sérgio Gischkow Pereira* e o jurista *Luiz Fernando Coelho*, este, autor do livro "Lógica Jurídica e Interpretação das Leis", falam sobre como deve conduzir-se o magistrado em face da lei injusta, no sentido de dar-se prevalência à justiça, o que possibilita ao mesmo corrigir a lei ou declará-la inaplicável. Não se teria, então, uma sentença *contra legem*, pois, sendo a norma jurídica portadora de valoração independente, importa descobri-la no contexto dos demais valores sociais, conduzindo, assim, a norma de direito ao seu lugar no quadro geral. Desta forma, diferentemente do que a hermenêutica tradicional concluiu, uma decisão nesta linha não seria *contra legem*, mas, sim, uma exclusão de valores estranhos que a norma possa

constituir, por parte do juiz, porquanto contrários aos princípios gerais do direito (fls 24).

O magistrado detém não só o papel profissional de perito técnico-jurídico, mas, também, acha-se envolvido, institucionalmente, com uma tarefa de mediação, que não diz respeito apenas ao processo, mas à comunidade. Ele oferece uma visão do direito, uma perspectiva do sistema à sociedade, quando atua no caso concreto. Aí, o papel crítico, a função axiológica do Poder Judiciário.

O resultado do processo não é estranho ao interesse público.

Nele encontra-se em jogo a aplicação da lei e o respeito à vontade coletiva em face da concepção publicista do processo.

A Justiça somente pode advir do trabalho do bom intérprete do Direito, do profissional ético e imbuído do espírito de servir à coletividade.

A propósito lembro o pensamento de *Bernard Schwartz*, de que *a qualidade da Justiça depende mais da qualidade dos homens que aplicam a lei do que do conteúdo da lei aplicada*. “*América Constitucional Law*”, pág.10.

Neste trabalho, a Jurisprudência tem a expressão de um verdadeiro “direito consuetudinário judicial, de natureza normativa”, no dizer de *Spota*. E, conclui que a Jurisprudência, a prática forense, esse Direito que, ao lado dos códigos vai se formando, origina uma inesgotável fonte jurídica, que ora restringe, estende, altera a norma produzida pelo legislador.

O magistrado capta, através da lei, o objetivo do direito, tendo em consideração que este se alicerça no bem comum, na conservação dos mais caros valores humanos, atendendo às exigências sociais e morais que

residem na coletividade, sempre guardando equilíbrio com a segurança jurídica.

O aspecto da segurança jurídica deve ser atendido pelo magistrado. É que, a eterna dialética social a que alude *Betti*, ou seja, a existência de sérios conflitos de interesses deve convencer o magistrado de que não pode suprimi-los do contexto social. Seu papel é o de compô-los processualmente.

Cabe ao Juiz cumprir essa tarefa desprovido de uma postura arbitrária, apoiando-se na correta avaliação oferecida pela realidade social. Debruçar-se sobre tais valores, a par do conhecimento doutrinário e da correta compreensão dos princípios, permite ao magistrado, não só integrar o Direito, como impedir que a Lei mantenha-se inerte, servindo de instrumento de opressão e não de liberdade e de realização da Justiça.

Só desse modo o Direito representará a garantia das condições de vida da sociedade asseguradas pelo poder do Estado, conforme ressalta *Ihering* em “O Fim do Direito”.

No Direito do Trabalho, a Jurisprudência vem se recusando em desempenhar o papel de autômato na aplicação da Lei ao caso concreto. Ciente do permanente drama entre a Lei e o Direito, nesse dualismo, o segundo prepondera sobre o primeiro, uma vez que o Direito não se esgota na obra do legislador.

A Jurisprudência tem sua primeira elaboração no trabalho dos advogados. Complementam a tarefa os pareceres do Ministério Público e as Ações Especiais de competência desse Órgão. Esse conjunto propicia a criação de decisões, fonte de Direito ainda que não sedimentada em Súmulas dos Tribunais.

Parte-se, portanto, da concepção da submissão à Lei, vez que o ordenamento jurídico-positivo não

consagra o Direito livre. A segurança jurídica e a ideologia do Estado de Direito estariam feridos se pudéssemos afastar a previsão legal. Essa sujeição do Juiz à Lei significa sua subordinação ao sentido e ao fim perseguidos pelo Direito. Desta forma, a declaração da vontade da Lei exige uma interpretação pelo magistrado não exclusivamente gramatical, aproximando-se de um ideal de Justiça.

Ensina Karl Engisch na obra já mencionada:

“O jurista se quer dar incidência prática à idéia do Direito (fazê-la vingar), há de prestar ouvido atento à voz do “espírito objetivo”. Ele precisa saber o que as “necessidades atuais” imperiosamente exigem, quais as idéias supralegais que reclamam consideração e estão suficientemente amadurecidas para serem juridicamente aplicadas. Pondo de parte as idéias preconcebidas, ele tem de considerar-se e sentir-se como servidor de concepções sociais éticas e culturais dominantes, não pode pretender ser nem reacionário nem revolucionário”. (Pág 324)

É nesse caminho que os operadores do Direito devem seguir a fim de atenderem às crescentes exigências sociais, num trabalho de interação e cooperação tanto mais ético quanto mais adequado ao aperfeiçoamento das Instituições e da formação de um Direito mais justo.

3. As Transformações Sociais no Mundo do Trabalho: Soluções Extrajudiciais dos Conflitos Trabalhistas.

As soluções extrajudiciais devem ser concebidas como instrumento de Justiça Social no bojo do Estado Democrático.

A percepção de que é possível dirimir conflitos trabalhistas sem a intervenção do Estado, através do Poder Judiciário, atende a compreensão de que devem ser fortalecidas as instituições civis e propiciados o desenvolvimento e autonomia do sindicalismo.

É que os pressupostos de hiposuficiência do trabalhador, enquanto indivíduo que se relaciona com o empregador, não podem ser afastados nem mesmo no mais bem articulado quadro de democracia social.

O papel prevalente, definidor de poder, que o capital detém no Estado capitalista não se atenua diante do contrato individual de trabalho. Diversa, todavia, é a correlação de forças econômicas, sociais e jurídicas, quando nessa mesma relação intervém o sindicato.

Em vários dispositivos, a nossa Constituição Federal realça o valor do trabalho e, por conseqüência, o de uma de suas expressões naturais: o emprego. Assim, é que destaca o trabalho como um dos seus princípios fundamentais, no inciso IV do art. 1º. Mais adiante, no inciso XIII do art. 5º, assegura a liberdade do seu exercício e, finalmente, nos arts. 6º e 7º, dedica-lhe um longo elenco de garantias, objetivando a melhoria das condições sociais.

Todavia, o sistema legal tuitivo brasileiro que o Direito do Trabalho erigiu de forma qualitativa e quantitativamente progressiva, ao longo dos anos, convive com outros preceitos que nos fazem ter presente a existência de um Estado no qual o capital, a livre iniciativa, a propriedade privada e a concorrência também são princípios gerais.

A possibilidade de organizar e compatibilizar capital e trabalho é a tarefa maior, no campo das relações de produção do Estado Democrático, notadamente

quando tem por princípios fundamentais o valor social do trabalho, a dignidade da pessoa humana e a cidadania.

No campo das relações individuais de trabalho, as possíveis soluções extrajudiciais deverão ter como pressuposto o papel ativo do sindicato, sob pena de retrocesso ao Estado liberal do passado, voltando a conferir ao Direito do Trabalho a regulação própria das relações de natureza civil.

As propostas de não-intervenção do Estado, como de resto as de privatização exacerbada atendem a uma retórica liberal, que pretende contrapor o homem, enquanto indivíduo, aos entes coletivos não estatais. Na realidade, é da aglutinação de forças, decorrentes da unidade de interesses, que se acha a pujança das relações de trabalho. E o trabalhador, sujeito de direito, cidadão, não perde sua individualidade ao se integrar a um ente coletivo.

Não se pode perder de vista que o liberalismo ou o neo-liberalismo guiam-se através de regras de mercado, de leis de competição que se põem acima do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana. E o exercício da cidadania, nestes casos, estará na proporção direta do resultado do certame ou disputa no mercado. Ora, perde, ontologicamente, a cidadania o sujeito desprovido de trabalho, a par de ter sua dignidade pessoal aviltada.

Dentro de uma visão de que somente a democracia conduz à paz e à justiça social, é que se compreende a possibilidade de ampliação das formas de soluções dos conflitos de trabalho.

A propósito, ressalta *José Martins Catharino*: os planos de desenvolvimento econômico, em países como o Brasil, exigem a participação do Estado e permanen-

temente dos trabalhadores por intermédio de seus sindicatos. Esclarece, ainda, que a tarefa dos órgãos sindicais deve ser também direcionada na luta contra as forças econômicas capitalistas, principalmente contra os abusos cometidos pelos grandes grupos econômicos e pelas “multinacionais” ou apátridas. Clama por um novo perfil de empresa, não autoritário, sob pena de agravarem-se as contradições entre uma estrutura político-democrática e a econômica, contrárias a um desenvolvimento integral.

No Brasil, há uma prevalência legislativa no Direito do Trabalho, quanto à regulação das relações entre os empregados e empregadores, suas formas estruturais, bem como da aplicabilidade, exegese, criação e reexame dos direitos, em detrimento da autonomia privada. É que o ordenamento segue a linha do sistema jurídico romano-germânico, afastando-se do anglo-saxão.

O sistema jurídico brasileiro igualmente vem adotando, ao longo dos anos, a preferência judicial de solução dos conflitos de trabalho, construindo uma série de normas para reger o processo trabalhista, quer o individual, quer o coletivo.

Em face da abrangência da legislação trabalhista, ela ocupa a regulação quer dos interesses individuais, quer dos interesses coletivos, sejam estes últimos de natureza econômica ou de interpretação.

Ensina a professora *Ada Pellegrini Grinover*: há uma tendência contemporânea de descobrirem-se meios alternativos que atuem como instrumentos de política judiciária. Segundo a insigne jurista, os atuais processualistas trabalham no sentido de viabilizarem, tanto a vertente jurisdicional quanto a extrajudicial. Com relação à primeira, há a preocupação de desformalizar o processo, tornando-o mais simples,

mais rápido, mais econômico, em suma, mais acessível às partes. E no campo extrajudicial, ter-se-ia a desformalização das controvérsias, submetendo-se certos conflitos a meios alternativos, que não sejam exclusivamente processuais. E afirma:

“É assim que a conciliação extrajudicial e a própria conciliação endoprocessual tomam uma importância muito grande, é assim que se tentam reavivar as vias de arbitragem”.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 114, parágrafos 1º e 2º, abriu espaço formal ao instituto de arbitragem nos conflitos coletivos, elegendo, assim, uma forma de autocomposição inicial, sem abdicar, contudo, do pronunciamento judicial, caso malograda a conciliação.

Esta previsão constitucional atribuiu ao chamado “processo negocial”, via arbitramento, a condição de fato de produção jurídica, como, de resto, já conferira força normativa aos acordos e às convenções coletivos.

As soluções extrajudiciais, no processo coletivo, através de acordos e convenções coletivas, com seu caráter vinculante para as partes envolvidas no conflito, significam a libertação do Direito Coletivo da indesejável intervenção permanente do Estado. Deve ser afastado o poder normativo da Justiça do Trabalho na solução dos conflitos coletivos de natureza econômica ou de interesse. O Poder Judiciário poderá interferir quando provocado nos conflitos de natureza interpretativa ou jurídica.

Por seu turno, a adoção da arbitragem, de forma facultativa, não fere o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, haja vista que se trata de uma

modalidade criada para o Direito Coletivo do Trabalho inserida na Lei Maior do País.

A organização Internacional do Trabalho acolhe a arbitragem como sua sistemática oficial.

A inserção nos acordos e convenções de cláusulas prevendo que as partes submetam suas divergências ou conflitos a um árbitro, por elas definido, atende à proposta de democratizar-se as relações de produção, via autonomia das vontades.

No quadro de ampliação das negociações coletivas encontra-se ainda a figura da mediação. Na expressão de *Emílio Morgado Valenzuela*, este método encontra-se “na metade do caminho entre a conciliação e arbitragem”. É que ela detém grande parte das características da conciliação, afastando-se desta, todavia, na medida em que o mediador tem um papel ativo na busca de uma solução consentida pelas partes.

E, com efeito, a mediação geralmente, é posta como uma etapa que se sucede ao processo de conciliação, quando as partes por si mesmas não puderem solucionar o conflito.

A mediação, como ensina *Orlando Gomes*: “*caracteriza-se, assim, por ser um procedimento destituído de força coercitiva de natureza jurídica, podendo, entretanto, ser publicado o relatório do mediador para que as partes sofram as pressões da opinião pública. Sua força coercitiva é de natureza social, só podendo ter êxito em países de opinião influente e vigilante*”.

A expansão das negociações coletivas como forma de solução de conflitos, representa um desafio de crescimento ao próprio sindicalismo. É a perspectiva que se vislumbra do corte do cordão umbilical com o Estado, ao qual vem atrelado, ora por cumplicidade,

ora por conveniência, ora, ainda, pela ausência de liberdade política.

E, ao pretender o sindicato criar este novo direito – fora do Estado, ainda que por ele autorizado – as partes devem ter em conta não só os interesses em causa, mas fatores como a confiança, a posição prevalente de domínio de uma das partes e a capacidade de assumir os riscos.

Ressalte-se que no plano internacional, as Recomendações 98, 154 e 163 da OIT enfatizam a necessidade de ser ampliada a negociação coletiva entre trabalhadores e empresas, seja no âmbito destas últimas, seja em nível nacional.

Há, sem dúvida, a par da posição oficial da OIT, uma tendência nas democracias ocidentais de incentivo à autonomia privada nas soluções dos conflitos de trabalho. Na Itália, Espanha, França, Alemanha e Estados Unidos há uma ênfase dos chamados pactos sociais.

A autonomia privada coletiva, atende, portanto, aos objetivos do Direito Coletivo do Trabalho, criando suas normas, estabelecendo regras que vigorarão nos contratos individuais de trabalho e adotando balizas para solução dos seus conflitos.

A forma estatal de o direito impor-se é, portanto, apenas uma das múltiplas existentes na realidade social.

Na lição de EUGEN EHRLICH, nem todo o direito existente numa sociedade é ditado diretamente pelo Estado. Sem dúvida alguma é o legislador estatal o principal criador de normas jurídicas, sem que possa excluir as outras regras de direito que dispensam a coação estatal pré-estabelecida.

Por sua vez, quanto mais perto estiver a norma posta, pelo Estado, da correspondência com a expressão da cidadania, mais verdadeiramente será capaz de legitimá-lo.

Ressalta, a propósito N.S. TIMACHEFF, na “*Introduction a la Sociologie Juridique*” que a imposição social resultante da convicção ética do grupo é coordenação ética ao passo que não é ética a coordenação que não resulte de uma tal convicção.

Os múltiplos agentes devem buscar a consecução de objetivos que atendam à justiça, à liberdade, à dignidade da pessoa humana, à segurança, à paz e à igualdade de oportunidades.

A perspectiva é a de que o Estado Constitucional, mostrando-se como uma regulamentação jurídica formal e material permita conviver e estimular o deslocamento da criação normativa para outros eixos: sociedade civil, associações, sindicatos, organizações internacionais, assegure que a cidadania e a valorização do trabalho exercitem-se, realizando uma dimensão nova da democracia.

O Estado, com sua lei fundamental jurídica deve atender a um modelo que o legitime, que é o da democracia. E essa exige o pluralismo não só político como jurídico.

Neste quadro, os processos de regulação social ampliam-se e alternam-se, sem que seja alijado o papel formal e material do ente público estatal.

O Estado, com sua carta político-jurídica especialmente delimitada, é um elemento de interação com os outros agentes equivalentes ou alternativos. No Direito do Trabalho, os Sindicatos, as Associações Profissionais, os Comitês de Empresa e a Organização Internacional do Trabalho são alguns desses agentes.

A propósito, ressalta o juiz e professor Antônio Álvares da Silva:

“Os dias modernos criaram mais um quadrante dentro do ordenamento jurídico em que se captam as declarações de vontade do grupo, adaptando-se, assim, a instituição jurídica à tendência vitoriosa do mundo contemporâneo em superpor o coletivo ao individual, o total ao parcial. A participação do grupo na formação da vontade geral e na autoregulação dos seus interesses é a mais significativa conquista do direito contemporâneo e se mostra como único sustentáculo possível para a sobrevivência das democracias ocidentais no sentido de manterem-se os valores que as inspiraram, não relegando a plano secundário os irrenunciáveis e urgentes anseios da justiça social”.

No campo das relações individuais do trabalho, a prevalência deve continuar no sentido das soluções judiciais.

Seguindo o pensamento universal contemporâneo, deve ser incentivada a tentativa de autocomposição no interior das empresas, seja através das comissões internas, fruto de processo eletivo, com a participação do sindicato, seja através de meios que as convenções ou acordos coletivos venham a estabelecer.

Tratar-se-ia da adoção de modalidades extrajudiciais pelas quais seria ampliada a possibilidade do entendimento, renovando-se as relações de produção, democratizando-as, na medida em que trabalhadores e empregadores discutiriam e solucionariam os seus conflitos.

A viabilização de novas medidas para solução dos conflitos trabalhistas já tem instituto similar no processo civil, quando trata do juízo arbitral.

Facultam os arts. 1.072 e 1.102 do CPC a solução da lide a pessoas desinteressadas, não integrantes do poder judiciário.

Adaptando o instituto ao Direito Processual Trabalhista, essas pessoas que atuariam como árbitros poderiam ser os integrantes das comissões internas. Lavrariam um laudo arbitral a ser homologado pelo juiz para só então adquirir força de sentença de mérito.

A arbitragem, constituindo-se em forma de solução de conflitos, é admissível quando se trata de direitos que não estejam intimamente ligados ao próprio modo de ser da pessoa, como os direitos de personalidade, direitos indisponíveis objetiva ou subjetivamente.

A propósito afirmam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco: *“também a arbitragem é facilitada pela lei, a qual disciplina e reconhece a validade dos juízos arbitrais”.*

E, mais adiante: *“...não sendo os árbitros órgãos jurisdicionais, não podem os seus laudos, por si mesmos, ter a mesma força que tem uma sentença (precisam ser homologados pelo juiz competente, o qual lhes empresta a força de sua autoridade). Outra consequência da falta do poder jurisdicional do árbitro é não poder ele realizar a execução de seus próprios laudos, nem impor medidas coercitivas ou cautelares. (v.CPC art. 1.086, I-II)”.*

A preocupação com o direito constitucional de acesso do homem à justiça, ou seja, de o Poder Judiciário apreciar a lesão de direito ou sua mera ameaça devesse ser fundamental para a perspectiva de novas soluções aos conflitos de trabalho.

A garantia do direito geral à Justiça previsto nas constituições dos Estados democráticos enseja a ma-

nifestação de uma das formas do exercício da cidadania, ao mesmo tempo em que assegura o mecanismo de divisão de poderes, permitindo à sociedade dispor de um sistema legal de administração da justiça.

Por seu turno, sua existência acha-se umbilicalmente ligada ao devido processo legal, que traduz não só a possibilidade material de ter o acesso à Justiça da forma mais completa possível.

Assim sendo, para que a sociedade possa dispor de um sistema que lhe permita recorrer ao Poder Judiciário não é legítimo pensar em restringir as possibilidades de acesso.

A amplitude do princípio deve conviver com a possibilidade da composição autônoma, extrajudicial, fruto do convencimento pessoal do cidadão, devidamente assistido.

A inserção da composição extrajudicial no interior da empresa, com a presença do sindicato e de comissão de representantes poderá vir a integrar o quadro geral do direito de acesso à Justiça, na medida em que acolhido como fase preliminar ou requisito prévio, mas não condicionante à ação judicial.

Para tanto, impor-se-ia a inserção no art. 5º da Lei maior do preceito alusivo à composição prévia, facultativa.

De toda sorte é preciso enfatizar o entendimento de que jamais deve ser conferido efeito de coisa julgada às composições extrajudiciais. Esta perspectiva deve ser combatida para que se evite o enfraquecimento do direito constitucional de acesso a Judiciário e ao devido processo legal.

O preceito constitucional alusivo ao direito de obter a tutela jurisdicional não estaria lesado, na medida em que, mediante a lei constitucional, ficasse re-

gulamentada essa via não obrigatória de solução dos conflitos individuais do trabalho, tal como já previsto para a arbitragem no processo coletivo do trabalho e para o juízo arbitral no processo civil.

O fundamental é não se deixar de aliar o princípio da conciliação, exercitado de acordo com todas as condições legais de defesa.

Sem uma previsão constitucional acerca dessa via alternativa, o estabelecimento da negociação obrigatória para o conflito feriria o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. Isto porque a atual Carta Magna, diferentemente da anterior, não consagra a chamada “jurisdição condicionada” ou “instância administrativa de curso forçado”.

Observe-se que a atual Lei Maior somente consagrou a instância administrativa no caso da Justiça Esportiva e, mesmo assim, restringindo às matérias referentes às disciplinas e competências esportivas (art.217, parág.1º).

Especificamente, na esfera do Direito do Trabalho, a Constituição exigiu a negociação prévia, coletiva, antes da provocação do Poder Judiciário (art.114, parág.2º). A par disto facultou aos agentes envolvidos no conflito, cuja negociação malograsse, a eleição de árbitros. Este quadro explica porque, sucessivas vezes, renomados estudiosos do direito expuseram o ponto de vista de que seria inconstitucional o Projeto de Lei nº 3.118/92, na parte alusiva à origem de instância de conciliação prévia e obrigatória.

É certo que compete ao Direito Processual regular os meios, instrumentos e mecanismos que permitam ao cidadão o acesso à justiça. Todavia, o preceito constitucional inserido no art. 5º, inciso XXXV, não

pode ser restringido por lei infraconstitucional. A inobservância da lei à plenitude da extensão material e pessoal do direito à justiça, com o devido processo, poderá ser eivada de inconstitucionalidade.

Qualquer mudança na Constituição Federal no sentido de diminuir o direito de provocar o Poder Judiciário não a legitimaria. É que acima das leis constitucionais acha-se o Direito Internacional. E existe um pensamento universal, o qual revestiu-se de eficácia nas constituições dos países democráticos, de que as instituições jurídicas e os sistemas legais devem criar meios de garantir efetivamente o direito a uma ordem justa. Tem sido a linha doutrinária dominante no direito brasileiro de ampliação de acesso à Justiça.

A propósito, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor Brasileiro traduz o acolhimento pelo sistema jurídico positivo da corrente doutrinária que objetiva o alargamento do direito de o cidadão provocar o Poder Judiciário. O art. 6º, inciso VIII, consagra a facilidade da defesa dos direitos do consumidor, adotando, inclusive, a inversão do ônus da prova, tal como no processo do trabalho. O art. 25 proíbe a estipulação de cláusula contratual que impossibilite, atenuar ou libere a parte da obrigação de indenizar, dispositivo semelhante ao art. 9º da CLT. Estes dispositivos, entre outros, do código aludido, atendem ao postulado do pleno acesso à Justiça.

Na Constituição Federal, os institutos da substituição processual e do mandado de segurança coletivo são exemplos do alargamento do direito de provocar o Judiciário. A utilização da substituição processual, na hipótese de pretensão de tutela de direitos individuais homogêneos em muito contribui, também, para diminuir o acúmulo de processos na Justiça do Trabalho.

Daf, deve ser um instrumento de política judiciária a ser ampliado nos processos do trabalho.

Por sua vez, a autonomia administrativa e financeira, o melhor aparelhamento do Poder Judiciário e a simplificação do processo poderiam atuar como fatores capazes de atender ao princípio do pleno acesso à Justiça.

O fortalecimento do Poder Judiciário, enquanto instituição do Estado democrático deve conviver com a implementação da negociação privada, satisfazendo à perspectiva de soluções extrajudiciais.

A Lei Maior já prevê uma forma atenuada de negociação no Direito Individual do Trabalho. O art. 11 estabelece que, nas empresas com mais de 200 empregados, é assegurada a eleição de representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores. A ampliação dessa representação direta, fruto de eleição, sempre com a participação do sindicato da categoria profissional, conduziria a que o entendimento previsto na Constituição Federal alcançasse a conciliação formal, realizando os interesses dos empregados e empregadores. No Estado de São Paulo, algumas empresas metalúrgicas já possuem comissões de empresa.

É importante não perder de vista que ao Estado cabe assegurar a justiça e dispõe de um poder específico para esse fim. Daf a inequívoca ilegitimidade da pretensão de conferir efeito de coisa julgada às conciliações extrajudiciais, ou, ainda, de conceder ao laudo do árbitro força normativa, independentemente de homologação judicial.

A salvaguarda do princípio universal de acesso ao Judiciário exige do Estado que ponha à disposição do cidadão, com todos os meios, o efetivo direito de

acionar a máquina jurisdicional, promovendo a ampla defesa de suas pretensões, independentemente de sua situação jurídica, econômica ou da crença pessoal na qualidade do trabalho da Justiça.

O jurista e professor *Ivo Dantas*, em sua obra “Constituição Federal – Teoria e Prática”, ao comentar o inciso XXXV, do art. 5º, destaca:

“Assegura-se a todos, indistintamente, o princípio da universalidade da jurisdição, sendo de observar-se, que não é exigível, na conformidade da “garantia”, que já tenha sido consumada uma “lesão” a direito, bastando que se configure uma “ameaça” para que possa o Judiciário ser acionado”.

Mais adiante, o mesmo autor confrontando o referido dispositivo com o anterior, fruto da Carta Magna de 67, com a Emenda de 69, faz realçar a inexistência de jurisdição condicionada. Segundo o professor *Ivo Dantas*, “a Constituição vigente ampliou, portanto, o exercício dessa garantia”.

Tal perspectiva atende à nova visão jurídica da cidadania.

A cidadania, modernamente, deve ser vista como direito do homem deslocando-se do sentido tradicional. Não é outra lição do jurista *IVO DANTAS*, em sua obra “Constituição Federal: Teoria e Prática”, segundo o qual, deve ser a cidadania entendida como a possibilidade não só de gozo pleno dos direitos políticos mas, também, dos individuais e sociais.

Os direitos do homem apresentam-se com um caráter de universalidade e, entre esses direitos despontam a cidadania e valorização do trabalho humano.

Há uma vasta doutrina em torno da compreensão de que esses direitos constituem-se em revelações definidoras do Estado Constitucional de direito.

E a visão da universalização desses direitos pode servir para indicar que esses fenômenos não são típicos da idade contemporânea. Por conterem forte carga ética, são anteriores ao Estado Constitucional de direito, ainda que os pressupostos para sua transformação em direito sejam recentes.

A cidadania e o trabalho do homem com seu correspondente valor social são aspectos que distinguem o Estado democrático, legitimadores do poder político.

Como bem realça o professor da Faculdade de Direito de Coimbra, *J.J. CANOTILHO*, “...presentemente, em face do estatuto positivo e do estatuto negativo do cidadão e, ainda, em razão da nova concepção de um direito geral de personalidade, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice versa.”

Valiosa, igualmente, a perspectiva de *J.J. CALMON DOS PASSOS*, em trabalho intitulado “Cidadania Tutelada” publicado no “Livro de Estudos Jurídicos”, vol.7, acerca da cidadania. Para ele, o cidadão é aquele que é governado sem poder ser oprimido. Segue ele as linhas de *ANDRÉ HARRIOU*, para quem a cidadania aponta para as liberdades políticas e para o direito de auto-determinação. Ainda nesta esteira, ressalta o ilustre jurista brasileiro que ao binômio direitos civis e diretos políticos adere um novo tipo de direitos: os denominados sociais. E, em razão deles, é ampliado o âmbito de cidadania, não mais sendo apenas o direito à participação do poder político mas também o de exigir do Estado as prestações capazes de assegurar ao homem a igualdade substancial.

Assim, o Estado, assegurando ao homem o direito de obter determinadas prestações, fruto de sua responsabilidade, no desempenho de suas funções constitucionais, deve concretizá-las.

E o Estado ao cuidar do trabalho como função social, vedando a despedida imotivada e garantindo o aprimoramento do cidadão, deve, não só realizar esses fins, como abster-se de atentar contra os mesmos.

No caso dos direitos fundamentais sociais alusivos ao trabalho, faculta-se ao cidadão exigir postos de trabalho, preparação profissional e garantia de emprego.

É que a cidadania e o trabalho na medida em que se constituem em direitos fundamentais garantidos pelo Estado, permitem a realização do postulado democrático. A participação de todos os cidadãos, de forma livre, através de partidos, associações, sindicatos, viabiliza a valorização do trabalho, na medida em que se abrem perspectivas de celebração de pactos econômicos, culturais, políticos, sociais. Estes centros novos, alternativos, podem dar ensejo à criação autônoma de regras jurídicas, válidas, independentemente da autorização do Estado, bem como à pressão no sentido de serem inseridos novos direitos no sistema jurídico positivo do Estado.

Por sua vez, a perspectiva de valorização do trabalho humano e o exercício da cidadania, atendem ao princípio do não-retrocesso social. No Direito do Trabalho a observância ao princípio ora mencionado é essencial à garantia da democracia, na medida em que é fundamento do Estado Constitucional democrático de direito o respeito à cidadania e ao valor social do trabalho.

Esse princípio traduz-se na idéia de que certos direitos assegurados aos trabalhadores não podem ser mais alijados do ordenamento jurídico.

É certo que, em determinadas situações históricas, denominadas de crise, podem sofrer os direitos sociais trabalhistas alguma flexibilização, sem que se consagre a reversibilidade dos mesmos. Nomeadamente, o Estado subtraiu do ordenamento jurídico a estabilidade geral (decenal) do empregado. Todavia, manteve outras formas garantidoras de ocupação do trabalhador no emprego: a do dirigente sindical, a decorrente do estado de gestação, a dos representantes dos trabalhadores no Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, a dos aprendizes, a dos membros integrantes de Comissão interna de Prevenção de Acidentes. E, paralelamente, aprovou e ratificou a Convenção nº 158 da OIT, texto jurídico fixador de regras alusivas à terminação da relação de trabalho, por iniciativa do empregador.

E, neste plano, é de relevância ter em conta que os princípios não são normas que permitam ou proibam determinados atos. Sua interpretação deve ser no sentido de que impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica, consoante lição de J.J. CANOTILHO, na obra já citada.

Por sua vez, o princípio do não-retrocesso social, atual no sentido de inibir que o legislador de forma não fundamentada, atendendo a interesses momentâneos de grupos, proceda a uma “contra-revolução social”.

Observa-se, portanto, que a compreensão tradicional, historicamente justificada, de que o Direito do Trabalho é um direito de proteção do trabalhador, ga-

na, nas Constituições democráticas uma nova e mais expressiva configuração.

É que, sendo o trabalho e seu valor social pressupostos do Estado Constitucional democrático e o emprego e sua garantia de direitos fundamentais, o que se protege não é tão-somente o trabalhador (direito tuitivo, de proteção), mas a manutenção da democracia nesses pressupostos assentada.

A incorporação ao Direito Interno (estatal) de direitos internacionais atende, igualmente, a um pacto social entre os Estados. É o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos básicos, nos quais se inserem os trabalhistas.

Na lição de MANUEL ALONSO OLEA, em seu *"Introducción al Derecho del Trabajo"*. As normas gerais do Direito internacional relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que venham a ser reconhecidas e acolhidas pela Constituição de um Estado Membro deverão ser interpretadas de acordo com a Declaração Internacional de Direitos Humanos e os tratados ou acordos internacionais que ratificaram essas matérias.

Os Estados Constitucionais, na atualidade, seguindo as regras traçadas pela Organização Internacional do Trabalho, e, paralelamente, atendendo ao princípio de continuidade da relação de emprego, vêm preservando normas no sentido de só legitimar as despedidas socialmente justificadas.

Há uma idéia de que deve se efetivar uma proteção geral duradoura da relação de trabalho e, assim, a despedida anti-social seria ilegal, com o que se reconheceria o direito fundamental do trabalhador de manter seu emprego.

A questão da segurança do empregado no emprego e a correspondente limitação do direito potestativo de rescisão por parte do empregador são fenômenos fundamentais do mundo atual. Como leciona ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA em "Proteção contra a dispensa na nova Constituição", revela-se o afastamento do emprego numa espécie de *"capitis diminutio"*.

A perspectiva de MANUEL ALONSO OLEA, na obra já mencionada é no mesmo sentido, ao realçar as necessidades a que o trabalho produtivo atende: as de ordem material, biológica e também as de sentido cultural, ou seja, planos superiores de satisfação do homem.

A realização das necessidades sociais, entre elas as de natureza trabalhista materializam a cidadania. Entre esses direitos trabalhistas, o de manter-se no emprego ou o de obter um novo emprego permite que não seja institucionalizada a pobreza material, haja vista que esta amesquinha a cidadania, inviabilizando a realização do Estado democrático de direito.

4. Conclusão

A contribuição dos estudiosos e operadores do Direito, bem como a dos chamados interlocutores sociais, no sentido de rever as funções do Estado, notadamente a do Poder Judiciário na esfera trabalhista, deve partir de um fundamento básico: o de não se afastar da democracia e da sua conseqüente expressão na relação cidadão-Estado, trabalhador-empregador.

Uma das preocupações da democratização dessas relações deve ser a de diminuir as desigualdades sociais, assegurar a efetiva integração do trabalhador

na empresa, realizando a justiça social, deve estar no centro das soluções consensuais dos conflitos.

A incrementação dessas negociações, ora em nível das categorias profissionais e econômicas, ora na órbita das relações individuais, no interior das empresas, poderá servir de exercício à cidadania, bem como à democratização das próprias relações de produção.

O papel dos sindicatos, como entes intermediários posicionados entre o cidadão e o Estado é de importância fundamental, quer se cogite das negociações coletivas, criando-se regras capazes de normatizar as relações de trabalho, quer no âmbito das empresas, para dirimir desequilíbrios individuais entre empregado e empregador.

Quanto maior e mais eficaz for o trabalho mediador dos sindicatos, mais avançará o equilíbrio das relações, propiciando soluções sem a intervenção estatal.

Ademais, temos presente que o papel do Estado, quando se cuida do Poder Judiciário não é apenas o de diminuir o volume de processos, restringir a quantidade realmente avassaladora de trabalho da magistratura, mas, igual e principalmente o de propiciar uma ordem jurídica justa ao cidadão e à sociedade.

Essa tendência deve priorizar as negociações coletivas na área do direito coletivo, através de acordos, convenções, mediação e arbitragem não oficiais, mantendo a intervenção do Poder Judiciário Trabalhista apenas no que historicamente compete-lhe: dirimir conflitos de natureza jurídica. Assim, o poder normativo da Justiça do Trabalho, de criar normas jurídicas de interesse profissional ou econômico deveria ser afastado. Essa perspectiva não contraria o princí-

pio defendido de amplo acesso à Justiça, haja vista que o papel de legislador que a Justiça do Trabalho exerce é excepcional e não se perfilha à sua formação histórica universal.

No campo das relações individuais, a perspectiva deve ser também a de valorizar a autocomposição. A implantação de representantes de empresa, fruto de eleição pelos trabalhadores, a par da participação do sindicato, além de outros mecanismos de solução extrajudicial previsto nos acordos, convenções ou pacto social mais abrangente poderão atender o crescimento da autonomia das composições dos conflitos.

Neste quadro, o realce diz respeito à intangibilidade do acesso à Justiça, notadamente se considerada a natureza especial das relações de trabalho. E, como fatores de interação, teríamos a maior abrangência do instituto da substituição processual e do mandado de segurança coletivo.

A razoável equivalência que têm as partes em uma relação jurídica civil, é visivelmente rompida quando se confrontam trabalhadores e empregadores. A inafastável questão acerca da hipossuficiência do prestador de serviços, o peso econômico do capital, a crise do desemprego, a ausência de garantia do trabalho e do emprego ao homem inibem jurídica e eticamente os estudiosos do Direito de pugnam pela limitação ou condicionamento do acesso à Justiça.

O apego à elaboração de uma hermenêutica indissolúvel dos valores de Justiça não despreza os ideais reinantes em uma época. Desvendando as exigências materiais e morais da coletividade, convive o jurista com seu povo, participando de sua cultura e, fundamentalmente, respeitando seus valores éticos e a cidadania individual e coletiva, sua humanidade, enfim.

O QUE SE ESPERA DO MAGISTRADO DO NOVO MILÊNIO, PORTANTO, É QUE, DO PONTO DE VISTA DE SUA CIDADANIA, ATUE NO SENTIDO DE AMPLIAR OS ESPAÇOS DEMOCRÁTICOS, PROPICIANDO A RECONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE MAIS JUSTA E DE UM MODELO JUDICIÁRIO MAIS FLEXÍVEL, PARTICIPATIVO E CAPAZ DE VIABILIZAR O PLENO ACESSO À JUSTIÇA. EM SUMA, QUE ATUE NO SENTIDO DE AUXILIAR A REDEFINIÇÃO DE UM NOVO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. NO CAMPO DE SUA ATUAÇÃO INSTITUCIONAL, NA CONDIÇÃO DE PROFISSIONAL TÉCNICO, O NOVO MILÊNIO AGUARDA UMA MODALIDADE DE INTERPRETAÇÃO DINÂMICA, COMPROMETIDA COM UM PROJETO PARA O FUTURO, CAPAZ DE ENGENDRAR UMA JURISPRUDÊNCIA ALIADA ÀS FORÇAS VIVAS DA SOCIEDADE, REALIZADORA, PORTANTO, DE UM DIREITO JUSTO.

5. Bibliografia

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – “Direito Constitucional, 6ª ed., Livraria Alameda, Coimbra, 1993.
- CARVALHO, Amilton Bueno de – “Magistratura e Direito Alternativo”.
- CATHARINO, José Martins – “Direito do Trabalho: Estudos, Ensaios, Pesquisas”. Ed. Trabalhistas S.A. 1979.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, Ada – “Teoria Geral do Processo”. Editora Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974.
- DANTAS, Ivo – “Constituição Federal: Teoria e Prática” Renovar, Rio de Janeiro, 1994.
- ENGISCH, Karl – “Introdução a Pensamento Jurídico”, 3ª ed., Lisboa, 1964 – Fundação Calouste Gulbenkian.
- GOMES, Orlando e Gottschalk, Elson – “Curso de Direito do Trabalho”, Vol. I, Forense, 1975.
- GRINOVER, Ada Pellegrini – “Conferência “Novas Tendências do Processo Civil – Processo e Justiça no Limiar do Novo Século”, proferido no III Ciclo de Conferências “O processo Civil Brasileiro”, promovido pelo Instituto de Estudos Jurídicos, maio/93 – Rio de Janeiro in “Livro de Estudos Jurídicos”. IEJ, Nº 7 – Rio de Janeiro, 1993.
- LEGAZ Y LACAMBRA – “Filosofía del Derecho”, México, 1960.
- MÁYNES, Eduardo Garcia – “La definición del Derecho”, México, 1960.
- NETO, Atahulpa Fernandes – “O Direito e a Fundação do Ministério Público, in (Revista Ltr, 59-09/1205).
- OLEA, Manuel Alonso – “Introduction al Derecho del Trabajo” 5ª ed., Editorial Civitas S.A. Madrid, 1994
- PASSOS, J.J. Calmon dos Passos – “Cidadania Tutelada”, in Livro de Estudos Jurídicos”, Vol. 7.
- RODRIGUES, Américo Plá – “Princípios do Direito do Trabalho”, Ed. Universidade São Paulo-SP, 1978.
- SCHWARTZ, Bernard – “América Constitucional Law”.
- SILVA, Antônio Álvares da – “Direito Coletivo do Trabalho”, Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- TIMACHEFF, N.S. – “Introduction a la Sociologie Juridique”
- VALENZUELA, Emílio Morgado – “Los Conflictos de Trabajo y sus Métodos de Solución en Iberoamérica”. San Isidro, Octubre, 1993.
- VILANOVA, Lourival – “As estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo” Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1977.

PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. VALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO

Hélio Silvio Ourem Campos

Professor da Escola Superior da Magistratura/PE. Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Juiz Federal/PE. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Delegado eleito da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco na AJUFE – Associação Nacional dos Juizes Federais (1996). Ex-Procurador Judicial do Município do Recife. Ex-Consultor e Procurador do Estado de Pernambuco. Ex-Assessor do Corregedor Geral da Justiça do Estado de Pernambuco. Ex-Assessor do Relator da Comissão de Sistematização da Constituição do Estado de Pernambuco/89. Ex-Membro da Comissão de Sistematização Legislativa – Estado de Pernambuco (1989/90).

A matéria diposta a seguir versa sobre o Plano de Seguridade Social do Servidor Público Federal. Atualmente, são muitos os mandados de segurança interpostos na Justiça Federal – *Seção Judiciária do Estado de Pernambuco* – que buscam impugnar a contribuição que vem sendo cobrada destes Servidores.

Por isto, o interesse de se colocar o tema em debate.

A seguir, vai o que penso sobre o assunto.

Primeiramente, é preciso relatar as ocorrências jurídicas que o precedem.

Diz-se que, nos termos do Par. Ún., art. 149, CF/88, não há qualquer referência à União Federal naquilo que se refere à cobrança de contribuições de seus servidores para o custeio, em benefício deles, de sistemas de previdência e assistência.

Ao lado disto, havia norma constante em parágrafo do art. 231, L. n. 8112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas) prevendo que cabia ao Tesouro Nacional o custeio integral da aposentadoria dos referidos servidores. Esta norma (embora vetada pelo então Presidente, em face da sua contradição com o previsto em outros dispositivos do Regime Jurídico Único – arts. 183 e 231, que davam a entender pela existência de contribuições da parte dos servidores federais) foi revigorada pelo Congresso Nacional com a rejeição do veto, retornando-se à responsabilidade integral, pelo Tesouro Nacional, para o custeio das aposentadorias dos servidores públicos federais.

Então, este era o princípio defendido: o da responsabilidade integral do Tesouro.

Evidentemente que tal estado de coisas não poderia permanecer por muito tempo.

Daf, a L. n. 8162/91, em seu art. 9º, aumentou os percentuais das alíquotas da contribuição, sob o argumento de que também os servidores da Administração Pública federal (RJU) deveriam ser responsáveis pelo custeio das suas aposentadorias. No entanto, por haver o Congresso Nacional derrubado o veto que alterava o sistema de responsabilidade integral de custeio da parte do Tesouro Nacional, deixou de haver razão para a majoração das alíquotas, mantendo-se o percentual antigo de 6% (Dec. n.º 83.081/79, com as alterações introduzidas pelo Dec. n.º 90.817/85).

Foi assim que deliberou o STF, na ADIn n.º 790-4/93, dizendo:

a) ser desnecessária a edição de lei complementar para tratar do assunto. Isto porque, no entendimento que teve o Órgão Máximo do Judiciário nacional,

no art. 195, CF/88 alude-se aos termos da *lei*, sem adjetivá-la. Diz-se também que, no § 6º, art. 195, CF/88, não há referência à lei complementar, não se sujeitando as contribuições sociais previdenciárias à exigência presente na alínea “a”, inc. III, do art. 146, CF/88, que apenas se refere aos impostos. E, no Recurso Extraordinário nº 146.733-9-SP, concluiu-se que somente para os impostos é que cabe a exigência de lei complementar.¹ O Relator da ADIn. nº 790-4-DF, Tribunal Pleno, DJ de 23.04.93, foi o Min. MARCO AURÉLIO, cfme. LEX-178, outubro/1994, ps. 112/113;

b) serem inapropriadas as majorações de alíquotas, dado que, nas circunstâncias impostas pelo Congresso Nacional, continuava a valer o princípio do custeio integral pelo Tesouro (Ver ainda o princípio da equivalência entre o custeio e o benefício – art. 195, § 5º, CF/88).² Logo, de maneira expressa, reconhecia o STF a constitucionalidade deste princípio.

Por isto, não houve outra saída senão a de editar norma constitucional prevendo que as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais deveriam

1 Note-se, portanto, que o STF preferiu não analisar a questão sob o mandamento do art. 195, § 4º, que faz expressa remissão ao art. 154, inc. I, CF/88 (exigência de lei complementar) quando da instituição de outras fontes destinadas à manutenção ou expansão da seguridade social. Possivelmente, porque admita que este dispositivo diz respeito à Seguridade dos trabalhadores em sentido estrito, e não aos servidores públicos.

2 Nos termos do art. 195, § 5º, CF/88 vem disposto que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.” Partindo daí, se entendeu que não mais havendo a necessidade de custeio do benefício da parte dos servidores, pois permanecia a responsabilidade integral pelo Tesouro, desnecessária seria a majoração da nova fonte de custeio: a majoração das contribuições.

ser custeadas com recursos provenientes da União, mas não isoladamente. Também se mostravam imprescindíveis as contribuições dos servidores, mas na forma da lei (art. 40, § 6º, CF, de acordo com a redação da Emenda nº 03/17.03.93).

Faltava a lei.

A lei que surgiu foi a de nº 8.688/21.07.93, que preceituava uma nova redação para o § 2º, art. 231, RJU. Em síntese, restaram majoradas as alíquotas, e eliminado, agora, em nível subconstitucional, o princípio da responsabilidade integral pelo Tesouro Nacional. Aqui, foi observada a anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º, CF/88) ou seja, a exigência do respeito aos noventa dias, contados da publicação da lei, de modo que as novas alíquotas viessem a ser exigidas. As alíquotas passaram a girar em torno dos 9% a 12%, a depender dos valores dos vencimentos percebidos (alíquotas progressivas).

No entanto, esta mesma lei, no seu art. 2º, § 2º, previu a necessidade de o Poder Executivo encaminhar ao Congresso Nacional, no prazo de noventa dias contados da sua publicação, Projeto de Lei dispendo sobre o Plano da Seguridade Social dos servidores federais. É o dispositivo:

“Art. 2º. (...)

(...)

§ 2º. O Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional, no prazo de noventa dias, contados da data de publicação desta Lei, projeto de lei dispendo sobre o Plano de Seguridade Social do servidor, sua gestão e seu custeio, e **fixando as alíquotas a serem observadas a partir de 1º de julho de 1994.**” (Grifo nosso).

Observe-se que a própria lei previu o seu termo final de vigência.

Como vem sendo usual neste tipo de situação, o prazo não foi observado.

Por isto, o Poder Executivo lançou mão de Medidas Provisórias. A primeira foi a Medida Provisória nº 560/94, que vem sendo reproduzida em face do mandamento constitucional constante no art. 62, Par. Único, que fixa o prazo de trinta dias, contados da publicação da Medida para a perda de sua eficácia. Passados quase dois anos da primeira, vêm surgindo outras.

Disto, há quem entenda:

a) para alguns, as medidas provisórias são de todo descabíveis, porquanto findo o prazo para o encaminhamento e aprovação do Projeto de Lei previsto na norma apontada. Assim, descabíveis as Medidas Provisórias, e esgotada a vigência da norma anterior, qualquer cobrança (inclusive dos originais 6%) seria destituída de base legal;

b) para outros, embora imprópria a utilização das Medidas Provisórias, e esgotada a vigência da L. nº 8688/93, restaria aplicar as normas que autorizavam a alíquota de 6%, sendo este o direito anterior habilitado a evitar o vazio normativo.

Enfim, tenho comigo que a questão, como aqui se apresenta, não é outra senão de tentar delimitar o espaço constitucional das Medidas Provisórias, em matéria tributária.

Sobre isto, muito se tem afirmado. Por exemplo:

a) que a medida provisória, mesmo tendo *força de lei*, à lei não se equipara. Afinal, a lei é uma manifestação originária do Poder Legislativo, não preenchendo a Medida Provisória o princípio da estrita legalidade (art. 150, inc. I, CF/88). Assim, medida pro-

visória em matéria tributária constituiria invasão de competência;

b) acaso não convertida em lei, a medida provisória deixa de existir (*perde a eficácia*), devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações decorrentes da sua edição. Em matéria tributária, isto poderia implicar no caos do sistema, com a quebra de uma mínima segurança, porquanto o retorno ao direito anterior, em muitas situações, demandaria uma série de ações de repetição, cujo rito é inegavelmente lento afora as dificuldades impostas pelo precatório ... (art. 100, CF/88).

A despeito de tudo isto, o STF delineia uma posição favorável à adoção de Medidas Provisórias em matéria tributária. Neste sentido, vai a decisão que denegou a liminar na ADIn nº 1135-9, que seguirá logo adiante, acompanhada do relato e dos motivos firmados pelo Exmo. Sr. Juiz Presidente do Eg. TRF 5ª Região, Dr. NEREU SANTOS.

Antes, no entanto, cabe aqui a recordação de que o STF chegou a afirmar a respeito delas (art. 59, V, CF/88): "As medidas provisórias configuram, no direito constitucional positivo brasileiro, uma categoria especial de atos normativos primários emanados do Poder Executivo, que se revestem de **força, eficácia e valor de lei**. (...) a publicação da medida provisória atua como verdadeira '*provocatio ad agendum*', estimulando o Congresso Nacional a instaurar o adequado procedimento de conversão em lei." (ADIn n. 293, DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, TP, DJ 16.04.93)

Retomando a ADIn nº 1135-9, conforme notícia o Dr. NEREU SANTOS, atual Presidente do Eg. TRF 5ª Região, o STF nela já negou liminar. (Rel. Min. CARLOS VELLOSO. J. 27.04.95, DJU de 18.08.95.

p. 24.894). Esta Ação foi interposta pretendendo atingir a Medida Provisória n.º 1271/96, uma das reedições da Medida Provisória 560/94.

Como se sabe, há tradição no STF no sentido de que, quase sempre, as decisões liminares são ratificadas em conclusão quando da análise do mérito.

Ao que disse o STF, aduziu o Dr. NEREU SANTOS: “Na verdade, não há entendimento pacífico nos Tribunais sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória guerreada. A meu ver, a sujeição ao prazo nonagesimal no § 6.º, do art. 195, da Constituição Federal, encontraria óbice na própria dicção da norma que apenas ampliou os limites tetos de cada faixa de remuneração, não alterando, assim, a alíquota da contribuição.” (DJU n.º 100, 24.05.96, Seção 2, p. 34346)

Por tudo isto, quer me parecer que:

a) é pacífico que a L. n.º 8688/93 respeitou o princípio da anterioridade nonagesimal. As medidas provisórias que a sucederam, repetindo os seus percentuais, não provocaram nenhuma surpresa para os contribuintes, não restando violado o princípio da segurança jurídica, nem tampouco a especial anterioridade, pois, no art. 195, § 6.º, CF/88, a exigência dos noventa dias é fixada para a hipótese de instituição ou de modificação da contribuição. No caso, as medidas provisórias nem instituíram nem modificaram a contribuição existente, salvo, como disse há pouco o Dr. NEREU SANTOS, naquilo que se refere aos *limites tetos das faixas de remuneração*. Logo, feita esta ressalva, a situação é plenamente compatível com a característica da eficácia desde a edição;

b) embora normalmente se diga, mesmo em doutrina, que as hipóteses de empréstimo compulsório em caso de guerra (ou iminência dela) e calamidade pú-

blica (art. 148, CF/88), ao lado da hipótese dos impostos extraordinários (art. 154, II, CF/88) são as únicas possibilidades, em direito tributário, para as medidas provisórias, considero que é indispensável a análise da situação concreta de modo a se concluir pela impossibilidade de utilização da medida provisória.

Isto porque, no art. 62, CF/88, nada há que restrinja o âmbito material e a utilização da medida provisória, diferentemente do que ocorria com o Decreto-Lei.

Assim, na hipótese que aqui se discute, os requisitos de urgência e relevância, embora não tenham sido confirmados com o envio do Projeto de Lei exigido pela L. n.º 8688/93, manifestam-se através da situação de fato que se apresenta na realidade nacional.

Isto porque, se com uma alíquota de 12%, ainda se vem entendendo que as aposentadorias integrais dos funcionários públicos implicam privilégio. O que não se dizer das aposentadorias integrais orientadas por um indigitado princípio de custeio integral pelo Tesouro? O custeio integral é incompatível com a necessária paridade que deve ser mantida com Estados, Municípios e o Distrito Federal, porquanto, do teor do Par. Ún. art. 149, CF/88, era esta a interpretação que se estava retirando.

Se o prazo não foi cumprido, é preciso perquirir sobre os motivos do não-cumprimento, sobretudo em uma situação onde manifestamente era isto o que se exigia.

O descumprimento do prazo não pode servir de desculpa, de modo a justificar uma falta de necessidade e urgência que a todos se apresenta.

Enfim, o que se propõe é a responsabilidade, no caso de omissão, daqueles que, devendo agir, retraí-

ram-se. Evidentemente que não se trata de uma responsabilização objetiva, sendo necessário o aprofundamento no tema. Afinal, os prazos foram feitos para ser cumpridos, salvo motivo razoável que justifique ao público o não cumprimento.

Dito isto, cabe a lembrança das palavras de um antigo, mas sempre citado, Jurista brasileiro, PONTES DE MIRANDA: "Com a antipatia não se interpreta, ataca-se". (MIRANDA, Pontes de. Prólogo aos Comentários à Constituição de 1946. 4ª ed., BORSOI, 1963)

Parece ser este o caso das Medidas Provisórias, cada vez mais estimuladas quando do indesejado surgimento de situações desta ordem.³

3 É preciso ressaltar que, no exercício do Poder de Reforma, há uma evidente limitação quanto ao que pode vir a ser atingido por medidas provisórias. Haja vista o teor das Emendas Constitucionais nºs 05, 06, 07, 08 e 09; todas de 1995. Neste sentido, destaco as Emendas nºs 06/95 e 07/95, pois ambas reproduzem o mesmo texto, fazendo inserir o art. 246, nas Disposições Constitucionais Gerais. Diz o art. 246: "É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995."

CONTRIBUIÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL APOSENTADO AO PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL.

Danilo Fontenele Sampaio Cunha

É Juiz Federal na Seção Judiciária do Ceará, ex-Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, ex-Procurador do Município de Fortaleza e ex-Procurador da República. Concluiu as especializações em Criminologia e Direito Penitenciário pela UFC e o Curso de Aperfeiçoamento de Magistrados – Pós-Graduação em sentido lato – pela ESMEC, cursando, atualmente, Especialização em Direito Público – UFC.

Sumário

1. Introdução. 2. Da possibilidade de Medida Provisória tratar da matéria. 3. Breves comentários sobre os argumentos contrários a exação. 4. Conclusão. 5. Bibliografia consultada.

1. Introdução

Uma nova polêmica vem-se instalando no meio jurídico em relação à constitucionalidade, ou não, da contribuição do servidor público federal inativo para o Plano de Seguridade Social, ou, mais claramente, sobre a constitucionalidade da Medida Provisória nº 1415 de 29.04.96 (e suas reedições de ns. 1463, de 30.05.96, 1463-2, de 29.06.96 e 1463-3, de 29.07.96) que, através de seu art. 7º, deu nova redação ao art. 231 da Lei 8112/90, instituindo a mencionada exação.

Atualmente são muitos os mandados de segurança interpostos perante a Justiça Federal, o que me anima trazer a matéria para uma discussão ampla.

Esclareço, no entanto, que todos os argumentos a seguir explicitados representam apenas uma análise

provisória do assunto, cabendo a advertência de que as reflexões apresentadas não significam conclusões, mas traduzem, tão-somente, uma primeira impressão sobre o assunto, estando, conseqüentemente, sujeitas a reformulações.

2. Da possibilidade de Medida Provisória tratar da matéria

Inicialmente é de se ponderar, para efeito de ensejar o desenvolvimento do raciocínio, sobre a adequação de medida provisória para a criação de uma contribuição social.

Na verdade, o Supremo Tribunal Federal já acenou com a possibilidade de medidas provisórias tratarem de matéria tributária, o que fez ao denegar liminar na ADIn nº 1135-9 e ao afirmar que “As medidas provisórias configuram, no direito constitucional positivo brasileiro, uma categoria especial de atos normativos primários emanados do Poder Executivo, que se revestem de força, eficácia e valor de lei (...). A publicação da medida provisória atua como *‘provocatio ad agendum’*, estimulando o Congresso Nacional a instaurar o adequado procedimento de conversão em lei” (ADIn nº 293-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, TP, DJU 16.4.93).

De igual forma, ao examinar a Medida Provisória nº 1271, uma das reedições da Medida Provisória nº 560/94, o Excelso Pretório denegou a liminar então requerida (Rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. 27.04.95, DJU 18.08.95, p. 24894).¹

1 É de se registrar, no entanto, que a tese contrária é defendida com maestria por vários doutrinadores, destacando-se, a nosso ver, Roque Carazza, que, sustentando a idéia de que apenas lei ordinária pode criar ou aumentar tributos, afirma: “(...) queremos significar que apenas este ato normativo pode descrever ou alterar a hipótese de incidên-

3. Breves comentários sobre os argumentos contrários a exação

Argumentam os interessados, em suma, que a mencionada medida provisória produz efeito retroativo, atingindo diretamente os atos de inativação, maculando, portanto, o dogma da irretroatividade normativa e atingindo direitos adquiridos, refratários à inovação legislativa. Outrossim, acrescentam que tal imposição fere os princípios constitucionais da paridade vencimental entre ativos e inativos e da isonomia, uma vez que se destina tão-somente aos servidores civis, não atingindo os militares.

Argumentam, ainda, que a redação do § 6º do art. 40 da Constituição Federal traduz a restrição da cobrança de contribuição social para o Plano de Seguridade Social apenas dos servidores ativos, pois o Texto Magno afirmou “contribuições dos servidores” e não “contribuições dos servidores ativos e inativos”.

Na mesma vertente de raciocínio, entendem alguns que se constitui em rematada injustiça tratar de modo uniforme pessoas que se encontram em situações jurídicas díspares, ou seja, os servidores públicos ativos, ao contribuírem para a seguridade social do servidor público, estão custeando, com as suas prestações prolongadas no tempo, as suas próprias aposentadorias e pensões, enquanto os inativos, precisamente por

cia, o sujeito ativo, o sujeito passivo, a base de cálculo e a alíquota das várias exações, observados os permissivos do art. 153, parágrafo 1º, da Constituição brasileira e, naturalmente, as competências legislativas de cada pessoa política (assim, por exemplo, a lei ordinária federal só poderá criar ou aumentar tributos federais). (...) Em suma, a tributação no Brasil, deve ser decidida, não pelo Executivo, “mas pelos representantes do povo, livremente eleitos para fazer as leis” - Sacha Calmon Navarro Coelho (in Curso de Direito Constitucional Tributário, Malheiros, 8ª edição, 1996, p. 186).

já se encontrarem nessa situação, não têm a expectativa de virem, no futuro, a auferir o direito a nova inativação.

Em que pese todo o respeito aos argumentos expostos, entendo que a matéria está sofrendo, por assim dizer, um certo desvio de perspectiva. Senão vejamos:

3.1- Da definição de Seguridade Social.

Entendo que a primeira noção a ser fixada é a de “Seguridade Social”, uma vez que é comum a impressão de que Seguridade Social refere-se somente à aposentadoria.

Na verdade, segundo os arts. 184 da Lei 8112/90, e 194 da Constituição Federal, a Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. O Plano de Seguridade Social, por sua vez, visa a dar cobertura aos riscos a que estão sujeitos o servidor e sua família, compreendendo um conjunto de benefícios e ações que atendam às finalidades de garantir meios de subsistência nos eventos de doença, invalidez, velhice, acidente em serviço, inatividade, falecimento e reclusão, proteção à maternidade, à adoção e à paternidade e assistência à saúde.

Assim, não se há de concluir pela existência do aspecto tão-somente retributivo dos Planos de Seguridade Social da Administração. Explico melhor: parece que o raciocínio de alguns é no sentido de que só se contribui para a Seguridade Social com a finalidade de se aposentar e que, na inatividade, estaremos recebendo aquilo que depositamos nas mãos da Administração.

Entendo que não é somente isso. Tal procedimento meramente retributivo pode ser verdadeiro nos casos de previdência privada (como a patrocinada por Instituições Financeiras particulares), ou seja, quando nos propomos a contribuir para um fundo de poupança vinculada ou equivalente para, daí a alguns anos, recebermos tudo de volta. Isso sim é que é um plano privado de aposentadoria.

No caso da Seguridade Social, por assim dizer, estatal, entendo que o objetivo é bem maior, duvidando até que exista alguma relação direta de proporcionalidade entre a quantia descontada do servidor e aquela recebida na inatividade. Parece-me mais exato afirmar existir uma relação entre o número de servidores ativos, que custeiam os servidores inativos, e o número destes. Aliás é o que se discute atualmente em países em que há um enorme número de aposentados e quantidade ínfima de servidores ativos.

Parece-me, pois, que a Seguridade Social abrange não apenas a aposentadoria mas uma teia de benefícios como previsto nos artigos 184 da Lei 8112/90 e 194 da Constituição Federal.

3.2 – O argumento da não redução dos proventos e da não inclusão dos militares.

Pois bem, o primeiro argumento é o de que não se poderia reduzir os proventos dos aposentados sob pena de macular-se o princípio do direito adquirido, pecando-se, assim, no desconhecimento do assento jurisprudencial segundo o qual a aposentadoria deve se reger pela lei em vigor na época da inativação².

2 Súmula 359 do STF: “Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária”.

Ora, se assim fosse, o aposentado não poderia nunca sofrer a incidência de qualquer tributo novo ou mesmo da majoração de um tributo existente na época da aposentação. Assim, estaríamos criando uma diferenciação entre servidor ativo e inativo, sem qualquer plausibilidade no descrímen, desconhecendo os fatores de pertinência lógica exigidos para tal.

Um exemplo evidencia a tibiez de tal raciocínio: um aposentado, segundo o entendimento assim defendido, não pagaria nenhum aumento de imposto de importação, nem sofreria as alterações da legislação do imposto de renda e (quem sabe..) poderia até exigir uma redução dos preços das mercadorias, uma vez que não aceitaria a redução de seus proventos ante um aumento do ICMS.

Creio, pois, que o respeito à legislação vigente ao tempo da aposentação refere-se tão-somente à permanência dos mesmos requisitos então exigidos para a inatividade, não podendo lei posterior prejudicar os beneficiários, e não à incidência de tributos genericamente instituídos.

Outrossim, os militares possuem regime funcional próprio, bem como regime específico de Seguridade Social, não sendo de reconhecer-se nenhuma mácula ao princípio da isonomia a sua não inclusão na redação do art. 231 da Lei 8112/90.

3.3 – Servidores e “ Servidores” ...

Entendem alguns que o § 6º do art. 40 da CF, ao dizer que “as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei”, está se referindo apenas aos servidores ativos.

Assim, tentam convencer-se de que apenas os servidores ativos é que custeiam as aposentadorias e pensões (relembre-se que Seguridade Social é mais do que isso.), porque a CF não mencionou “*servidores ativos e inativos*”, concluindo que a expressão “servidores” refere-se apenas aos servidores ativos.

Ora, se assim fosse, chegaríamos imediatamente a um paradoxo, qual seja: O parágrafo único do artigo 149 da CF diz que “Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição social, cobrada de seus servidores, para o custeio, EM BENE-FÍCIO DESTES, de sistema de previdência e assistência social”. Assim, se a palavra *servidores* diz respeito apenas aos servidores ativos, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios só poderiam instituir contribuições destes para o sistema de previdência e assistência social dos próprios, nada sendo previsto quanto aos aposentados, cuja fonte de custeio, então, inexistiria.

Penso que tal raciocínio não se sustenta, visto que, quando a Constituição Federal desejou diferenciar servidores ativos de inativos, assim o fez, como no § 4º do art. 40.³

3.4 – Da não incidência prevista no art. 153, § 2º, II, CF.

Outro argumento favorável à constitucionalidade da exação é o de que a Constituição Federal, quando quis proteger os aposentados, o fez expressamente,

³ Art. 40 - Parágrafo 4º: Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

como no art. 153, parágrafo 2º, inc. II, ao afirmar que o Imposto de Renda não incidirá, nos termos e limites fixados em lei, sobre rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, pagos pela previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a pessoa com idade superior a sessenta e cinco anos, cuja renda total seja constituída, exclusivamente, de rendimentos do trabalho.

Assim, *a contrario sensu*, se nada previu sobre as contribuições sociais ou outros tributos, nada mais há que se questionar.

3.5 – Da necessidade de fonte de custeio.

Entendo que a base constitucional da Seguridade Social dos servidores públicos não é o art. 195 da CF, mas sim o 149, que possibilita à União instituir contribuições sociais⁴. No entanto, o § 5º do art. 195 afirma: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

Pois bem, tal dicção parece orientar o legislador a buscar sempre uma fonte de custeio para os benefícios previstos nos planos de seguridade social e, conseqüentemente, nada mais razoável que a fonte de custeio do Plano de Seguridade Social do servidor abranja as contribuições dos ativos e inativos.

4 Art. 149- Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. Parágrafo único: Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.

3.6 – Do início da cobrança.

Um outro argumento surge a partir do entendimento de que a contribuição em tela só pode ser cobrada a partir dos noventa dias seguintes à publicação da medida provisória que for oportunamente convertida em lei.

Na verdade, se a medida provisória tem força de lei e entra em vigor na data da sua publicação, entendo que, em sendo a mesma oportunamente reeditada, persiste, entre os seus efeitos, o de iniciar a contagem do prazo nonagesimal, previsto no art. 195, § 6º, CF.

Mas alguns defendem que, com a reedição da medida provisória não transformada em lei, os efeitos da anterior cessam por completo, nada gerando, sendo que sua reedição produz a reabertura do prazo nonagesimal.

Entendo, porém, que, se é verdade que as medidas provisórias não transformadas em lei perdem sua eficácia desde a edição (parágrafo único do art. 62), também é verdade que cabe ao Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. E se o Congresso não se manifestar, os efeitos continuam valendo até o pronunciamento deste, sob pena de invadir-se competência constitucionalmente posta.

Imaginemos que uma MP é editada prevendo uma isenção qualquer e as pessoas, milhares delas, sejam levadas a consumir determinado produto, carros importados, por exemplo. E suponhamos que, depois de um mês, tal medida provisória não é convertida em lei. Pelo raciocínio acima, a Administração poderia cobrar todos os tributos anteriormente isentados.

De igual forma, se assim fosse, as reedições das medidas provisórias não teriam utilidade. Acrescente-se, ainda, que mera repetição de medida provisória já editada nada inova no mundo jurídico, limitando-se a

preservar a existência da inovação desejada pelo Executivo até que o Congresso se manifeste. Hipótese diferente é a não simples reedição, mas modificação, supressão ou acréscimo do texto original (recorde-se que o § 6º do art. 195 fala no prazo de 90 dias apenas para a lei que houver instituído ou majorado as contribuições, e reedição de medida provisória que instituiu contribuição não significa nova instituição, mas simples continuidade da existência da contribuição objeto da medida provisória inicial).

Em meu sentir, portanto, a medida provisória que criou a contribuição do inativo, sendo reeditada e cumprindo o prazo nonagesimal, efetivamente respeitou os desígnios constitucionais da não surpresa do contribuinte, podendo a referida exação ser cobrada ao término de tal prazo, já que a continuidade das medidas provisórias confere-lhes a necessária validade sucessiva.

As decisões judiciais sobre o assunto são raras, podendo-se destacar uma que trata de matéria não tributária, mas encampa o mesmo raciocínio:

“ A reedição das medidas provisórias ainda é possível, estando em discussão a lei que regulamenta a utilização, pelo Executivo, desse expediente. No caso dos autos, embora a MP 227 já tivesse perdido sua eficácia, quando do despacho impugnado, vigia a MP 250, e posteriormente veio a MP 267, que, finalmente, por força do Projeto de Lei de Conversão nº 55, transformou-se na Lei nº 8157/91. Inexistiu qualquer intervalo entre elas, pelo que se pode afirmar que a lei citada convalidou os atos praticados sob a égide de todas as medidas provisórias que a antecederam, e que trataram o assunto de forma idêntica. “ (Ac. un. da 2ª Câmara do 2º TAC-SP – Ag. 310.763/9-00, rel. J. Assumpção Neves, j. 29.4.91, Repertório IOB de Jurisprudência nº 13/91, p. 226; g.n.)

3.7 – Da mácula ao princípio da isonomia.

Raciocinam alguns que, se é verdade que o princípio da isonomia expressa a igualdade de tratamento perante a lei, devendo seu aplicador levar em consideração as situações iguais para tratamento igual e situações desiguais para serem tratadas na forma da desigualdade, devemos aceitar que o servidor inativo não terá os mesmos benefícios da seguridade social que o servidor ativo usufrui.

Na verdade, assim reza o art. 185 da Lei 8112/90:

“Art. 185 – Os benefícios do Plano de Seguridade Social do servidor compreendem:

I – quanto ao servidor:

- a) aposentadoria;
- b) auxílio-natalidade;
- c) salário-família;
- d) licença para tratamento de saúde;
- e) licença à gestante, à adotante e licença-paternidade;
- f) licença por acidente em serviço;
- g) assistência à saúde;
- h) garantia de condições individuais e ambientais de trabalho satisfatórias;

II – quanto aos dependentes;

- a) pensão vitalícia e temporária;
- b) auxílio-funeral
- c) auxílio-reclusão;
- d) assistência à saúde.

Pois bem, desses benefícios, por dicção legal, o inativo só vai usufruir do salário-família, (art. 197), auxílio-natalidade e assistência à saúde.

As situações são, pois, aparentemente diversas, e, ao que parece, o inativo não deveria contribuir com

a mesma alíquota do servidor ativo, já que usufruirá de menos benefícios.

Ocorre que a Medida Provisória nº 1463 afirma, dando nova redação ao parágrafo 3º do art. 231 que “a contribuição mensal incidente sobre os proventos será apurada considerando-se as **mesmas alíquotas e faixas de remuneração** estabelecidas para os servidores em atividade”, o que feriria o princípio isonômico, sendo portanto referida medida provisória inconstitucional na sua totalidade, já que não cabe ao Judiciário estabelecer alíquotas.

O argumento é, sem dúvida, sedutor. Mas, como todas as paixões, deve ser examinado com cuidado, senão vejamos:

Na verdade, como bem pondera o ilustre magistrado Dr. Hélio Ourém Campos – Juiz Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, a simples “quantidade” de benefícios auferidos por uma ou outra categoria de servidores, por si só, não representa diferenciação tendente a macular o princípio isonômico. É que se deve encarar tais benefícios **qualitativamente e não quantitativamente**.

Na realidade, o servidor inativo recebe a aposentadoria enquanto o ativo recebe o salário, sendo que os outros benefícios exclusivos do servidor ativo não representam nenhum ganho monetário mas dizem respeito justamente à manutenção do salário, isto é, significa que os servidores ativos não terão descontados dos seus vencimentos os dias em que faltarem devido à licença para tratamento de saúde, licença à gestante, à adotante, licença-paternidade, e licença por acidente em serviço, situações evidentemente inaplicáveis ao servidor inativo.

4. Conclusão

Meu desejo, ao ousar falar sobre tema tão recente, apoia-se na certeza de que somente pela exposição de teses opostas é que novos e mais completos raciocínios são desenvolvidos. Meu intuito outro não foi que o de aprofundar ainda mais o debate e não chegar à elaboração de conclusões sobre um assunto ainda tão propício a diferentes interpretações⁵.

5. Bibliografia consultada:

- 1- ATALIBA, Geraldo – Hipótese de Incidência Tributária, 4ª edição, 1990, Editora Revista dos Tribunais;
- 2- BOTELHO, Werther, Da Tributação e sua destinação- 1994- Editora Del Rey
- 3- CARRAZZA, Roque de Brito – Curso de Direito Constitucional Tributário, 8ª edição, 1996, Editora Malheiros;
- 4- CARVALHO, Paulo de Barros, – Curso de Direito Tributário, 4ª edição, 1991, Editora Saraiva;
- 5- COELHO, Sacha Calmon Navarro Coelho – Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário, 1990 – Editora Forense – Rio de Janeiro, 1ª edição.
- 6- MACHADO, Hugo de Brito – Curso de Direito Tributário, 7ª edição, 1993, Editora Malheiros.

5 É de se acrescentar que o Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, divulgada no Informativo STF nº 38, de 1º e 2 de agosto de 1996, p. 1, na ADIn nº 1441-DF, e versando sobre a arguida inconstitucionalidade da MP 1415/96, cujo Relator foi o Ministro Octávio Gallotti, entendeu, em sede de cautela, que: “ a) a Medida Provisória em questão não fora editada na mesma sessão legislativa em que o Congresso rejeitara o projeto de lei versando a matéria (donde a aparente improcedência da pretendida violação ao art. 67 da CF); b) que a nova contribuição não ofende o princípio da irredutibilidade de vencimentos (CF, art. 37, XV); e c) que, sendo a disciplina constitucional dos proventos de aposentadoria substancialmente idêntica à da remuneração paga aos servidores em atividade, não seria de acolher-se, num primeiro exame, o raciocínio de que a CF, ao referir-se no inciso II do art. 195 a ‘trabalhadores’, teria excluído a possibilidade de cobrança da discutida contribuição dos servidores públicos aposentados. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que não via, na espécie, a urgência necessária à edição da medida provisória (CF, art. 62, caput).

LEGALIDADE E ISONOMIA TRIBUTÁRIAS: A QUESTÃO DA SUA DEMARCAÇÃO

JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES

Advogado. Prof. de Filosofia da Faculdade de Direito do Recife, e de Direito Tributário dos cursos de Pós-Graduação da UFPE. Diretor da Faculdade de Direito do Recife.

“Decerto o limite não é somente o contorno e o quadro, não é só o lugar onde alguma coisa estanca. O limite significa o por que alguma coisa é reunida no que ela tem de próprio, para aparecer em toda a sua pleinitude, para vir à presença” (MARTIN HEIDEGGER).

“O que excluir e o que incluir? Esse é o problema” (HUGH LOFTING).

1 – Legalidade tributária soa para nós como expressão gasta e desgastada pelo uso. De modo que retomar esse tema envolve uma decisão particularmente arriscada: a de ser sobre ela dito o já dito e assim não pensar-se – para além do que foi doutrinária e jurisprudencialmente pensado – o que nela restou impensado. Surpreende no entanto que este impensado seja precisamente a questão mais eminente e por isso mesmo a mais digna de ser questionada: a questão da demarcação, ou seja, o confinamento da legalidade tributária nos seus limites constitucionais. Que outros ela não os conhece.

2 – Regime constitucional paradoxal o da legalidade tributária. Porque, sendo ela própria um limite –

limitação constitucional ao poder de tributar (CF, arts. 146, II e 150, I) – suporta, também, as suas próprias limitações. Quais sejam esses limites é o que até agora restou impensado. Porque o limite (a demarcação) sempre foi incorretamente entendido como uma limitação (redução) e não como o que faz um sentido objetivo de dever-se aparecer no estado de descoberto, a presença do que lhe dá individualidade. E possibilita assim seja a legalidade aquilo que realmente é, fazendo transparecer o seu conteúdo normativo próprio. Descobrir o que ela é e desvendar o seu dever-ser são a mesmíssima coisa.

3 – A CF, no seu art. 5º, II, estabelece o princípio geral da legalidade: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Princípio expresso de onde promana o princípio implícito da legalidade tributária – em tudo e por tudo igualmente vinculante para o seu intérprete e aplicador. Mas a CF, em homenagem à pormenorização, reitera a legalidade tributária, dentre as “limitações ao poder de tributar” (art. 150, I). Desnecessária a explicitação porque se ninguém pode ser a algo obrigado senão em virtude da lei, ninguém deverá ser obrigado a prestar tributo (relação obrigacional típica) se a lei não o determinar.

4 – Mas a legalidade tributária não é apenas um dentre outros princípios, igualmente eminentes, instituidores dos direitos e garantias fundamentais do art. 150 da CF. Não deve ser reduzida a mera explicação, no âmbito tributário, do princípio geral da legalidade. É diversamente o mais eminente dentre esses princípios constitucionais – o que mais fortemente nos convoca à meditação. Desconcertante asserção porque a isonomia é não só anunciada no **caput** do art. 5º,

mas também no seu item I, a sugerir uma primazia sua não apenas teórica, mas na ordem da importância. E com isonomia, os demais direitos e garantias fundamentais da CF perderiam toda a sua eficácia. Estranha garantia que uma discriminação constitucionalmente tolerada afastaria. Todos os brancos seriam iguais perante a lei, mas os pretos, desiguais, estariam excluídos da legalidade. Todos os católicos estariam beneficiados pela proteção do Estado, mas os protestantes e espíritas, não. Benefícios fiscais, p. ex., poderiam ser instituídos em favor de minorias economicamente fortes, com exclusão das majorias compostas pelos economicamente deserdados. Não seriam beneficiados por **habeas corpus**, **habeas data**, mandado de injunção ou mandado de segurança os que não se inscrevessem no partido do governo... E assim por diante. A isonomia é como que uma linfa que perpassa todos os direitos e garantias fundamentais da CF.

5 – Formalmente incoincidentes contudo a linguagem-objeto, a do ordenamento constitucional e a metalinguagem doutrinária que a descreve. Legalidade e isonomia tributárias devem, sem contra-indicação alguma, ser descritas e explicadas como um só princípio: todos são iguais diante da lei tributária. A legalidade é a morada da isonomia. Esta não se manifesta em atos infralegais. Que apenas dão seqüência aos atos de recepção da isonomia constitucional pela legalidade integrativa da CF. Pobre garantia seria a isonomia se viesse a adentrar-se no sistema jurídico apenas pela via regulamentar ou de portarias, ordens de serviço, “pareceres-normativos”, instruções normativas e outros atos que tais. Não se deve, em linguagem doutrinária, ocultar a identificação dos dois princípios da linguagem constitucional: ninguém deverá ser obrigado

a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da **lei isônoma**. Legalidade tributária e isonomia tributária: o mesmo.

6 – Legalidade tributária não há de ser reduzida, em sua magnitude, a um princípio apenas **formal**. Se assim o fora, a sua eficácia restringir-se-ia à exigibilidade de igualdade formal diante da aplicação da lei. Dada a sua incidência, a lei deveria sempre ser aplicada, com abstração do seu conteúdo, materialmente isônomo ou não que fora. Atos administrativos **materiais** poderiam constituir o conteúdo da lei tributária **formal**. Isenção tributária individual poderia ser veiculada por ato formalmente legislativo. Assim todavia não acontece. Porque, já aí, insinua-se o problema da demarcação de competência dos poderes governamentais.

7 – O princípio da legalidade não pode ser pretexto para a edição de atos individuais pelo legislativo porque o limite da legalidade, no ordenamento constitucional brasileiro, é a tripartição do poder. Legalidade, entendida como o poder de legislar não é o poder todo. É poder repartido. Por isso é o consectário de uma competência que necessariamente se define como autorização e limitação. Pela autorização, todas as funções compreendidas na outorga da competência devem ser exercidas; pela limitação, dar-se-á a circunscrição da competência a essas funções, com exclusão de quaisquer outras. À lei tributária, no direito brasileiro, só é vedado invadir a seara dos atos individuais em matéria tributária – atos administrativos e sentenciasais que versem sobre tributos. O poder só contém o poder porque é demarcado. É esse o significado mais importante da tripartição constitucional do poder (art. 2º). Não é pois a legalidade um princípio só **formal**.

8 – Fora desse balizamento, a legalidade tributária quase não conhece limites. Tanto assim é que o sistema constitucional em vigor não tolera a edição de “regulamentos autônomos”: decretos e regulamentos, no Brasil, só para a fiel execução das leis (art. 84, IV). E, o que é vedado ao Presidente da República também o será, dado o modelo simétrico do federalismo brasileiro, aos Governadores dos Estados e Prefeitos Municipais.

9 – As vicissitudes maiores da legalidade tributária não se manifestam contudo no âmbito da sua institucionalização normativo-constitucional. No texto constitucional, ela não é apenas formalmente reiterada (arts. 5^a, II e 150, I) nem essa reiteração sequer a individualiza. Também a isonomia tributária o é. Repete-se o enunciado geral da isonomia (art. 5^a, **caput** e item I) no enunciado específico da isonomia tributária relativa à graduação de impostos conforme a capacidade contributiva individual (art. 144, § 1^a); na vedação de tratamento tributário desigual entre os contribuintes (art. 150, II) e na progressividade do imposto sobre a renda (art. 153, § 2^a, I). Essa reiteração é inteiramente despicienda. Em nada acrescenta ao âmbito material da validade do princípio geral da isonomia, nem lhe acresce coisa alguma em eficácia. Mas essa superabundância normativa revela por si só o cuidado de preservar a legalidade tributária isônoma.

10 – Essas vicissitudes se manifestam na aplicação (prática) constitucional. Porque já aí as regras excepcionais tendem a converter-se em princípio e o princípio em exceção. A aplicação do art. 55 da CF de 1967/69 manifesta essa subversão constitucional suprema. Decretos-leis em matéria tributária dispuseram sobre tributos com a maior desenvoltura e sobretudo

incontenção dos seus próprios limites. Por esse caminho, verdadeiro descaminho, a legalidade tributária retraiu-se na ocultação das coisas esquecidas, convertendo-se num enunciado apenas retórico, isto é, destituído de efetividade concreta: à lei se permite praticamente tudo, contanto que, ela, efetivamente, nada regule.

11 – Aos mais desavisados, as medidas provisórias (CF de 88, art. 62) pareceram – só na aparência das coisas superficiais porém – ter alterado para melhor esse panorama. Se alteração houve foi para que tudo (ou quase tudo) continuasse como dantes... Não há demarcação do critério da “urgência” e do “interesse público relevante” (e a rigor todo interesse público o é). O pretexto é a indeterminação – necessariamente relativa – desses conceitos. Mas se fossem conceitos absolutamente indeterminados na esfera jurídica recairiam, só por isso, no âmbito do político. Nesse caso, por que a sua indicação no texto constitucional? Acaso deveria atribuir-se ao Presidente da República, a mais alta investidura no âmbito do executivo federal, curar de coisas “irrelevantes”? A relevância portanto, no texto constitucional, não se contrapõe ao irrelevante. Contrapõe-se isso sim, ao que, posto relevante, urgente não é. Os dois requisitos do art. 62, **caput** são portanto cumulativos e nunca mutuamente excludentes.

12 – Se a medida provisória tem “força de lei” é porque ela não se equipara à lei em caráter absoluto. Quanto à eficácia – admitidos é claro os seus próprios e muitíssimo mais estreitos limites de validade – as medidas provisórias equiparam-se à legalidade, se entendida a eficácia como uma potencialidade, a mera susceptibilidade à produção de efeitos concretos dos atos normativos gerais: observância delas pelos seus

destinatários. Mas as medidas provisórias com a lei confundem-se formal ou materialmente. Identidade e diferença a um só tempo portanto. Se materialmente se confundissem com a lei, viriam a ser teratologicamente um substituto universal da legalidade ao exclusivo dispor do Presidente da República. Se assim o fora, o Brasil não poderia a rigor proclamar-se um “Estado Democrático de Direito” (CF, art. 1º). Mas é precisamente porque a medida provisória tem força de lei que com esta não se confunde. E deve então comportar um critério de demarcação estrito. Precisamente o contrário do que ocorre na prática constitucional brasileira. A rigor a sua exegese estrita não decorre da sua excepcionalidade, mas da universalidade do âmbito de validade da legalidade.

13 – Insinua-se no entanto a indagação inquietante: cabe medida provisória em matéria tributária, onde os casos de urgência são topicamente objeto de regulação específica, inconfundível com a do art. 62? Por exemplo, se investimento público é urgente, rende-se espaço à lei complementar para a instituição do empréstimo compulsório (art. 148, II). Será essa competência cumulativa com a edição das medidas provisórias, transformando-as num sub-rogado da lei complementar? Na doutrina, há voz autorizada e que, com exuberante fundamentação, responde pela negativa (MIZABEL DERZI, in RDP 45/130). Essa contudo pode permanecer como manifestação doutrinária que não consiga convencer o judiciário.

14 – A prevalecer o entendimento doutrinário supra, a instituição e majoração de tributos funcionariam como limites à competência para a edição de medidas provisórias. E essa contenção do executivo corresponderia a uma função da maior eminência. Se

ao contrário ele for desprestigiado pelos órgãos aplicadores da CF – órgãos judiciais, entenda-se – a legalidade tributária também aí se retrairá. E passará a predominar a necessidade de demarcarem-se os limites das medidas provisórias já no interior do ordenamento tributário. O problema da demarcação retorna sempre, mesmo que os juristas dele sequer se apercebam.

15 – Só com sua aprovação pelo Congresso Nacional a medida provisória se identifica com a lei (CF, art. 62, § único). Mas, aí, é só da lei em sentido formal e substancial que se passa a cogitar. As medidas provisórias vigoram desde a sua abolição. Do contrário não seriam urgentes, nem poderiam perder a eficácia a partir da data em que fossem editadas. Só ato normativo em vigor produz eficácia, o seu efeito jurídico próprio. A perda *ex tunc* da eficácia da medida provisória decorrerá de sua desaprovação pelo Congresso Nacional.

Mas a lei, que aprova a medida provisória, tem limites constituintes. E, dentre esses, a irretroatividade. Logo, da necessidade de aprovação da medida provisória pelo Congresso Nacional, não se pode extrair argumento válido em favor de sua identificação de regime jurídico constitucional com o da legalidade. Haverá sempre um intertempo entre a edição e a aprovação da medida onde a legalidade não terá hora ou vez.

Como se fossem conclusões.

1 – A generalidade da lei – e portanto da lei tributária – não é um princípio lógico-jurídico-positivo da tripartição do poder.

2 – Sendo a legalidade, ela própria, uma limitação constitucional do poder de tributar não conhece outras limitações ao seu âmbito material de validade que não as constitucionais.

3 – É necessário proceder a uma hierarquização formal e substancial dos princípios constitucionais.

4 – Legalidade e isonomia tributária podem – e devem – ser disritos, na metalinguagem doutrinária, como um só princípio: ninguém deve ser tributariamente obrigado senão em virtude da lei isônoma.

5 – O princípio constitucional da legalidade, assim descrito, não é apenas um dentre outros igualmente eminentes; é o mais eminente dos princípios no elenco dos direitos e garantias individuais.

6 – Decretos e regulamentos autônomos em matéria tributária, assim entendidos os que preenchem “claros” na legalidade tributária, são incompatíveis com o sistema constitucional brasileiro.

Conclusões temáticas

I) A lei complementar não pode criar tributo federal, se e enquanto entendida a expressão “criar tributos” – como tradicionalmente nomeada pela doutrina – a instituição em lei ordinária. Não é o **quorum** especial a CF, art. 69, que converterá a lei tributária (ordinária) em lei complementar (regime jurídico-formal). É necessário conjugá-lo com as matérias constitucionalmente postas sob reserva da lei complementar (regime jurídico-material). Essa conclusão estará contudo limitada: (a) pelo art. 148, quando se entender que o empréstimo compulsório é tributo, porque de qualquer sorte só lei complementar pode instituí-lo; (b) pelo art. 154, itens I (impostos residuais) e II (impostos extraordinários de guerra), ambos sob reserva da lei complementar.

II) O contribuinte tem direito adquirido a não ver tributado fato que aconteceu na vigência da lei que o declarava irrelevante para efeitos tributários. O direito

pode alterar-lhe o significado normativo ou apenas alcançar fato já acontecido (hipóteses de retroatividade). A proibição de retroatividade não é um princípio lógico jurídico. Mas a CF de 1988, art. 5º, XXXVI, veda a retroatividade tributária em homenagem à segurança e boa fé nas relações entre fisco e contribuinte.

III) Juridicamente redução do prazo de pagamento e majoração de tributos significam o mesmo. Precisamente porque a redução do prazo de pagamento implica majoração do **quantum** de prestação tributária. E significam o mesmo porque submetidas a idêntico regime constitucional: a CF de 1988 coloca sob reserva de lei tanto a instituição quanto a majoração de tributos (art. 150, I).

IV) No sistema constitucional tributário, impera a rígida segregação de competência entre Estados e Municípios. Só há limites constitucionais ao poder de tributar. Logo a lei complementar não pode definir como serviço (competência tributária do Município, art. 156, a venda de mercadorias (competência tributária do Estado, art. 155, I, b)).

MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM. ALTERNATIVAS À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CONVENCIONAL

Ruy Trezena Patu Júnior

Juiz de Direito na Comarca do Recife e Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

Sumário

1. Introdução: 1.1. Origens históricas da arbitragem e da prestação jurisdicional – 1.2. A situação nos dias atuais – 1.3. O propósito deste artigo – 2. O monopólio estatal da função julgadora – 2.1. Origem e evolução histórica – 2.2. O Poder Judiciário – 3. A jurisdição estatal – 3.1. Características – 3.2. O Estado-parte. Contradições – 3.3. A burocracia e a morosidade da Justiça diante das novas exigências sociais – 4. A globalização da economia e a jurisdição estatal – 5. Tendências da prestação jurisdicional estatal: O *judicial control* e o avanço do direito coletivo e das medidas de controle da legalidade – 5.1. As pequenas causas e os juizados especiais – 6. A arbitragem como forma alternativa de prestação jurisdicional – 6.1. História – 6.2. Vantagens e desvantagens da arbitragem sobre a jurisdição estatal – 6.3. Tendências atuais e perspectivas futuras da arbitragem – 6.3.1. Privatização da Justiça? 7. Outras alternativas de composição de conflitos interpartes – 7.1. A mediação – 7.2. A conciliação como etapa processual informal e formal – 8. Conclusão – 9. Bibliografia: 9.1. Livros – 9.2. Revistas.

1. INTRODUÇÃO:

1.1. ORIGENS HISTÓRICAS DA ARBITRAGEM E PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Examinando as raízes históricas do monopólio estatal tendente à solução de litígios, compondo-os e exercendo o que no vocabulário jurídico chamamos de

jurisdição, constatamos, para nossa surpresa, que a função julgadora surgira antes mesmo da legislativa. E ainda mais: não foi o Estado que implantou os seus fundamentos na sociedade politicamente organizada. Antes dele, era comum as partes, de forma livre e soberana, valerem-se de árbitros para solucionar as suas pendências. A intromissão do Estado nos assuntos, pelo menos no sistema romanístico, deu-se a partir do fim do século II a.C., na época da *Lei das XII Tábuas*, porque, até então, a intervenção do *Pretor*, no julgamento das causas cíveis, dava-se na condição de mero observador, num processo em que as partes interessadas, depois de prestarem o compromisso de estilo, escolhiam um árbitro (*Judex*) que gozasse da confiança mútua e que, em razão dos seus dotes morais e habilidades profissionais, decidisse a causa de acordo com a lei ou com a equidade. Não se admitia, nos assuntos meramente privados, a intervenção de representantes do Estado, posto que consagravam o princípio da arbitragem como parte dos seus direitos individuais de escolher um juiz, que lhes fosse de estrita confiança, não imposto autoritariamente por Roma.

Essas regras só foram alteradas a partir do momento em que o Estado romano fortaleceu-se e, diante da ameaça de perder o controle das massas populares, num ambiente territorial em constante expansão, investiu-se da capacidade de exercer a função jurisdicional em sua plenitude (cível e criminal), monopolizando-a. O *Pretor*, invadindo a área própria da iniciativa privada, contrariando também a ordem preestabelecida, passou a conhecer do mérito dos litígios entre os particulares, proferindo sentenças em vez de aceitar a nomeação de um árbitro. Daí, então, fincou-se, definitivamente, entre os povos dominados pelo

poder romano, com repercussões na atualidade, a idéia de que a função jurisdicional, na sua inteireza, é atribuição exclusiva do Estado.

1.2. A SITUAÇÃO NOS DIAS ATUAIS

Notem que, observadas as exigências atuais, a evolução do processo nos dias de hoje aparenta indicar uma involução, pois se antes se partiu da *autocomposição* para a *arbitragem facultativa*, e desta para a *arbitragem obrigatória* estatal, hoje, parece que se tenta o caminho inverso. Procura-se resgatar a arbitragem facultativa, dando-se-lhe o prestígio de antes, ao mesmo tempo em que se introduzem, no processamento das ações judiciais, prévia ou incidentalmente, técnicas de autocomposição, como a conciliação, por exemplo. Mas, como veremos a seguir, isso é só uma aparência. Na verdade, o que se busca é a identidade perdida do processo.

1.1. O PROPÓSITO DESTES ARTIGO

No decorrer deste artigo, partindo das origens históricas, mostraremos que o Estado, ao avocar para si quase que exclusivamente o monopólio jurisdicional, fê-lo com a intenção de exercer um maior controle sobre o jurisdicionado e de suprimir outras *jurisdições comunitárias*¹ que pudessem exsurgir da liberdade dos particulares de escolherem árbitros e, no âmbito privado, eles mesmos comporem as suas pendências.

Esse intervencionismo do Estado nos assuntos, antes, da alçada exclusivamente privada, trouxe con-

1 Nery dos Santos, Nildo - *As jurisdições Comunitárias*, Recife, Revista da ESMAPE, Recife-PE., ano I, nº 1 - Ed. Bagaço.

seqüências drásticas à prestação da Justiça. Introduziram-se, em nome do interesse público, procedimentos que tornaram difícil e complexa a solução das causas cíveis e criminais. Estruturaram serventias e criaram um corpo de funcionários e agentes especiais nas entranhas do Estado, especializados na função judiciária. O que antes era resolvido por um árbitro-técnico da confiança dos interessados, cujo conhecimento especializado dispensava a assistência de peritos, auxiliares, agora passava a ser confiado a funcionários públicos não-especializados da confiança do governante.

A solução, segundo nosso ver, passa pelo resgate da arbitragem como forma mais adequada à solução de litígios de natureza patrimonial privada, especialmente os comerciais, reservando-se ao Judiciário a competência para processar, julgar e executar aqueles que envolvam interesses políticos, sociais e institucionais, em razão dos quais o controle da legalidade deva se fazer com mais veemência e prontidão.

E daí perguntamos: por que não criar centros especializados em mediação, conciliação e arbitragens como alternativas à prestação jurisdicional?

Prevenir-se-iam inúmeros litígios e, ao mesmo tempo, pacificar-se-iam os ânimos de uma sociedade onde litigar na Justiça faz fortunas, alimentando, indiretamente, um dos fatores sociais que levam à discórdia e à violência.

Além disso, na conciliação a composição do litígio não importa na derrota ou sucumbência de uma das partes. Nesta, as partes chegam normalmente a uma composição através da renúncia de direitos e obrigações mútuas.

2. O MONOPÓLIO ESTATAL DA FUNÇÃO JULGADORA

2.1. ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Na antiguidade, os conflitos de interesses capazes de ameaçar a vida social e os valores humanos eram resolvidos pela força, através da chamada *autotutela* ou *autodefesa* (renúncia à pretensão, submissão e transação). Inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade individual. Por isto é que, com a evolução, a jurisdição foi uma alternativa. As pessoas, gradativamente, foram se apercebendo da necessidade de um terceiro que, fazendo as vezes de árbitro ou juiz, resolvesse as suas pendências. Essa intervenção alheia, em princípio, por força da organização social rudimentar, era feita pelo sacerdote ou pessoa que tivesse alguma ascendência moral entre as partes. Surge assim, o *juiz antes do legislador*.²

A assunção do Estado ao *múnus* de julgador deuse, a nosso ver, em virtude da imposição da força e da restrição aos direitos individuais. O Estado tomou para si o monopólio da função de julgar para manter o controle sobre os povos subjugados ao seu mando. Era mais fácil governar extensões territoriais ilimitadas, ante a ausência de meios de comunicação rápidos, mantendo homens da confiança dos governantes próximos das massas e de seus conflitos interpessoais. Deixar a Justiça sob a administração de árbitros seria uma atitude, à época, muito liberal para quem reinava “a ferro e a fogo” e com intervenção minudente da vida doméstica.

² Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, 3ª Ed. Revista dos Tribunais, pág. 5.

Nos primórdios do nascimento do Direito Romano, antes do século II a.C., por exemplo, os cidadãos em conflito compareciam perante o *pretor*, que era um representante do Estado e, antes de submeterem-se à tutela, assumiam um compromisso solene e escolhiam um árbitro – não representante do Estado – para investi-lo do poder de decidir o litígio. O processo civil romano desenvolvia-se, assim, em duas etapas: uma, perante o representante do Estado (*Pretor*) e a outra, perante o terceiro (*judex*), investido da função de árbitro. Não se admitia a interferência estatal para, diretamente, conhecer e julgar litígios. Essa era uma tarefa reservada àqueles que, livremente, e tendo em vista as suas aptidões morais e profissionais, fossem escolhidos pelos contendores. A interferência do Estado, portanto, já se fazia presente, mas era como mero observador do processo arbitral. Nos séculos seguintes, assim, desprivatizou-se a Justiça e investiu-se o Estado de poderes jurisdicionais.

2.2. O PODER JUDICIÁRIO

O surgimento do Poder Judiciário, entendemos, está vinculado indissociavelmente ao fenômeno de centralizar a jurisdição. A partir do momento em que o Estado chamou para si o monopólio do julgamento de todas as causas, facultando, excepcionalmente, aos interessados recorrerem a árbitros, nasceu a necessidade de estruturar um órgão independente funcionalmente para compor litígios.

Todavia, sem desconsiderar essa explicação, entendemos também que a sua função de controle da legalidade é exclusivamente estatal e constitui a sua razão maior de existência como Poder ao lado do Legislativo e do Executivo.

Frise-se, por outro lado, que, nem todas as causas cíveis podem ser submetidas a juízos arbitrais. O mandado de segurança, por exemplo, é ação especialíssima e integrante do sistema de controle da legalidade. A ação popular, a ação civil pública, o *habeas corpus* e o *habeas data*, dentre outros, não poderiam ter outro foro de apreciação mais qualificado, senão aquele patrocinado pelo próprio Estado.

Além do mais, a Justiça Criminal não poderia ser entregue à administração de instituições de arbitragem, ferir-se-ia a autoridade de suas decisões e contrariar-se-ia o interesse público.

A verdade é que a função de equilíbrio e proteção da ordem jurídica é própria do Judiciário. No controle da constitucionalidade das leis, por exemplo, que outro órgão poderia exercê-lo? Ainda que se lhe desse outra denominação ou que não o integrasse à estrutura formal desse Poder, teria, com certeza, o mesmo caráter das cortes julgadoras. Uma indagação: como situar, cientificamente, os Tribunais de Contas em nosso País?

3. A JURISDIÇÃO ESTATAL

3.1. CARACTERÍSTICAS

Segundo a teoria de Chiovenda, o Estado criou a jurisdição no quadro de suas instituições com a finalidade de garantir que as normas de direito substantivo, contidas no ordenamento jurídico, efetivamente, conduzissem aos resultados enunciados, ou seja, que obtivessem, na experiência concreta, aqueles precisos resultados práticos que a lei desejava.³

3 Chiovenda, Giuseppe – *Instituzioni di diritto processuale civile*, Nápoles, ed. Jovene, 1933 (trad. Port. De J. Guimarães Menegale, São Paulo, ed. Saraiva, 1965).

Kelsen, por sua vez, dizia que a jurisdição individualizava, no caso concreto, a relação que a lei estabelece, de maneira geral e abstrata, entre o fato ilícito e a sanção, que é sua conseqüência, aplicando, em caso afirmativo, o ato de coação (pena ou execução) também prescrito de maneira abstrata pela norma geral.⁴

Em princípio, não discordamos dos citados juristas, mas suas explicações não englobam os casos em que o julgador, desprezando o ordenamento, julga de acordo com a equidade, buscando, fora do manto normativo, a solução para o caso concreto.

Daí, entendermos que a jurisdição é atributo conferido ao Estado e a algumas pessoas escolhidas pelos interessados para, em casos concretos, comporem pendências, resolvendo-as de acordo com a lei (*lato sensu*), os costumes, a jurisprudência, os princípios gerais de direito e a equidade.

Sendo assim, filiamo-nos à corrente (publicista) que atribui à arbitragem natureza jurisdicional, baseando-se no fato de que os árbitros são designados pelas partes, mas é da lei – tal como ocorre com o juiz – que deriva o seu poder de julgar.

3.2. O ESTADO-PARTE. CONTRADIÇÕES

Abandonada a regra “The King do no wrong”, segundo a qual não havia possibilidade de acionar o rei (Estado) no sentido de obter qualquer obrigação, mormente no campo da responsabilidade civil, admitiu-se a possibilidade de o ente estatal figurar tanto no

4 Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3ª ed. Tradução João Baptista Machado; revisão para a edição brasileira Silvana Vieira, São Paulo, 1991.

pólo ativo como no passivo de qualquer ação, indiscriminadamente, desde que houvesse interesse jurídico deste, enquanto sujeito de direito.

O Estado, como entidade reconhecida internacionalmente, deixou de ser absoluto para ser um Estado de direito, abdicando de certos privilégios para submeter-se à ordem jurídica por ele patrocinada, como qualquer outra pessoa capaz do exercício de direitos na ordem civil. O Estado passou a ser visto como mais uma pessoa jurídica integrante de uma organização protegida pelo manto da constitucionalidade, submetendo-se, por isto, às regras e à jurisdição nela inspiradas.

E não era para menos. A partir do momento em que se reconheceu que todas as pessoas, de direito privado ou de direito público, tinham de se sujeitar à mesma ordem jurídica, a bem da coerência lógica, inevitável seria, por via de consequência, aceitá-las, indistintamente, como passíveis de responder por ações ou omissões violadoras do direito alheio.

Da admissão da possibilidade de acionar-se o Estado, como qualquer outra pessoa jurídica, surgiram, de logo, algumas indagações: como compatibilizar a função estatal judiciária com o fato de, ocasionalmente, o Estado ser também juiz de seus próprios interesses? O Estado teria a isenção, a imparcialidade, de julgar contra si próprio? E a confiabilidade do outro demandante no aparelho judiciário estatal não ficaria abalada?

Mesmo levando-se em consideração a independência funcional dos juízes, o que é uma regra universal, não seria nada razoável ignorar que um ser humano, prestando serviços regularmente a um dos contendores, receba deste, exclusivamente, os recur-

sos indispensáveis para sua manutenção e, de certa forma, esteja engajado na orientação político-legislativa do sistema, permaneça todo tempo imparcial e imune da conveniência de, vez por outra, tomar o partido daquele que, diretamente, garanta a sua sobrevivência pessoal e institucional.

Não diríamos ser comum tal comportamento contrário à equidade. Mas, não se pode desconhecer que, pelos exemplos tirados do dia-a-dia, até mesmo das altas cortes, sempre quando pender de decisão uma causa envolvendo grandes interesses do Estado, principalmente aqueles de repercussão política ou econômica, a balança do Judiciário não se incline mais para um lado, embora fazendo-se, todavia, acompanhar de justificativas sedutoras.

Então, não restam dúvidas de que não há igualdade em se litigar com o Estado. Primeiro, porque, geralmente, este reserva para si uma jurisdição privilegiada; segundo, porque as leis adjetivas, para beneficiá-lo, concedem-lhe inúmeros favores processuais, tais como: prazos em dobro ou em quádruplo, recursos necessários, isenção de custas, imunidade contra liminares e outros; terceiro, porque os juízes, sendo órgãos integrantes da estrutura estatal, tendem, naturalmente, a decidir dentro de limites que não ameacem quebrar essa integração, e sempre, subliminamente, de acordo com a orientação político-jurídica do seu mentor institucional.

3.3. A BUROCRACIA E A MOROSIDADE DA JUSTIÇA DIANTE DE NOVAS EXIGÊNCIAS SOCIAIS

A dificuldade que a burocracia judiciária acarreta para o acesso à Justiça é uma realidade indiscutível nos meios forenses do mundo contemporâneo.

Todas as mazelas próprias do serviço público, como o excesso de protocolos, de registros, de carimbos e outros burocratismos povoam os órgãos que auxiliam a Justiça estatal. A máquina judiciária assumiu feições tão diabólicas que muitos advogados passaram a contratar “testas-de-ferro” para enfrentar as dificuldades impostas para se ter acesso aos processos – não à Justiça – em vez de perder uma manhã ou uma tarde inteira debruçados sobre algum balcão de cartório.

O cidadão comum, leigo, este nem se fala. Não ousaria entrar em determinadas repartições da Justiça desacompanhado de advogado. É por isso que recente pesquisa da *Vox Populi* constatou que 73% da população brasileira não confia na Justiça.

Mas a burocracia e os entraves por ela criados têm sua razão de ser. É que o monopólio, a estabilidade funcional dos servidores da justiça, a vitaliciedade dos juízes, a falta de estímulos, a falta de especialização, o excesso de formalismo, a preguiça e o interesse de muitos profissionais da advocacia de que essa situação perdure, nutrem um círculo vicioso de interesses em que as dificuldades administrativas por essas causas criadas valorizam as atividades de quem as pratica e, ao contrário do que muitos pensam, geram riquezas.

Agora imaginem o paradoxo entre a burocracia que emperra a prestação jurisdicional estatal e a dinâmica desenvolvimentista da sociedade atual.

Está claro, não só pelo apego excessivo ao procedimento e à forma, que o Judiciário teria de se modernizar a uma velocidade superior à programada pelos repasses de verbas governamentais para acompanhar as novas exigências sociais. A criação de juizados especiais e a reforma do processo constituem um pas-

so ousado, mas não solucionam, por completo, a demanda de processos que entram em nossas varas cíveis e nem muito menos a quantidade de pendências repressadas ou contidas pelo descrédito na Justiça.

O economista e diplomata Roberto Campos, em recente artigo publicado no *Jornal do Commercio*⁵, disse com toda lucidez: “O Judiciário é hoje, na unanimidade do sentimento do País, uma de nossas mais ineficientes instituições (é certamente a única imune a qualquer tipo de avaliação ou controle externo). Não porque os juízes sejam venais, indolentes ou irresponsáveis. Pelo contrário, a qualidade pessoal da nossa magistratura é geralmente reconhecida como adequada. A questão é que tudo funciona mal, lento, caro, imprevisível e incerto – e justiça lenta, cara, e incerta, não é justiça.”

Aliás, essa é uma conclusão mundial. Antes tido como um “direito social”, hoje esse acesso assume a feição de um “problema social” dos mais graves, como ressaltou o Prof. Bryan F. Garth. O Estado deve urgentemente voltar-se para as formas alternativas de prestação de Justiça. A criação de juizados especiais e a alteração no processo não bastam. É preciso investir na arbitragem, na mediação e na conciliação. Os grandes conglomerados empresariais exigem formas mais confiáveis e menos burocráticas de justiça; as comunidades marginalizadas, por sua vez, reivindicam mais atenção dos governos com a criação, nessa área, de instrumentos céleres e acessíveis de prestação jurisdicional.

5 Campos, Roberto. *O Pior Corporativismo*. *Jornal do Commercio*, nº 147, ano LXXVII, 26.05.96, pág. 13.

4. A GLOBALIZAÇÃO DA ECONOMIA E A JURISDIÇÃO ESTATAL

Um fenômeno bastante atual no limiar do século XXI é a formação de blocos econômicos. A economia mundial se expandiu de tal maneira que as fronteiras nacionais passaram a ser um obstáculo ao desenvolvimento de empresas multinacionais. Procurou-se, então, unificar tarifas alfandegárias, tributos internos, regimes de competição entre empresas e, concomitantemente, remover todos os obstáculos à expansão do capital internacional.

A Justiça, por sua vez, diante de mudanças tão profundas da economia mundial, não podia ficar incólume. Tinha de passar por mudanças que atendessem às novas regras e aos interesses, muitas vezes conflitantes, entre nações alienígenas. E, de inopino, apresentou-se de logo o primeiro desafio a ser resolvido: como compatibilizar os interesses multinacionais em foros nacionalizados? Em outras palavras: qual o foro competente para resolver pendências envolvendo países distintos?

Em nível de Mercosul, o Protocolo de Brasília, no art. 1.^o, Capítulo I – Âmbito de Aplicação – é expresso ao definir:

“As controvérsias que surgirem entre os Estados-partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como das decisões do Conselho do Mercado Comum e das Resoluções do Grupo Mercado Comum, serão submetidas aos procedimentos de solução estabelecidos no presente Protocolo.”

Mais adiante, no art. 19, 1, do Protocolo, define-se a estrutura organizacional de julgamento dessas controvérsias, estabelecendo-se:

“O **Tribunal Arbitral** decidirá a controvérsia com base nas disposições do Tratado de Assunção, nos acordos celebrados no âmbito do mesmo, nas decisões do Conselho do Mercado Comum, nas Resoluções do Grupo Mercado Comum, bem como nos princípios e disposições de Direito Internacional aplicáveis na matéria.”

As controvérsias entre particulares, no âmbito do Mercosul, todavia, estão fora do referido sistema. É sugerida, como é óbvio, a solução do Juízo Conciliatório (negociação direta, mediação, conciliação propriamente dita e Juízo Arbitral), antes de provocar a jurisdição estatal de qualquer dos países dos conflitantes privados.

Não nos parece que outra seja a solução adotada para a União Européia e para o Nafta.

Ora, tudo isso nos leva à conclusão de que a arbitragem, pelo menos como meio de solução de litígios patrimoniais privados, é a única alternativa viável para compor conflitos entre particulares de duas ou mais nações. Criar uma jurisdição fixa, estruturada pelos países interessados, parece-nos uma opção bastante dispendiosa e alheia a uma comunidade que se mantém coesa pela força de interesses e convicções comuns, e não pela de um ordenamento jurídico estatal multinacional.

Pensou-se, por exemplo, no âmbito do Mercosul, por proposta do Uruguai, à semelhança da União Européia, criar um tribunal permanente. Todavia, o maior receio dos presentes à cúpula era de que a institui-

ção, da mesma forma como acontece no outro bloco econômico, virasse um “cabide de empregos”, sem se falar no antro de corrupção desenfreada e intrigas em que, por certo, transformar-se-ia, posto que viriam as secretarias, as assessorias e um rol infindável de burocratas e técnicos, desnecessariamente.

Daí, enxergarmos a arbitragem como uma opção não-estatal de solução de conflitos entre pessoas de países diferentes. Criar-se um órgão estruturado como uma repartição pública qualquer, constitui, em nosso ver, um empecilho à integração econômica e social das nações, até pela desconfiança e o excesso de poderes que concentraria ao longo do tempo.

5. TENDÊNCIAS DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ESTATAL: O *JUDICIAL CONTROL* E O AVANÇO DO DIREITO COLETIVO E DAS MEDIDAS DE CONTROLE DA LEGALIDADE

O controle judiciário ou judicial da legalidade dos atos jurídicos de repercussão, especialmente o administrativo, *a posteriori*, tem assumido contornos cada vez mais complexos. É talvez essa a maior razão para defendermos a concentração de todo o potencial da jurisdição estatal no controle desses atos, deixando ao juízo arbitral a tarefa de composição dos conflitos privados *inter partes*, sem prejuízo, evidentemente, de, sempre que houver lesão ou ameaça de direito (art. 5^o, XXXV, da C.F.)⁶, o Judiciário seja acionado na condição de protetor da ordem jurídica.

6 Constituição Federal, art. 5^o, inciso XXXV, dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

O surgimento do direito do consumidor, do direito ambiental e de novas ações especiais, visando à sua proteção, trouxe para o Judiciário novas atribuições. Nenhuma entidade, senão o Estado, está melhor aparelhada para enfrentar o desafio de fiscalizar produtos e defender um ambiente ecologicamente equilibrado, assegurando aos cidadãos os meios jurídicos necessários ao exercício de seus direitos. Qual a entidade particular, por exemplo, que teria poderes para intervir em outra, indo às últimas consequências de cancelar suas atividades em definitivo? Nenhuma! Ademais, existem questões que não poderiam ser levadas à decisão arbitral, posto que deturpariam os seus princípios institucionais. Existe jurisdição mais vocacionada à apreciação de medidas judiciais intentáveis para correção de condutas administrativas e que afetem à coletividade do que a estatal? Quem, senão o Estado através dos seus órgãos judiciários, processaria, julgaria e executaria medidas especiais como o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança – individual ou coletivo – o mandado de injunção, a ação popular, a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade? Todos, indistintamente, remédios de controle da legalidade em sentido amplo. A própria ação penal é, e deve continuar sendo, de processamento exclusivo dos órgãos estatais jurisdicionais. Se bem que em alguns países já se experimenta a privatização de algumas funções antes consideradas exclusivamente do Estado, como, por exemplo, a de administrar presídios.

5.1. AS PEQUENAS CAUSAS E OS JUIZADOS ESPECIAIS

O constituinte de 1988 trouxe, como norma programática, a possibilidade de se criarem neste País os chamados juizados especiais, filiando-se à vertente do movimento universal de acesso rápido à Justiça, não propriamente ao Judiciário. Reservou a estes juizados a competência para conciliar, julgar e executar as causas de menor complexidade e as infrações criminais de menor potencial ofensivo, deixando com a Justiça Comum, deduz-se, a competência para o processo e o julgamento das grandes causas.

Andou bem o Constituinte quando assim decidiu. De fato, os juizados especiais devem se voltar para os pequenos, para as causas ajuizadas em grande número e que interessam à maioria da população. Não é vocação de uma Justiça cara, na qual é imprescindível a intervenção de peritos, advogados e outros, a resolução de pequenos e numerosos conflitos intersubjetivos da imensa maioria da população, quando os que a procuram sequer têm o mínimo de recursos necessários à sua própria subsistência. Além do mais, é dever do Estado assegurar a igualdade dos cidadãos perante a lei, garantindo-lhes, dentre outros direitos essenciais, o acesso a uma Justiça rápida e barata.

Mas, não obstante os propósitos do legislador constituinte, a verdade é que, no âmbito do cível e no referente às matérias não compreendidas na jurisdição especial, a criação desses juizados não surtiu os efeitos desburocratizantes almejados. Avolumam-se mais e mais os processos nessa área. Em recente levantamento estatístico, chegou-se à conclusão de ser crescente a quantidade dos feitos que entram em relação aos que saem da Justiça. E o pior: os que são julgados, na sua maior

parte, deixam as varas com sentenças sem o juiz conhecer do mérito, porquanto proferidas em decorrência de incidentes processuais, como abandono de causa ou desistência.

A sensação dominante é que lembraram as causas dos pobres e esqueceram as dos ricos.

O “calcanhar de Aquiles” da Justiça – para quem milita no foro sabe – é a morosidade das chamadas *grandes causas*, aquelas que estão, há anos, nas prateleiras dos cartórios sem solução, porque, dada a sua complexidade, a burocracia não se encontra aparelhada para solucioná-las a contento.

6. A ARBITRAGEM COMO FORMA ALTERNATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

6.1. HISTÓRIA

As inovações advindas do natural e necessário processo de mutação do homem, adaptando-se ao meio ou nele interagindo para amoldá-lo às tendências evolutivas nos mais diversos setores, propiciam o surgimento de meios necessários à solução de conflitos delas naturalmente decorrentes, assim como de respostas às indagações várias que chamam a atuação efetiva do homem como modo de controlar a sua própria evolução; dos conflitos hão de, necessariamente, surgir novos métodos direcionados à sua resolução.

A arbitragem não fugiu ao processo evolutivo do pensar a solução de litígios; ao contrário, surgiu como a própria alternativa. Afinal, foi sob o surgimento natural da crescente burocratização das relações humanas não propriamente querida, porém, inevitável, que despontaram novas formas de conflitos e, necessariamente, meios para a sua solução, exurgindo, em abandono gradativo à autotutela, dentre outras, a idéia de

se contatar uma terceira pessoa, neutra perante litigantes, cuja posição acerca do impasse haveria de ser por estes acatada, aceitando-se como melhor desfecho àquele conflito de interesse. Já, pois, a arbitragem.

Cerca de três milênios antes de Cristo, já se praticava a arbitragem para a resolução de conflitos, tanto no âmbito do direito interno quanto entre cidades-estado da Babilônia, dispondo-se, contudo, de maior sorte de documentos acerca da sua prática na Grécia. É de notícia o tratado firmado entre as cidades de Atenas e Esparta, do ano 445 a.C., trazendo cláusula expressa de direcionamento das partes à arbitragem, para o caso de surgimento de contenda, muito embora o intuito precípua de se evitar a guerra tenha sido por vezes sobrelevado por uma das partes no anseio de estabelecer a sua superioridade política. O que ocorrera, a descontento posterior, no caso específico das decantadas cidades gregas, decorridos cinco anos da assinatura do referido tratado⁷.

A despeito de reconhecidos os bens sucedidos rumos da evolução da civilização grega, foi em Roma, e mais especificamente através de Justiniano, que a arbitragem recebeu tratamento jurídico de relevância, não se podendo, contudo, estabelecer comparação precisa entre os exemplos afigurados naqueles dias e a arbitragem que hoje se apresenta. É de se ver, *verbi gratia*, a diferença havida entre as figuras do árbitro dos dias atuais com o chamado *arbiter* do direito romano, juiz escolhido pelas partes para conhecer e decidir acerca de um litígio, cujos poderes eram derivados e limitados pelo pretor, não advindos das partes. O

7 Jean Delorme, apud Carmona, Carlos Alberto, in *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, Malheiros Editores Ltda., pág. 39)

mesmo diga-se relativamente ao *arbitrum ex compromisso* – com título específico no Digesto – cuja pronúncia tinha eficácia direta reconhecida, e aferia à parte lesada pelo inadimplemento da outra, a *actio in factum*, mais direcionada ao cumprimento do juramento que à pronúncia arbitral.⁸

Fator diverso de fortalecimento do uso da arbitragem, entre os romanos, deu-se quando da invasão germânica, posto que preferiam submeter os seus litígios aos árbitros, seguindo a orientação do próprio direito romano, a verem-se dirigir por imposição dos conquistadores.

Segundo a opinião de Carlos Alberto Carmona⁹, a Igreja, através do direito canônico – inspirando-se na idéia do direito romano, tratou de disciplinar a matéria – teve participação crucial no desenvolvimento e aplicação da arbitragem no período medieval, emergente no espaço deixado pelo Estado, por sua vez pouco se empenhando na solução rápida dos conflitos e mostrando-se inerte ante as mudanças surgidas ao fim do período feudal. Incentivou-se, com isso, a procura pela arbitragem voluntária, surgindo também, em partes da Itália, quando do fim da Idade Média, a arbitragem obrigatória no trato com determinadas questões.

Utilizada limitada e acauteladamente, na era moderna, a arbitragem, de forma paulatina, chega aos nossos dias retomando a importância dantes experimentada e fortalecendo-se a cada novo tratado internacional.

No Brasil, a arbitragem já era tratada desde as Ordenações Filipinas – mesmo ultrapassada à época – vigeu ainda após a proclamação da independência,

8 Idem.

9 Idem, pág. 43.

admitindo, justo por não se sujeitar o laudo arbitral à homologação, o exercício do recurso, dispositivo esse que fora mudado com o advento da Constituição do Império (1824), que, por sua vez, determinava a execução sem recurso das sentenças proferidas pelos “juízes-árbitros”, se assim acordassem as partes.

O Código Comercial, promulgado em 1850, no seu art. 294 tratava da arbitragem – obrigatória – quando do surgimento de contenda entre sócios, o que foi abolido anos depois. Desde o referido ano, e com o advento do Regulamento 737 – delineador da distinção entre a arbitragem necessária e a voluntária – os processos envolvendo assuntos ditos do comércio passaram a ser disciplinados por este Regulamento, assim como as causas cíveis, após a proclamação da República. Com o decreto 3.900, do ano de 1867, estava o árbitro livre para julgar com equidade, se autorizado pelas partes.

A questão da arbitragem prosseguiu sendo abordada de modo assaz diversificado no Brasil, isto, pois, com a República, donde cada Estado a disciplinava no seu próprio código de processo.

O Código Civil brasileiro, promulgado em 1916, regulou o compromisso arbitral, incluindo-o no Livro dedicado às Obrigações, o que gerou embaraço quanto à sua natureza, por alguns dita contratual, por outras, obrigacional.

Tratou do júízo arbitral, o Código de Processo de 1939, no seu Livro IX, sem, no entanto, dispor acerca da cláusula compromissória.

O atual Digesto Processual Civil poucas alterações trouxe à arbitragem, disciplinando-a no Livro IV, Título I, Capítulo XIV, arts. 1.072 a 1.102, dispondo, ademais, sobre o compromisso arbitral.

6.2. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA ARBITRAGEM SOBRE A JURISDIÇÃO ESTATAL

É para serem analisados, a cada implantação de novos métodos que venham a modificar determinada estrutura, os seus efeitos, os pontos positivos e os negativos de sua aplicação. Por vezes, inovações que se afeiçoam práticas, ágeis e pouco onerosas, nem sempre são recepcionadas com gáudio por todos, mormente por aqueles irredimidos em admitir que, além desses fatores satisfatórios, garantir-se-á a qualidade do serviço oferecido.

No pertinente à arbitragem, é de entendimento de boa soma de doutrinadores que, dentre as vantagens que justificam o impulso das partes por ela optarem, estão, a princípio, a celeridade, a economia e o segredo, circunstâncias, por vezes, inexistentes, se a escolha for dada pelo juiz togado.

Certo é, que a formalidade, a burocracia dos ritos aos quais se sujeitam os impasses levados à apreciação pelos órgãos judiciários do Estado, e a notória falta de estruturação destes para absorver a demanda e verter resultados satisfatórios à população, em muito delongam o andamento do litígio, desencorajando, por vezes, a procura da tutela jurisdicional. Eis que a arbitragem mostra-se como boa alternativa aos que almejar presteza na solução de conflitos, posto que, tendo as partes a faculdade de escolher o encaminhamento, em termos de procedimento, da demanda, vários entraves burocráticos haver-se-ão por superados. Da simplificação decorrerá a celeridade. Do utilizar-se tão somente o indispensável, garantir-se-á a praticidade e, conseqüentemente, a brevidade, sem se sacrificar quaisquer direitos das partes. Veja-se, ademais, o não cabi-

mento de recurso para as decisões advindas da arbitragem, o que reflete, ao contrário do que ocorre na sentença recorrida, o resultado imediato do *decisum*.

Aponta a doutrina, como sobredito, ser a economia mais um item a favor da aplicação da arbitragem. Sem dúvida ela é, sim, menos onerosa para as partes, pois baixos são os seus custos contrariamente ao que ocorre no procedimento comum.

Como terceiro ponto vantajoso de destaque à escolha da arbitragem, temos a sigilosidade, em detrimento da regra geral de publicidade da maioria dos atos processuais, excetuando-se aqueles casos expressamente previstos em lei. O segredo garantido no juízo arbitral, evita que se exponham documentos e fatos que, por sua natureza, ensejariam influências externas que tumultuariam o processo de composição do litígio.

À arbitragem, porém, não se podem restringir as vantagens dessas três já citadas, tidas como principais. Temos, outrossim, outros pontos que influenciam na escolha dos contendores pela arbitragem em detrimento da jurisdição estatal. Assim se apresenta, *por exemplo*, a liberdade das partes na escolha dos árbitros que, por vezes, sendo pessoa dotada de conhecimento técnico específico na área, traz à decisão, de certo, celeridade, economia e precisão técnica; como consequência da mesma liberdade de escolha das partes, decorre, como outra vantagem, a neutralidade do julgador escolhido e, por conseguinte, maior segurança no concernente à sua imparcialidade, mormente nas questões de arbitragem internacional. Outro proveitoso aspecto da arbitragem está no atinente às reduzidas e até ausentes formas solenes para o seu andamento. É o que se vê, portanto, com a celebração de audiências nos litígios submetidos à arbitragem, as partes, poden-

do lidar diretamente com o árbitro, têm mais liberdade de expor suas posições, frisando-se aqui, ademais, a prevalência dos salutares princípios da oralidade e da concentração no instituto da arbitragem.

Todavia, como não se pode atribuir só, e somente só, vantagens à arbitragem, naturalmente se apresentam fatores que vão de encontro principalmente às três tradicionais vantagens a ela conferidas. De feito, se tais circunstâncias – celeridade, economia e sigilo – apresentam-se mais comumente no juízo arbitral, podem elas mesmas não se afigurarem, porém, como uma constante nos litígios a este submetidos. É sabido que contendas levadas à arbitragem têm-se delongado tanto e até a mais do que conflitos encaminhados à apreciação jurisdicional do Estado; da mesma ciência, os altos custos de determinados processos ligados à arbitragem, nos quais as partes custeiam seus próprios patronos e despesas com diligências do processo. Enfim, o segredo àquela atribuído não é de um todo absoluto, posto que muitas das sentenças e relatórios dos órgãos arbitrais internacionais são por vezes publicados em sua inteireza e, mesmo omitindo alguns dados do processo, acabam por expor o assunto e até as próprias partes.

6.3. TENDÊNCIAS ATUAIS E PERSPECTIVAS FUTURAS DA ARBITRAGEM

A hesitação em implantar o novo, em não abalar estruturas, que dantes mostravam-se incólumes a quaisquer revisões, é, por vezes, o condão que administra o adiamento da feitura de reformas necessárias.

Este, cremos, o receio que acometeu o legislador pátrio ao tratar da arbitragem, em nosso Digesto Processual Civil, com a timidez com que nele se apresen-

ta, poupando-a das inovações que seriam imprescindíveis à sua efetiva aplicação como meio alternativo de prestação jurisdicional. O medo de que a arbitragem venha a ferir princípios constitucionais, mantém-na controlada pelo Estado através do chamado juízo homologatório, por exemplo.

Três anteprojetos, num espaço de dez anos, foram oferecidos no intuito de aperfeiçoar o instituto como hoje se encontra disciplinado no Brasil, acompanhando as tendências européias. O primeiro deles, de 27 de maio de 1981, trazia 28 artigos; porém, uma vez publicado para o recebimento de sugestões, quedou-se no esquecimento. Seguirá-o, por determinação do Ministério da Justiça, publicação de novo anteprojeto, este do ano de 1987 e contendo 37 artigos, que derogaria o Código de Processo Civil no atinente à arbitragem. Apesar de elogiado por alguns, não mereceu maiores atenções pelos cientistas, não vertendo resultados e sendo, a exemplo do anterior, arquivado. O último, publicado em 14 de julho de 1988 a fim de receber críticas e sugestões, não seguia os anteriores, pois opinava pela modificação do Código de Processo em si, no que a arbitragem harmonizar-se-ia com a mencionada lei, nos dizeres de Carlos Alberto Carmona.¹⁰

Contudo, os três anteprojetos não preencheram as lacunas e tampouco solucionaram questões cruciais acerca da arbitragem, tanto relativamente à homologação do laudo, como concernentemente à cláusula comissória, esta concebida, na forma em que se encontra, como simples promessa de celebração de compromisso e não norma instituidora diretamente do juízo arbitral.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 126.

No que tange à homologação do laudo arbitral, espera-se o reconhecimento dos efeitos deste comparáveis aos da sentença, extinguindo-se, como assim sugere entendimento de sensível parcela doutrinária, qualquer referendo ou visto judicial para que se equipare a título executivo.

Outros aspectos da arbitragem urgem reformas e novo projeto de lei está por surgir. O repensar faz-se necessário, até que se tenha um instituto que atenda – ou ao menos mais se aproxime – aos anseios de resolução de conflitos com desfecho mais célere, menos dramático para as partes que já trazem a angústia de contender na busca de alcançar a corporificação de um direito.

6.4. PRIVATIZAÇÃO DA JUSTIÇA?

Uma pergunta fica no ar: até que ponto a difusão e a ampliação da competência do Juízo Arbitral importarão na privatização da Justiça?

Depois da formação dos blocos econômicos da União Européia, do Nafta e, mais recentemente, do Mercosul, é forçoso reconhecer que o interesse pela arbitragem passou a ser uma constante em nossos meios jurídicos. Nunca se discutiu tanto essa alternativa à jurisdição estatal como nos dias de hoje. Palestras, encontros e congressos são agendados semanalmente para debater esse assunto. Árbitros estrangeiros são patrocinados para promover esses eventos nas escolas e faculdades de Direito. Tudo isso, obviamente, justifica-se pelo interesse de multinacionais em modificar a arcaica legislação brasileira e, no futuro, criar um ambiente propício à adoção, por via de convenção ou cláusula contratual, da arbitragem.

Incontrovertida é a conclusão de que, de mais a mais, e se a arbitragem realmente vingar, num futuro não muito longínquo, passaremos a assistir, por parte desta, à progressiva reconquista do seu espaço perdido. E esta retomada, que pressupõe um crescente prestígio desse instituto entre os jurisdicionados, levar-nos-á a optar por dois caminhos distintos: manter o modelo atual, deixando a arbitragem como opção convencional e subsidiária de jurisdição, ou restringir a competência do Poder Judiciário àquelas causas em que, pela sua natureza, não pudessem ser apreciadas no juízo privado, reservando-se-lhe, não obstante, em qualquer caso, o controle da legalidade.

O primeiro, parece-nos o mais próximo e descomplicado, porquanto só requer mudanças na legislação de que trata do Juízo Arbitral, munindo-a dos instrumentos processuais indispensáveis à reconquista do seu espaço junto ao jurisdicionado. Já o segundo, no entanto, está para um futuro mais distante; todavia, para nós, é o que melhor destinar-se-ia às mudanças, uma vez que resolveria o problema da obstrução processual da Justiça, na medida em que deixaria com o Judiciário a solução dos conflitos de interesses de relevância social e política, especialmente aqueles de valor econômico inestimável, enquanto a arbitragem ficaria com as causas cíveis e comerciais que envolvessem somas de dinheiro de valor superior a uma certa quantia em salários-mínimos¹¹, por exemplo.

E continua a pergunta: até que ponto essa segunda opção importaria numa privatização da Justiça?

11 A Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, estipulou uma alçada, para admitir as causas no seu âmbito, de até 40 salários mínimos.

Seria uma realidade, não resta dúvida. Mas seria um *dar a César o que é de César*. Deixar que a iniciativa privada cuidasse dos seus assuntos em matéria de solução de suas pendências, notadamente aquelas que dissessem respeito a contratos, por exemplo, nada mais representaria do que a adequação do processo ao direito substantivo que lhe serve de objeto. Ora, se o ordenamento jurídico concede ao particular o poder de integrar esse sistema com normas de sua iniciativa, elaboradas através de contratos e outros negócios jurídicos, por que não o autorizaria, de *lege ferenda*, também a processar e julgar os litígios decorrentes dos conflitos criados por essas relações ou por outros atos a elas equiparados?

Transferir parte da competência dos órgãos judiciais para árbitros, preservando, no entanto, o poder daqueles exercerem o controle da legalidade dos atos provindos destes, dêis que inquinados de ilegalidade formal ou substancial, não constitui propriamente uma privatização das funções jurisdicionais, na medida em que não há transferência total desses atributos para a iniciativa privada; constituir-se-á muito mais numa quebra do monopólio estatal da jurisdição.

7. OUTRAS ALTERNATIVAS DE COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS INTERPARTES

7.1. A MEDIAÇÃO

Os chamados “meios pacíficos” de composição de litígios são três: a mediação, a conciliação e a arbitragem. Do último já tratamos anteriormente. Restanos falar dos dois outros meios de composição amigável de contendas, os quais, têm como característica mais importante, o fato de não gerarem ganhadores ou perdedores. Ambos os contendores, havendo conciliação, serão ganhadores e perdedores.

A mediação, particularmente, constitui muito mais um meio de se levar à composição amigável do que propriamente uma forma autônoma de pacificação de conflitos. Através desse meio, um terceiro, estranho à contenda, procura aproximar as partes para que elas próprias negociem. O seu papel é introduzir-se no “campo de marte” e, pela sua autoridade, forçar uma aproximação dos contendores com a finalidade precípua de compor uma conciliação. Daí porque dissemos ser a mediação muito mais uma forma procedimental do que uma alternativa de composição de conflitos intersubjetivos.

E por que então incluímos a mediação neste capítulo?

É simples. Acreditamos que o Estado, em situações que deva intervir, ou por ter sido provocado por uma das partes ou em face do interesse público premente, deve sair da posição passiva onde se encontra e, cumprindo um dos seus deveres institucionais, restabelecer a paz e a concórdia entre os litigantes, garantindo, enfim, a integridade do corpo social. Diríamos até que esse dever é corolário mesmo de ordem pública.

E essa atitude ativa se justifica, tendo em vista o estado de apatia e inércia daqueles que estão envolvidos no conflito diretamente. Esperar deles uma atitude conciliatória seria a mesma coisa de, numa disputa qualquer, alguns dos concorrentes pedir uma trégua. O ato seria interpretado como uma atitude covarde ou, diante de uma controvérsia de argumentos, uma atitude de quem reconhece como vencedora a tese da parte contrária. Por isto é que, em casos como tais, o Estado deveria instituir e regulamentar a atividade de mediadores oficiais para buscar, ativamente, se não a solu-

ção de desavenças (atuando também como conciliador) pelo menos a reaproximação das partes, à semelhança de alguns agentes ou organismos internacionais que trabalham, no âmbito externo, no sentido da pacificação de povos beligerantes.

7.2. A CONCILIAÇÃO COMO ETAPA PROCESSUAL INFORMAL E FORMAL

Na conciliação, ao contrário da mediação, o terceiro estranho à lide negocia, sugere, propõe e esforça-se no sentido de estabelecer o acordo de vontade das partes em litígio. Podemos dizer, para fins de distinção entre as duas figuras, que enquanto o mediador atua externamente o conciliador atua direta e internamente na lide; o mediador aproxima os litigantes e o conciliador aproxima os interesses em litígio.

A conciliação, na legislação pátria, tem conseguido avanços expressivos. Basta lembrar a sua importância nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, recentemente criados pela Lei n.9.099, de 26 de setembro de 1995, e a partir da reforma estatuída no Código de Processo Civil, onde, por exemplo, no art. 331, estabeleceu-se como fase integrante do procedimento ordinário, a audiência de tentativa de conciliação como *ato antecedente obrigatório*¹² do saneamento do processo. Outrossim, no procedimento sumário, a ousadia do legislador foi mais longe. Instituiu-se neste rito a possibilidade do juiz, no incio da audiência de instrução e julgamento, ser auxiliado por conciliador; figura antes inexistente na estrutura na Justiça Comum. Agora, é a própria lei que autoriza o Poder Judiciário

12 Machado, Antônio Cláudio da Costa, *Reforma do Código de Processo Civil Interpretada*, São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 47.

a transplantar a exitosa experiência da conciliação prévia para os outros setores do Judiciário.

Mas até aqui nos preocupamos com a conciliação como etapa processual formal. Não falamos da importância – ignorada pelo nosso legislador – de utilizar as vantagens propiciadas pela conciliação fora do processo, ou seja, fora do formalismo ínsito do processo.

É que o nosso ordenamento jurídico permite a composição amigável de pendências fora do âmbito judicial, independentemente da interposição de qualquer processo e da lavratura de termo respectivo. Permite, em outras palavras, que os contendores possam, através de expresso por elas assinado, compor as suas diferenças com autonomia e desvinculados de qualquer formalidade procedimental. As únicas formalidades a que terão de obedecer é a exigida pela lei para constituição de um *título executivo extrajudicial*, quais sejam: 1) escritura ou documento público; 2) documento particular assinado por duas testemunhas; 3) instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria ou pelos seus respectivos advogados. Neste sentido, aliás, deixou expresso o dispositivo recentemente reformado do art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil.

Para facilitar a consecução de tal desiderato, chegamos à conclusão de que a solução não estaria somente em mudanças estruturais no Poder Judiciário, mas em caminhos menos onerosos; mormente por aqueles esquecidos pelo desuso e onde se priorizasse a capacidade natural dos próprios demandantes em solucionar, por si sós, as suas pendências. E isso é lógico, pois se a convenção entre particulares é a causa principal geradora de direitos e obrigações na ordem jurídi-

ca, por que também não o seria para resolvê-los, extingui-los? Outrora, inclusive, a conciliação prévia era uma fase que pressupunha a interposição de qualquer ação judicial, a ponto de constar um dispositivo na Constituição do Império do Brasil que dizia: “**sem se fazer constar que se tem intentado o meio da conciliação, não se começará processo algum**” (art. 161).

Todavia, embora reconheçamos a dificuldade de se implementar qualquer modelo alternativo de composição de conflitos intersubjetivos, principalmente diante do princípio constitucional tradicional de que “**A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito**” (art. 5^o, inciso XXV da Constituição Federal), estamos cômicos de nada obstar a que, sem se revogar esse princípio de controle judicial dos atos ameaçadores ou lesionadores de direitos, quebre-se o monopólio da prestação jurisdicional. Este, aliás, pelo menos no âmbito da legislação pátria, nunca existiu. O *Juízo Arbitral* e a *transação*, como meios legais postos à disposição dos contendores para solução de suas pendências, sempre fizeram presença no nosso sistema normativo, e são, inegavelmente, formas de composição de pendências fora da jurisdição e, portanto, do Poder Judiciário. O Código Civil no seu art. 1.030, frise-se, chega mesmo a dar à *transação* o efeito de coisa julgada entre as partes, somente admitindo a sua rescisão por dolo, violência, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa.

Assim, sem transgredir qualquer norma substantiva ou adjetiva, seria perfeitamente viável, aproveitando a experiência de nossos conciliadores e utilizando os institutos legais supracitados, criar um centro destinado a promover mediações, conciliações e arbitragens em pendências judiciais e extrajudiciais de

cunho patrimonial. Não é por acaso que a própria legislação facilitou esse trabalho, possibilitando que, extrajudicialmente, fosse promovida a composição amigável de pendências de qualquer natureza ou valor, independentemente de termo nos autos, em documento homologado por sentença ou referendado pelo Ministério Público (disposição instituída pela Lei 7.244, de 7.11.84, e recepcionada, *ipsis litteris*, pelo art. 57 da Lei 9.099, de 26.9.95).

Além do mais, sem prejuízo das atribuições que lhe serão inerentes e para um melhor aproveitamento de sua destinação, esse centro funcionaria como escola de treinamento de conciliadores dos Juizados Especiais Cíveis e, tendo em vista o suprimento de pessoal técnico especializado em perícias judiciais, também como central de peritos, colocando à disposição dos juízes, no que tange a esta última finalidade, um excelente corpo técnico de onde o magistrado poderia escolher seus peritos com segurança e de acordo com a especialidade técnica de cada um.

8. CONCLUSÃO

Avocando para si o monopólio da jurisdição, a justiça pública também fez inserir no sistema flexível de antes o seu modo de administrar as coisas. Foram estabelecidas, ao alvedrio, muitas vezes do bom senso e dos interesses das partes, formas dogmáticas de condução processual. Além disso, e para garantir o mínimo de prestígio à sua judicatura outorgada, concederam-lhe um corpo de auxiliares e intermediários. Formou-se, assim, um embrião de *poder autônomo* para fazer valer e respeitar as suas decisões, o qual veio evoluir mais tarde, transformando-se no que denomi-

namos de Poder Judiciário. Com ele, estruturou-se uma classe privilegiada de funcionários no Estado para fazer atuar a sua autoridade. Substituiu-se a força da crença na honra dos pactos e compromissos pela crença na força. Enfim, gerou-se um mito.

Mas o que se constata de pior na concentração da *jurisdição* pelo Estado, é o fato deste ter se arvorado no processo seletivo de dizer quais as pessoas que se acham vocacionadas para julgar. Antes, reparem bem, escolhiam-se os árbitros pela sua fama, adquirida em razão do seu desempenho no exercício da arbitragem e do prestígio que gozavam perante a comunidade. A arte de judicar, espontaneamente brotada no homem, era de livre exercício, como qualquer outra profissão liberal.

Quantos bons julgadores, nos dias atuais, não ficam impedidos de demonstrar as suas aptidões, só porque não têm oportunidade de ingressar nos quadros da burocracia judicial? Não que sejamos contrários a uma magistratura togada ou que não aproveamos o modo pelo qual o Poder Judiciário em nosso País se autocompõe e seleciona os seus magistrados; muito pelo contrário, pois, comparado com o processo seletivo em outros países, o nosso, indubitavelmente, é um dos melhores. Pelo menos escolhe os seus juízes dentre bacharéis em direito aprovados previamente em concursos públicos – uma das formas democráticas de escolha ao lado da eleição. Estes, talvez, os únicos profissionais capazes de interpretar os trechos legais esdrúxulos e enigmáticos elaborados pelos nossos legisladores de causa própria.

Porém, insurgimo-nos contra o fato de, autoritariamente, terem concentrado no Judiciário todo o poder de jurisdição, reservando à arbitragem,

desprestigiada e despida dos poderes que lhe davam condições mínimas de sobrevivência, o lugar dos esquecidos, ou, nas palavras de *Luiz Olavo Baptista*, a posição de verdadeira “gata borralheira, sem acesso ao príncipe e sem fada-madrinha”.

O Poder Judiciário, ao nosso modo atrevido de ver, existe muito mais em razão da função de controle da legalidade – esta sim, exclusivamente estatal – do que da de julgar os conflitos entre particulares (intersubjetivos), ressaltada naquela máxima constitucional que estabelece: “**A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito**” (art. 5^o, inciso XXXV, da C.F.).

Frise-se, por outro lado, que nem todas as causas cíveis podem ser submetidas a juízos arbitrais, senão aquelas cujos direitos são disponíveis e de interesse estritamente patrimonial. O mandado de segurança, a ação popular, a ação civil pública, o *habeas corpus* e o *habeas data*, bem como outros remédios constitucionais, por exemplo, são ações especialíssimas e integrantes do sistema de controle da legalidade. Por sua vez, a ação executiva fiscal, as ações falimentares, as sujeitas à Justiça Eleitoral, dentre outras, não poderiam ter outro foro de apreciação mais qualificado do que aquele patrocinado pelo Poder Judiciário.

A verdade é que a função de equilíbrio e proteção da ordem jurídica é própria do Judiciário. No controle da constitucionalidade das leis, só para exemplificar, que outro órgão poderia exercê-lo? Ainda que se lhe desse outra denominação ou que não o integrasse à estrutura formal desse Poder, teria, com certeza, a mesma natureza das cortes julgadoras. Vejam o caso dos Tribunais ou Conselhos de Contas em nosso País.

A morosidade mundialmente famosa do Judiciário é, quase toda ela, decorrente do acúmulo daquelas causas que outrora seriam (e hoje na Europa e nos EUA estão sendo) submetidas ao julgamento de árbitros. E pagamos um preço altíssimo por essa concentração desnecessária. Uma pesquisa recente da *Vox Populi* constatou que 73% (setenta e três por cento) dos brasileiros não confiam na Justiça. No *ranking* mundial o problema é mais crítico ainda: segundo fontes da “World Economic Forum”, o prestígio do Judiciário brasileiro está no último lugar (33^o).

Ora, então por que não compartilhamos, efetivamente, esse poder jurisdicional com a arbitragem, munindo-a de poderes processuais capazes de popularizá-la em todo o território nacional? Se o nosso sistema jurídico concede aos particulares o poder de criarem normas, através da liberdade de contratar e estabelecer unilateralmente obrigações, inclusive instituírem pessoas jurídicas à imagem e semelhança do Estado, por que não lhes conceder (ou viabilizar, no nosso caso) igualmente o poder de compor os litígios daí decorrentes? Por que não aproveitar da experiência de outros povos, retirando dos antigos compêndios de direito velhas e revolucionárias fórmulas de prestação de Justiça (*lato sensu*)? No estrangeiro, a arbitragem está-se constituindo num negócio lucrativo e acessível a todas as pessoas vocacionadas à pacificação. Juízes natos estão a se revelar dia-a-dia, contribuindo com o Judiciário para acabar com o problema crônico de acúmulo de processos e a sua sofrível reputação perante os jurisdicionados.

É por tudo isso que nos propusemos a mostrar nesta monografia que o monopólio estatal da prestação jurisdicional é um mito.

9. BIBLIOGRAFIA:**9.1. LIVROS**

- AMARAL SANTOS, Moacyr, *Primeiras Linhas de Direito Processual*, 1987.
- ANDRIOLI, Virgilio, “La novella sull’arbitrato”, in *Diritto e Giurisprudenza – Rassegna di Dottrina e di Giurisprudenza Civile*, Nápoles, ano XCVIII, série III, 1983/2.
- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Progresso*, São Paulo, 9ª ed., Malheiros Editores, 1992.
- BARROS MONTEIRO, Washington de, *Curso de Direito Civil*, vol. 4, *Direitos das Obrigações*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1976.
- BEVILÁQUA, Clóvis, *Comentários ao Código Civil*, Vol. 4, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1954.
- CARMONA, CARLOS ALBERTO. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. 1ª edição, Malheiros Editores, 1993.
- CARNELUTTI, F. *Teoria General del Derecho*. 2 ed. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955.
- CARVALHO DE MEDONÇA, M. I. *Doutrina e Prática das Obrigações*. 4 ed. Rio de Janeiro, Rev. Forense, 1956, 2 vols.
- CINTRA, ANTONIO CARLOS DE ARAUJO. *Teoria Geral do Processo*. /Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido R. Dinamarco. 3ª edição ampl. e atualizada – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1993.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Codificação. In: *Repertório Enciclopédia do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro. Borsoi (s.d.) vol. 9.
- CAPPELLETTI, Mauro (1993). *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
- FURTADO, PAULO. *Juízo Arbitral*. 2ª edição, Nova Alvorada Edições Ltda., Salvador-BA., 1995.
- JÚNIOR, Edmundo Lima de Arruda, org. **LIÇÕES DE DIREITO ALTERNATIVO 1**. Editora Acadêmica, São Paulo, 1992.
- JÚNIOR, Edmundo Lima de Arruda, org. **LIÇÕES DE DIREITO ALTERNATIVO 2**. Editora Acadêmica, São Paulo, 1992.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3ª ed. Tradução João Baptista Machado; revisão para a edição brasileira Silvana Vieira, São Paulo, 1991.

- MOREIRA ALVES, José Carlos – Direito Romano, Rio, ed. Forense, 1971.
- ROCHA, José de Moura. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Revista dos Tribunais, 1974.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XV, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1977.
- RÁO, Vicente – *O Direito e a Vida dos Direitos*, São Paulo, ed. Max Limonad, 1958/1960.
- REALE, Miguel – *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, ed. José Bushatsky, 1973.
- ROCHA, J. Elias Dubard de Moura (1994). *Poderes do Estado e Ordem Legal*. Recife: Editora Universitária da UFPE.
- SOUTO, Cláudio (1971). *Introdução ao Direito como Ciência Social*. Rio de Janeiro – Brasília: Edições Tempo Brasileiro – Ed. Universidade de Brasília.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Processo de Execução*, São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1986.
- VASETI, Mario, “Arbitraggio”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, Turim, UTET, 1974.
- WATANABE, Kazuo, *Da Cognição no Processo Civil*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

9.2. REVISTAS

- ADEODATO, João Maurício Leitão (1992). *Para uma Concretização do Direito Alternativo*. Revista de Direito Alternativo, São Paulo, Editora Acadêmica, n.1, pp. 157-174
- ADEODATO, João Maurício Leitão (1996). *A filosofia do Direito e Dogmática Jurídica*. Revista da ESMAPE, Recife, Edições Bagaço Ltda., n. 1, ano I, pp. 266-286.
- LIMA, CLÁUDIO VIANNA DE. *Mercosul: Questões Procedimentais*. *Palestras & Debates II – Arbitragem*. Ano I, n.º 1, março/96, pág. 32-43.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens – *Da jurisprudência como Direito Positivo*, in Revista da Faculdade de Direito, 1971, p. 201.
- NETO, Agostinho Ramalho Marques Neto. *A Importância do Direito no Brasil de Hoje*. Revista Quadrimestral da AMATRA IV, n.º 3, Outubro/1994, pp. 4-9.
- SANTOS, NILDO NERY DOS. *As Jurisdições Comunitárias*. Revista da ESMAPE, n.1, junho/1996, ano I, pág. 99.

LEX MERCATORIA, ARBITRAGEM E CONTRATOS ECONÔMICOS: NOVAS PERSPECTIVAS INTERNACIONAIS

JOSÉ VIANA ULISSES FILHO
Juiz de Direito Substituto da Capital
Professor da ESMAPE

Sumário

1. Introdução – 2. A lex mercatoria e os contratos econômicos internacionais – 2.1. Origem da lex mercatoria e sua situação atual – 2.2. A importância dos contratos econômicos internacionais no mercado global – 3. O arbitramento internacional como instrumento de efetivação da nova lex mercatoria – 3.1. A arbitragem internacional no Brasil: aspectos gerais – 3.2. O direito positivo brasileiro face ao laudo arbitral estrangeiro – 3.3. O procedimento do STF para homologação dos laudos arbitrais – 4. Considerações finais – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O objeto precípua destas breves considerações diz respeito à análise de um fenômeno corrente e bastante perceptível nos dias atuais: a globalização da economia. Com efeito, os fatos econômicos estão se sucedendo numa velocidade inimaginável outrora nunca vista em nossa história. Na esteira destas transformações trazidas dantes pelo encurtamento das distâncias e rompimento dos obstáculos das fronteiras, exsurge a necessidade de proceder a uma reavaliação das estruturas do direito tradicional, forjado na edifi-

cação do Estado Moderno, que transitou, em sua gênese, pelo regime absolutista, passando pelo liberalismo clássico de Adam Smith, até o Estado social; também denominado da providência, desenvolveu-se a partir da revolução industrial e das duas grandes guerras ocorridas neste século.

Pois bem, esta nova ordem econômica exige que o direito passe a ser repensado, adequando-se aos novos tempos a fim de regulamentar tais mudanças dentro da realidade que hoje caracteriza o comércio internacional.

Por outro lado, observamos conceitos extremamente vinculados à idéia do Estado Moderno, como os de nacionalidade e soberania, tendendo a se diluírem na medida em que a economia mais se internacionaliza, comprometendo, sobremaneira, as estruturas atuais do Estado, indicando que, em breve, o desenho geográfico do nosso mundo será outro, com a união dos Estados que se organizarão juridicamente como se fossem verdadeiras federações a exemplo do que ocorre, atualmente, com a União Européia.

Tais fenômenos repercutem no âmbito patriomonal e, conseqüentemente refletem-se nos negócios pactuados por contratos. Evidentemente, o grande fluxo de circulação de bens, capitais e serviços, que ocorre no mundo, necessita de novas regulamentações. Os grandes contratos internacionais, que hoje são firmados, interessam mais ao âmbito de estudo do direito econômico, (que é um macro direito) do que ao direito privado, vindo este, gradativamente perdendo espaço frente ao mercado internacional praticado na atualidade.

Todas estas mudanças empiricamente constatadas, dão margem ao direito, tradicionalmente vinculado à soberania de um Estado nacional, passar

por profundas modificações em sua estrutura, tendendo atualmente a uma concepção de direito desnacionalizado, com o renascimento da idéia de uma nova *lex mercatoria* a regulamentar de modo peculiar e tópico as nuances de um novel direito comercial internacional. Não devemos olvidar que ao lado da idéia desta *lex mercatoria*, cresce o prestígio da arbitragem internacional, como forma de conciliar e dirimir conflitos, afastando a interferência das jurisdições estatais geralmente burocratizadas, atravancadas e preconceituosas.

Também foi motivo de nossas investigações, as repercussões advindas destas transformações no direito interno do Brasil. Com efeito, a tendência do mercado internacional é a de estabelecer normas de natureza supra-estatal para regulamentar especificamente e dentro de suas peculiaridades os contratos internacionais conforme já salientamos. Também se faz mister que os mercados comprometidos com este pool, a envolver várias nações do globo, tenham alguma segurança no referente à execução das decisões ou dos laudos firmados pelos juízos arbitrais estrangeiros, ainda dependentes das estruturas jurisdicionais dos países do local da execução do contrato, mesmo levando-se em consideração que o seu cumprimento, via de regra, ocorra, atendendo ao princípio da boa-fé. Todavia, a hipótese do rompimento do contrato é um fato previsível e sempre constante das cláusulas contratuais que, geralmente, dispõem a respeito das hipóteses dos BREACH OF CONTRAT (quebramento dos contratos).

Assim, os contratos internacionais, cuja execução venha acontecer em nosso país, não têm sido bem aceitos pela comunidade comercial internacional,

porquanto ainda está a nossa legislação deixando muito a desejar com relação ao que se passa com o direito vigente em outros países, cujas legislações, neste aspecto, são bastante evoluídas.

Apesar de ser digna de encômios, a lei pátria no que se refere ao sistema adotado para conceder eficácia ao direito estrangeiro, sufragando o princípio da delibação (aceitação limitada de leis, atos e sentenças de outros países, sem examinar o mérito de tais decisões), no que tange aos juízos arbitrais proferidos em outros países, às dificuldades impostas para sua execução, têm merecido severas críticas tanto da doutrina especializada de nosso país, quanto da estrangeira.¹

2. A LEX MERCATORIA E OS CONTRATOS ECONÔMICOS INTERNACIONAIS

2.1 - Origem da *lex mercatoria* e sua situação atual

Há indicações históricas de que a *lex mercatoria* é tão antiga quanto o próprio comércio. Anota Hermes Marcelo Huck,² que algo assemelhado com um direito

¹ Comentando estes aspectos o prof. Luiz Gastão Paes de Barros Leães afirma: "A lei brasileira adotou orientação certa no que toca à eficácia no país de sentença proferida no estrangeiro, ao acolher sem Jacobismo o sistema do controle limitado a certos requisitos, sem reexame do mérito. Uma aderência exagerada a certos requisitos formais, numa visão sem flexibilidade e viciada por um conceito de soberania nacional que se aproxima do preconceito, vem contudo, inviabilizando o recurso ao juízo arbitral internacional, por torná-lo, na prática, inexecutável em nosso país. Por certo, é preciso mudar para facilitar a inserção do Brasil no comércio internacional e estimular a exportação, o que não se faz sem a prática da arbitragem comercial internacional" - (Juízo Arbitral: Homologação de Decisão Estrangeira, in RT-547/258).

² HERMES MARCELO HUCK, *Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria*. Editora Saraiva, São Paulo, 1994. pág. 104.

dos mercadores pode ser encontrado no ano 300 antes de Cristo, com a lei do mar de Rodes, inicialmente adotada por gregos e romanos, mas, depois, passou a ser prescrita por outros povos europeus. No século IX o imperador Basílio I desenvolveu regras de direito marítimo, disciplinando o comércio internacional; as tábuas de Amalfi, editadas no século XI na citada república italiana; os rolos de Oleron, ilha situada na costa atlântica francesa, no século XII; as leis de Wisby, que desde o ano de 1350, regulamentava o comércio no mar Báltico. Entrementes, um esboço mais delineado da *lex mercatoria* é encontrado nas sociedades corporativas emergentes das relações econômicas da Idade Média. O tipo de estrutura social existente na época, em que não existia o Estado dentro do seu conceito moderno, possibilitou o nascimento de um comércio internacional praticado sem qualquer interferência estatal, cujas normas eram estabelecidas sem referência alguma a direitos nacionais. Tais normas eram lastreadas em práticas costumeiras de comércio que obedeciam a regras e princípios ditados pela reiteração de usos internacionais, já consolidados no mercado da época.

Com o advento do Estado moderno, surgem os conceitos de nação e de soberania, agregados a uma profunda transformação econômico – social na estrutura do Estado, caracterizando-se por uma diferenciação entre a esfera pública dominada pela racionalidade burocrática do Estado, e de uma esfera privada sob o domínio de interesses pessoais. Passou o Estado, sob esta forma de organização social, a interferir nos assuntos eleitos como de seu interesse, inclusive no que se referia ao direito a ser aplicado na prática do comércio internacional, desvirtuando, destarte, o conceito de *lex mercatoria*.

No dizer de André – Noël Roth “tradicionalmente admite-se que o Estado Moderno tomou duas formas principais: O Estado Liberal e o Estado Social. O primeiro emergiu das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX; o segundo começou a ser construído a partir do final do séc. XIX até, aproximadamente, os anos 70. Anos, desde os quais, considera-se, este último, em crise.”³

Desta maneira, observando o evoluir histórico do instituto em comento, percebe-se que, com o Estado Moderno, as relações de comércio internacional vão-se tornando vinculadas ao direito estatal, com a criação de normas e princípios que visam a estabelecer regras para resolver racionalmente os conflitos de leis provenientes dos mais diferenciados sistemas de direito, buscando decidir situações relacionadas com a identificação da nacionalidade da norma a ser aplicada, como também, qual a jurisprudência competente para dirimir o litígio. Esta nova forma de solucionar conflitos internacionais, evidentemente, reduz a *lex mercatoria* a uma questão de nacionalidade, passando os Estados a se preocuparem especificamente com problemas ligados à soberania, vindo, por conseguinte, o comércio internacional sofrer a influência dos direitos das nações protagonistas do diversificado mercado internacional. É bem verdade que esta redução do comércio internacional a regulamentações institucionalizadas pelo direito internacional privado e público, não desvirtuou determinados costumes e práticas que sempre nortearam o citado comércio,

³ ANDRÉ – NÔEL ROTH *O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno?*, in *Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas* organizado por José Eduardo Faria, Ed. Malheiros, pág. 16.

tornando-o marcadamente influenciado por usos e costumes secularmente aceitos entre as nações envolvidas com o comércio exterior.

Com a denominada crise do Estado moderno intervencionista, consoante anotou ROTH, houve um resgate histórico do Estado Liberal. Novas relações de comércio surgem no cenário global, advindas de uma lógica produtiva evoluindo a passos largos e a uma velocidade descomunal, trazendo conseqüências em todas as áreas do relacionamento do homem. Notadamente no direito econômico internacional, o surgimento dessas novas relações produtivas, de natureza predominantemente tecnológica, dá origem a grupos econômicos que passam a rivalizar o poder com os Estados, criando instâncias de dominação e de decisão que a cada dia se consolidam com uma estrutura fora do âmbito de controle dos Estados.

Esta nova relação de domínio de mercado dá ensanchas ao aparecimento de uma ordem internacional marcada pela sofisticação tecnológica, com a qual o mundo se transmuda em uma aldeia global a proporcionar uma proximidade entre os povos com o encurtamento de distâncias e do tempo, o que em muito facilita o comércio internacional.

Este grupo emergente, que dominante da economia mundial, caracteriza-se por um transnacionalismo que despreza, sobremaneira, conceitos relacionados à nacionalidade e à soberania, trabalhando com novas estruturas de poder que possibilitam o surgimento de um plexo de normas e regramentos que emanados exclusivamente das experiências concernentes ao tipo de relacionamento mercadológico, regrado e dirimindo conflitos de interpretação ou cumprimento de cláusulas contratuais de comércio, em

consonância com os costumes e interesses que, apenas, giram em torno dos grupos protagonistas do mercado internacional. Destarte, essa nova forma de interpretar e dirimir conflitos provenientes da atual concepção de direito desestatalizado, engendrada por sólidos e bem estruturados grupos econômicos, muitas vezes, não vinculados a qualquer tipo de nacionalidade, fazem ressurgir no mundo globalizado um novo conceito de *lex mercatoria* aos moldes dos existentes na Idade Média, trazendo na atualidade grandes preocupações e questionamentos, sendo, inclusive, caracterizada esta etapa de desenvolvimento pela sua importante ruptura com as formas tradicionais de Poder estatal, preconizadas pelos sistemas produzidos no Estado liberal e, mais recentemente, no Estado social.

O surgimento desta nova *lex mercatoria* como uma expansão de um direito paralelo ao do Estado, faz com que alguns estudiosos examinando o fenômeno, passem a indagar, como fez ANDRÉ – NÖEL ROTH, “se estamos no meio de um modelo de regulação social neofeudal”?⁴

Esta é uma realidade a nos afligir, deixando-nos em dúvida quanto ao nosso futuro.

2.2. A importância dos Contratos Econômicos Internacionais no Mercado Global

Com efeito, o fenômeno da globalização fez com que as relações comerciais entre os povos passassem por um processo de redefinição e de novos conceitos no que diz respeito aos contratos internacionais de uma maneira geral. É evidente pois, quando nos referimos aos contratos internacionais, estamos tratando daquelas

⁴ Ob. cit. pág.24

hipóteses em que os interesses tutelados pelo direito não são os decorrentes de simples contratos de compra e venda resultantes dos intercâmbios usuais existentes no mercado internacional. Esses interesses, por sua simplicidade e modos de dirimência na interpretação de cláusulas mais simples e comuns, não demandam maiores preocupações teóricas ou dogmáticas.

O fenômeno que estamos tentando abordar trata de um problema emergente do modo de organização das sociedades atuais, determinada por uma nova ética mercadológica cujo lema é a produtividade e a sofisticação tecnológicas dos produtos desse mercado, trazendo por conseqüência uma busca pelo lucro que não se detém mais em fronteiras, considerando que os fatores de produtividade atingiram tal nível de crescimento e de diversificação que simplesmente passaram a interessar a todo o mundo, criando uma rede de interdependência entre as nações que fazem com que o papel do Estado, bem como da economia interna dos países seja redefinido.

Hoje, seria impossível conceber, dentro da estrutura interna dos Estados, conceitos tradicionais, a exemplo daqueles de nacionalidade e soberania, como estorvo do mercado internacional, porquanto estamos vivenciando o fenômeno da internacionalização das economias.

E é na esteira destas mudanças que temos de analisar os contratos internacionais despojados, em muito, daquele sentido privatístico que, em determinados períodos do nosso desenvolvimento histórico, marcaram a economia da era contemporânea. Atualmente, há uma interdependência entre as economias do nosso mundo que, mesmo em se tratando de um mercado envolvendo empresas de nacionalidades

diferentes, deflagra o interesse dos Estados para intervirem em determinadas transações internacionais, posto que tais operações mercadológicas trazem conseqüências sociais e econômicas de relevância para o Estado ou Estados de uma determinada região, transparecendo-nos que os contratos, em referência, produzem, no campo de sua execução, um macro fenômeno além dos limites da esfera do relacionamento interpessoal.

Tais contratos econômicos internacionais interessam ao estudo do direito econômico, tendo em vista as conseqüências e os resultados que pode a sua execução estabelecer para determinados Estados ou regiões do globo.

Em arremate ao que já foi situado, podemos concluir este tópico com o lapidar ensinamento do professor JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, quando, comentando o fenômeno sob enfoque, assim se expressou: “O contrato internacional em face de todas essas circunstâncias, tende hoje a ser qualificado como contrato econômico, regido pelo direito econômico internacional, de conteúdo definido que não se confunde com os contratos comerciais internacionais clássicos, de fundo eminentemente privatístico.

Isto porque ressalta do contrato, o seu aspecto econômico e as repercussões que o desenvolvimento das relações obrigacionais ajustadas terá em uma determinada comunidade. O contrato econômico internacional está, assim, informado por normas de interesse público que afetam a livre negociação entre as partes.”⁵

⁵ JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *A Cláusula Arbitral nos Contratos Internacionais*, in *Revista Forense* vol. 277, pág. 370.

3. O ARBITRAMENTO INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA NOVA *LEX MERCATORIA*

Consoante vimos, o entendimento de que a globalização da economia está dando ensanchas ao surgimento de um nova *lex mercatoria*, como uma tendência para a desnacionalização do direito visando à solução de litígios internacionais referentes à interpretação ou execução dos contratos econômicos, leva-nos a concluir que, efetivamente, necessita a *lex mercatoria* estar alicerçada em dispositivos que indiquem a existência de um direito supranacional, que nada tenha em comum com qualquer ordenamento ou sistema nacional positivo. Os novos grupos que comandam a economia internacional, como foi dito, criaram os grandes conglomerados oligopolistas de produção e comercialização de bens e serviços, os quais necessitam de uma maior mobilidade para assegurar os seus desideratos lucrativos, além de ser mais seguro dirimir os conflitos advindos da interpretação dos contratos utilizando-se de um direito transnacional onde os protagonistas do comércio internacional, dentro de usos e costumes por eles próprios forjados, criam o direito a ser aplicado na certeza de os conflitos existentes serem resolvidos de modo mais ágil, dentro de um certo sigilo e afastado o risco de submeter a controvérsia a um tribunal nacional qualquer, vindo dar a idéia de que houve parcialidade na decisão.

Desse modo, a arbitragem internacional aparece no cenário mundial como o instrumento racional tendente a dirimir esses conflitos de maneira adequada e efetiva, deixando os atores no teatro do comércio internacional mais livres de preocupações pertinentes à qualificação dos julgadores/arbitradores, experts com

formação especializada na área onde ocorrem os litígios, bem como profissionais totalmente desvinculados de um direito nacional e, por conseqüência, infensos a qualquer simpatia de ordem local ou regional.

Entretantes, não estamos querendo afirmar tenha a arbitragem surgido em decorrência dessa necessidade. A arbitragem como forma de intermediação de conflitos existe desde os primórdios dos tempos, quando o homem resolveu viver em sociedade. Há, até, quem faça a seguinte apreciação: “na gênese da racionalidade em direção à solução dos conflitos, o que nasceu primeiro: a solução judiciária ou a solução arbitral? (...) Na verdade, a própria história da civilização mostra ser o juiz uma figura que, em todos os tempos, conviveu com a figura de árbitro, e mesmo nos momentos em que se procurou dar uma precedência ao Poder Judiciário sobre todas as outras formas de jurisdição, (em particular nas legislações modernas que se seguiram à revolução francesa), a arbitragem não desapareceu dos sistemas jurídicos, o que prova ser ela um instituto que não pretende, como nunca pretendeu, concorrer com o poder judiciário dos Estados. (...) Nas relações interestatais e nas relações comerciais internacionais, é que a arbitragem tem sido utilizada com grande sucesso e com aceitação cada dia maior nos dias correntes.”⁶

Na verdade, o que se pretende demonstrar é a globalização da economia e o surgimento de novas modalidades de intercâmbio comercial internacional. Levando-se em consideração a atual tendência de

⁶ GUIDO F. S. SOARES, in *Arbitragens Comerciais Internacionais no Brasil*. Vicissitudes.R.T. nº 641/30

pugnar pela aplicação de um direito transnacional, (no sentido de um direito desnacionalizado) desvinculado de qualquer ordenamento positivo, surge no teatro do comércio internacional uma nova *lex mercatoria*, que necessita efetivamente, para satisfazer os desideratos colimados por essa atual tendência, de um instrumento ou mecanismo que venha tornar efetivo este novel ordenamento não vinculado à competência de qualquer jurisdição de Estados pertencentes à comunidade internacional. Desta maneira, é o arbitramento ou arbitragem internacional o meio idôneo para tornar efetiva a *lex mercatoria*, dirimindo conflitos, resolvendo litígios e elaborando laudos mercedores, por parte das empresas envolvidas, de um maior grau de credibilidade, porquanto ser a arbitragem escolhida pelos próprios contratantes, imbuídos daquele entendimento de que as questões, envolvendo interesses patrimoniais de particulares, devem ser decididas dentro do princípio de que as partes são livres para consentirem e contratarem, dispendo da maneira que melhor lhes convier ou aprouver, inclusive no que diz respeito ao tribunal ou julgador que entenda seja o melhor para solucionar os litígios. É a autonomia da vontade transpondo os foros da aplicação doméstica do direito, ganhando *status* internacional.

3.1 A Arbitragem Internacional no Brasil:

Aspectos Gerais

Fazendo uma sintética recapitulação, vimos nos tópicos anteriores que o mercado internacional vem se movimentando a cada dia, mais desvinculado dos conceitos tradicionais de nacionalidade e de soberania. Os grandes empreendedores do comércio internacional, em sua considerável maioria, sólidos oligopólios

econômicos institucionalizados transnacionalmente, movimentam através de megatransações realizadas em todas as partes do mundo, uma infinidade incalculável de dólares, moeda corrente no mercado internacional, através de contratos econômicos que pelo grande vulto e importância deixam de interessar exclusivamente às partes envolvidas no contrato, passando a influir sobremaneira na própria economia dos Estados ou de determinadas regiões, como por exemplo: contratos econômicos internacionais envolvendo fornecimento de tecnologia, bens ou produtos de ponta, serviços especializados ou até mesmo mão-de-obra como sói acontecer nos contratos de *Know how*, *engineering*, *joint ventures*, etc., contratos estes que no dizer do emérito professor pernambucano Gláucio Veiga, “colocam em jogo direta ou indiretamente, os interesses corporativos do conjunto de empresas que se dediquem habitualmente ao setor de atividades no qual se inclui a operação segundo o perfil estabelecido,”⁷ necessitam estas empresas de uma normatização altamente especializada e ademais desvinculada do burocratismo que em regra caracteriza os diversos ordenamentos jurídicos positivos dos Estados, por mais evoluídos que estes possam se apresentar. Pois bem, é neste contexto global que surge a nova *lex mercatoria* como a panacéia indicada para os males do direito Estatal, geralmente limitado pelo conceito de soberania e dos ainda presentes preconceitos do nacionalismo, além dos problemas respeitantes à própria escolha do direito aplicável, devido as complexas situações advindas dos elementos de conexão que no direito internacional determinam a eleição da nacionalidade do direito que deva incidir sobre as hipóteses, elementos estes

⁷ GLÁUCIO VEIGA, Apostilha nº 2 sobre contratos internacionais (texto para leitura e debate, curso de 1995, pág.1)

concernentes à própria nacionalidade das partes envolvidas nos contratos, problemas relacionados ao domicílio, foro de execução das obrigações, lugar da perfeição do negócio, etc. É neste plexo de dificuldades que renasce este novo direito a presidir os atos e negócios pertinentes ao mercado internacional, reaparecendo nas circunstâncias atuais, baseado nos costumes e princípios que caracterizam tais transações, com regras peculiares e específicas, criadas da própria experiência e necessidades das empresas que operam no mercado internacional, desvinculadas por completo de qualquer legislação estatal.

Todavia, para dar seguimento à aplicação desta nova *lex mercatoria* nas desinteligências e litígios relacionados à interpretação e execução dos contratos, faz-se mister a existência de um órgão decisor das controvérsias, órgão este que para tornar efetivo este novo regramento do mercado internacional, tem de estar desvinculado por completo dos poderes jurisdicionais estatais. E a solução encontrada é justamente o arbitramento internacional por haver diversas vantagens perante o judiciário convencional vinculado à soberania estatal.

Dentre algumas vantagens que caracterizam a arbitragem comercial, salienta a doutrina o segredo, a celeridade na solução do litígio, além de ser a contenda analisada e resolvida por expertos, que darão o seu laudo com maior qualidade do que o juiz comum. Ademais, não estaria a arbitragem adstrita a uma possível parcialidade das justiças estatais nacionais em prejuízo do contraente estrangeiro.⁸

⁸ Conf. LUIZ CÉSAR RAMOS PEREIRA, *A Arbitragem Comercial nos Contratos Internacionais* in R.T. 572/pág. 26. HERMES MARCELO HUCK, *Deficiências da Arbitragem Comercial Internacional*, in R.T. 593/pág.28.

No Brasil, embora tenhamos em nosso direito positivo regramentos concernentes ao juízo arbitral, a legislação é silente no que tange ao laudo arbitral estrangeiro.

Essa lacuna existente em nosso ordenamento interno não escapou às críticas da doutrina especializada.

Historicamente, ao S.T.F. compete definir o encaminhamento da solução de demandas que, relacionadas a juízos arbitrais firmados no estrangeiro, têm a sua execução efetivada no Brasil.

Com efeito, não se pode olvidar no estágio de desenvolvimento em que se encontra o mercado internacional na atualidade, um país de vocação econômica como o nosso, que vem efetivando grandes operações mercadológicas, envolvendo contratos econômicos internacionais, não possua um mecanismo institucional apto a dirimir com presteza e segurança as controvérsias advindas da exequibilidade de laudos arbitrais firmados no estrangeiro.

3.2 O Direito Positivo Brasileiro perante o Laudo Arbitral Estrangeiro

Como temos dito, de acordo com o entendimento do prof. Gláucio Veiga, os contratos econômicos internacionais são aqueles que, em função das organizações transnacionais dos poderes econômicos privados, colocam em jogo, quer direta ou indiretamente, os interesses corporativos do conjunto de empresas dedicadas, habitualmente, ao setor de atividades no qual incluía-se a operação.⁹

⁹ GLÁUCIO VEIGA, *Ob. Cit.* pag. 9.

Em sendo assim, não nos é dificultoso admitir que num regime de globalização da economia, em que os interesses econômicos estão consubstanciados ou instrumentalizados em contratos caracteristicamente redigidos em linguagem de direito comercial internacional, ou melhor dizendo, estabelecidos por regras que indicam a desnacionalização do direito através de uma nova *lex mercatoria*, em que as grandes empresas que operam no mercado exterior balizam-se por princípios e costumes usados nas diversas áreas específicas às quais se referem os contratos, optam, via de regra, em eleger juízos arbitrais completamente desvinculados de qualquer direito estatal no sentido de dirimirem as controvérsias pertinentes a interpretação ou cumprimento dos contratos.

Contudo, não obstante a liberdade que se tem de aplicar regras do direito comercial desnacionalizadas e juízos arbitrais descomprometidos com o direito estatal tradicional, necessário se faz como desfecho de qualquer desavença pertinente ao cumprimento das obrigações, a possibilidade de se executar a decisão emanada do laudo arbitral. Sem embargo, é bem verdade que o princípio da boa-fé das partes contratantes deve presidir toda avença contratual, notadamente, no respeitante à comunidade econômica internacional¹⁰. Porém, a garantia da execução do contrato econômico internacional é elemento preponderante, quando das tratativas iniciais para a formação do pacto, porquanto existe sempre a possibilidade da inadimplência, risco sempre levado em consideração pelos contraentes.

¹⁰ PAULO BORBA CASELLA, *Arbitragem Internacional e Boa-fé das partes contratantes*, in RT 668/pág.239.

Desta forma, a prática do comércio internacional tem despertado nos estudiosos e profissionais do direito o interesse em bem conhecer os vários sistemas de direito positivo no sentido de elaborarem contratos que tenham como foro de execução aqueles em que não se encontrem maiores dificuldades na exequibilidade dos laudos ou das decisões arbitrais.

O direito positivo nacional é dotado de uma série de preceptivos que dispõem sobre conflitos de lei, como, também, regulamentando o juízo arbitral. Tais regras são encontráveis na lei de introdução ao Código Civil (Dec-Lei nº 4657/72), no Regimento interno do STF e no Código de Processo Civil vigente.

O nosso ordenamento positivo apesar de contar com legislação elogiável do ponto de vista da solvência dos conflitos de lei no espaço, deixa muito a desejar no que diz respeito ao juízo arbitral e à solução de litígios internacionais decorrentes da execução das decisões arbitrais.

No tocante às sentenças provenientes de tribunais estrangeiros, o Brasil referenda os seus efeitos em nosso território desde quando preenchidos determinados requisitos e exigências que legitimem o reconhecimento de sua eficácia. Este tipo de postura de nossa legislação é denominado de sistema de controle limitado ou **sistema de delibação**¹¹

Desta forma, dispõe o art.17 da L.I.C.C. (Lei de Introdução ao Código Civil) que “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem

¹¹ LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Juízo Arbitral. Homologação de Decisão Estrangeira*, in RT nº 547/254.

pública e os bons costumes”. Assim, a eficácia das leis, atos e sentenças estrangeiras, em nosso direito interno, está condicionada à apreciação dos requisitos supra-estabelecidos

Especificamente, no que concerne ao cumprimento das sentenças estrangeiras, estabelece o Estatuto Político da Nação, em seu art. 102, inciso I, alínea H, que compete ao Supremo Tribunal Federal a homologação das mesmas.

No que diz respeito à execução dessas sentenças proferidas alhures, estabelece o art. 15 da citada L.I.C.C. (Lei de Introdução ao Código Civil) que devem reunir os seguintes requisitos. “a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; c) ter passado em julgado e estar revestido das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida.”

Todavia, tal regulamentação refere-se a sentenças regularmente proferidas por tribunais estrangeiros. Daí indagarmos: nas hipóteses de contratos econômicos internacionais que, geralmente, levam uma longa duração para serem cumpridos, (por ex. contrato de consórcio em que são envolvidos outros instrumentos contratuais denominados contratos satélites como: transferência de tecnologia, fornecimento de mão-de-obra, etc), e que tenha sido estabelecida a cláusula compromissória de arbitragem a ser firmada por órgão internacional cuja decisão seja executada em nosso país, qual o procedimento?

Segundo o professor LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, em nossa legislação firmou-se o entendimento de que o laudo arbitral, homologado judicialmente no país onde foi proferido, formaliza uma

sentença, que deverá ser procedimentalizada consoante a legislação aplicável à sentença estrangeira, inclusive, no referente às limitações de sua eficácia (delibação).¹²

Ora, tal entendimento gera algumas dificuldades de ordem operacional, porquanto as legislações estrangeiras, principalmente as vinculadas ao sistema da “COMMON LAW” não exigem homologação para conferir foros de exequibilidade às decisões arbitrais, como ocorre em nosso direito interno (c.f. art. 584, inciso III e 575, inciso III do C.P.C.).

Este entendimento predominante em nosso direito, inclusive respaldado por várias decisões do STF, tem possibilitado uma proliferação de críticas por parte da doutrina especializada, notadamente, aqueles juristas mais sintonizados com as novas tendências estabelecidas no comércio internacional, que, como já foi dito, pugnam por uma aceitação da atual *lex mercatoria* e das decisões arbitrais como a solução mais viável e racional para litígios advindos dos BREACH OF CONTRACT (quebramento dos contratos internacionais), porquanto considerarem a nossa sistemática de juízo arbitral bastante tradicionalista por não conferir executoriedade à cláusula compromissória, como sói acontecer de maneira preponderante nas legislações alienígenas mais avançadas. A propósito o jurista HERMES MARCELO HUCK, comentando estas exigências de nosso direito interno, assevera que: “No Brasil há um complexo ritual a ser seguido, desde a publicação de um laudo arbitral no exterior até o momento de sua execução judicial. O volume de exigências e requisitos chega a desestimular a adoção do procedimento arbitral como fórmula para a pacífica solução de conflitos surgidos na prática do comércio internacional.”¹³

¹² Ob. Cit. pág. 256

¹³ Ob. Cit. pág. 78.

Destarte, a legislação vigente, no Brasil, bem como o tratamento conferido às questões relacionadas à aceitação das decisões arbitrais prolatadas por entidades internacionais de ilibado conceito, no caso, a LONDON CORN TRADE ASSOCIATION e a AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION (A.A.A.) têm dificultado, sobremaneira, as nossas relações comerciais internacionais.

Por outro lado, também tem servido de estorvo a uma melhor desenvoltura do juízo arbitral internacional e suas decisões, no direito interno pátrio, a postura conservadora de nosso país em não querer ratificar a convenção internacional de Nova York para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, aprovadas em 1958. Esta convenção disciplina o reconhecimento e a execução de laudos arbitrais nos Estados signatários da convenção ou, a ela tenham, posteriormente, aderido. A citada convenção, envolve, no dizer de HERMES MARCELO HUCK, relativamente ao reconhecimento dos laudos arbitrais, por parte dos Estados signatários, o compromisso de respeitar o caráter obrigatório das sentenças arbitrais, nos termos das normas processuais dos respectivos foros. Ainda afirma que: “Para a obtenção deste reconhecimento, a parte interessada deve simplesmente apresentar perante o Tribunal local competente a sentença arbitral e o compromisso arbitral do qual resultou a sentença. O tribunal local só poderá recusar o reconhecimento e a execução do laudo apresentado fundado em um dos motivos listados na própria convenção, que repele a possibilidade de revisão de mérito da decisão.”¹⁴

Entrementes, em termos de acordos internacionais, firmou o Brasil a convenção de Genebra de

¹⁴ Ob. Cit. pág. 98/99

1923, introduzida em nosso direito interno pelo Decreto nº 21.187 de 22.03.1932, ainda em vigor, onde se disciplinam regras sobre juízo arbitral para a solução de pendências comerciais internacionais, em que as decisões arbitrais internacionais receberam tratamento semelhante às sentenças estrangeiras.

3.3 O Procedimento do STF para homologação dos Laudos Arbitrais

Como vimos, o direito doméstico exige, para a validade em nosso país de um laudo ou decisão arbitral versando sobre contratos internacionais, a dupla homologação de sentenças. Ou seja: consoante a legislação processual vigente o laudo arbitral só produz efeitos executórios, se homologado por sentença judicial. Este é o requisito essencial para que o citado laudo tenha eficácia executória em nosso direito.

Por outro giro, para ter eficácia no âmbito de nosso direito interno, a sentença estrangeira tem de ser homologada pelo S.T.F. Desta forma, nas legislações alienígenas que vinculem a executoriedade de um laudo arbitral a uma prévia homologação de órgão jurisdicional, como em nosso sistema, a sua execução no Brasil não tem maiores problemas, considerando que tal homologação equivale a uma sentença, o que está de acordo com a lei brasileira (art.15 da L.I.C.C.). Observado o princípio da delibação, a mesma poderá ser executada em nossa Pátria. Assim, exige-se que o laudo arbitral seja homologado pelo órgão competente do outro país, e que também seja homologado pelo Supremo Tribunal Federal, podendo a Corte Suprema recusar a eficácia do citado laudo, na hipótese de o mesmo ser considerado ofensivo a nossa soberania, ou à ordem pública e aos bons costumes.

Além dos requisitos supracitados, o laudo arbitral estrangeiro terá sua eficácia condicionada às seguintes exigências:

- a) ser proferido por juiz competente;
- b) terem sido citadas as partes ou haver-se legalmente verificado a revelia;
- c) trânsito em julgado da decisão e condições de exeqüibilidade no lugar onde foi proferida;
- d) tradução por intérprete autorizado.¹⁵

Como podemos observar, grandes são as dificuldades em virtude das exigências feitas por nossa legislação, submetendo o laudo firmado no estrangeiro a duas homologações, para dar exeqüibilidade a um laudo que a rigor, segundo eminentes doutrinadores, já deveria ter força executiva, em nome de uma maior agilização e eficiência do dinâmico mercado internacional. Efetivamente, esta fórmula adotada pelo direito pátrio não é a melhor para estimular o procedimento arbitral como meio pacífico e eficaz à solução de conflitos verificados na prática do mercado internacional.

¹⁵ Em comentário ao nosso sistema, afirma o prof. GUIDO F. SOARES: "O sistema da dupla homologação de laudos arbitrais estrangeiros, conjugado com os princípios da delibação no julgamento de sentenças judiciais estrangeiras, leva, num exame global da jurisprudência do STF nos últimos 33 anos, à conclusão de que as decisões jurisprudenciais daquele Pretório Excelso se reportam às quatro ordens de considerações seguintes: a) determinação da natureza do documento proposto a exame perante o STF; b) julgamento de questões realtivas à sua competência internacional, tanto na esfera da exclusividade, quanto da concorrente, e nesse caso, verificação da ocorrência de vínculos válidos segundo a lei brasileira entre pessoa submetida à sua jurisdição e a justiça estrangeira; c) existência de um contraditório, conforme as regras de um direito natural, presente em quaisquer sistemas judiciários do mundo; d) existência de definitividade da sentença judiciária estrangeira apresentada ao mais alto tribunal judiciário do Brasil." - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS ARBITRAGENS COMERCIAIS INTERNACIONAIS: "DE LEGE FERENDA, in RT -642, pág. 55.

Entretentes, mais dificultosa se torna a questão da arbitragem internacional, quando para sua execução no Brasil, o laudo provenha de país onde é dispensada a sua homologação ou qualquer tipo de reconhecimento, admitida a sua auto-exeqüibilidade. A orientação do STF, nestas hipóteses, era a de inadmitir a execução em nosso território pelo fato que, de acordo com a Súmula nº 420, "não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado." Ora, como não ocorre qualquer tipo de decisão, esses laudos não atendiam ao requisito do direito interno nacional da prova da preclusão total da prerrogativa de recorrer. Tal entendimento motivou, por parte do STF, a negativa de homologação de decisões de órgãos privados de outros países, cujo sistema não exigia nenhuma homologação ou ratificação por parte de quaisquer órgãos, como de fato aconteceu com várias decisões provenientes da "AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION" dos Estados Unidos da América.¹⁶

Todavia, parece-nos que esta orientação foi modificada a partir de 1978, com o julgamento da sentença estrangeira nº 2.468, tendo entendido a nossa Corte Suprema que tal homologação seria dispensada em nosso país, quando o país de origem não exigisse a formalidade.¹⁷

Em conclusão, na problemática da execução no Brasil de Contratos Econômicos Internacionais, decididos por laudos arbitrais estrangeiros, as exigências de nossa legislação bem como a ausência de regras mais atualizadas e definidas como as constantes da convenção internacional de Nova York,

¹⁶ LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, Ob. Cit. pág. 74.

¹⁷ HERMES MARCELO HUCK, Ob. Cit. pág. 74.

não ratificada pelo Brasil, leva-nos a uma posição de atraso e de tradicionalismo frente à legislação de outros países, notadamente com referência ao momento atual, em que o fenômeno da globalização tem levado a destaque no cenário mundial um novo tipo de comércio internacional lastreado em uma *lex mercatoria* que exige decisões mais ágeis e descomprometidas com a soberania dos Estados, bem como de suas jurisdições internas, propiciando que o arbitramento, por seus atributos e vantagens, venha a ser o instrumento da realização efetiva desse novel direito.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, podemos concluir estas breves reflexões afirmando que no processo evolutivo em que se encontra o mundo em sua atualidade, notadamente a partir da denominada era da industrialização, nos finais do séc. XIX, o Estado avançou assustadoramente de uma concepção liberal não intervencionista, a um Estado social em que urge regulamentar setores tidos como estratégicos da economia, para propiciar um maior bem-estar a sua comunidade.

Dentro desta perspectiva, o mundo tende para uma dinâmica de transformações jamais imaginadas em sua história. A revolução tecnológica hoje caminha à passos largos trazendo uma série de modificações nas estruturas econômicas e sociais do Estado contemporâneo, repercutindo sobremaneira nas relações comerciais internacionais, gerando, de certa forma, profundas transformações no âmbito do direito comercial internacional que vem se adequando à nova realidade tendendo a superar conceitos herdados da edificação dos Estados modernos como ocorre com a nacionalidade e a soberania.

É bem verdade que esta nova estrutura emergente, caminhando para uma superação do conceito tradicional de Estado, está condicionada às mudanças nas bases das relações de produção onde a informatização e a tecnologia de ponta tornam-se as mercadorias de maior demanda na atualidade.

Neste passo, criam-se e organizam-se internacionalmente grupos econômicos com fins e objetivos bem definidos, buscando uma lucratividade sem limites de fronteiras, arquitetando novas fórmulas de monopolizar mercados, formar conglomerados de empresas e oligopólios, enfim, tudo fazendo para, dentro da maior velocidade possível, dominar mercados e impor os seus padrões de consumo.

Esse novel plexo de relacionamento faz emergir uma nova ética e um novo direito. Direito este que, em termos de comércio exterior, perdeu aquelas características dos contratos de compra e venda internacionais de natureza eminentemente privatística. Hoje predominam os contratos de grande vulto, envolvendo diversas empresas ou oligopólios onde a sua execução está regrada por normas de interesse público, haja vista as conseqüências que podem acarretar para as comunidades políticas carentes de uma margem de segurança que as cerquem de plenas garantias. Desta forma, esses megacontratos deixaram de interessar ao direito privado, passando a ser regulamentados pelo direito econômico sob a forma de contratos econômicos internacionais.

Por outro lado, o fenômeno da globalização da economia estreitou as distâncias entre os Estados, bem como modificou o referencial de tempo. Na atualidade, um grande contrato econômico internacional pode ser fechado entre duas empresas situadas em regiões

antípodas da terra, sem necessitar maiores delongas ou deslocamentos.

Neste contexto não seria incorreto concluir ter-se tornado o mundo atual um conjunto monolítico de comércio entrelaçado por grandes operações de mercado, propiciando a união de Estados em blocos comunitários que, embrionariamente, objetivam regulamentar essas relações mercantis mas, sem dúvida, estão partindo para formar verdadeiras Federações internacionais como ocorre com a União Européia pós- tratado de MAASTRICHT.

No que concerne especificamente ao direito, percebe-se por parte dos estudiosos e profissionais da área do comércio internacional a defesa da regulamentação de uma nova *lex mercatoria* nos moldes do que ocorria na idade Média, onde não havia qualquer interferência do direito estatal, porquanto os regulamentos eram criados a partir dos usos e costumes próprios do mercado, bem como as dúvidas e conflitos eram dirimidos por júzos arbitrais particulares. Neste diapasão, há quem defenda a institucionalização, no mercado internacional atual, desta *lex mercatoria* livre e distante do direito estatal. Melhor dizendo: a estruturação de normas, contratos desnacionalizados e apátridas, porém eficazes no sentido de solucionarem litígios sem a necessidade de recorrer a legislações de Estados que, via de regra, são desatualizadas e burocratizantes.

Entrementes, para que esta nova *lex mercatoria* torne-se efetiva, necessário se faz a criação de meios que possibilitem uma solução mais racional e rápida para conflitos de interpretação e execução dos contratos, sendo o arbitramento o meio adequado à realização da justiça. Contudo, os júzos arbitrais

internacionais deverão estar desvinculados de qualquer ordenamento Estatal, formado por *experts* dentro da área de atuação pertinente a cada tipo de contrato.

Relativamente ao Brasil, podemos, empiricamente, constatar que apesar da revolução tecnológica e do fenômeno da globalização já haverem chegado por estas plagas, são muito tímidas as mudanças ocorridas em termos de legislação.

Com efeito, o nosso país não se encontra legalmente aparelhado para enfrentar os desafios do comércio internacional, considerando que o ordenamento interno de uma maneira geral, conforme demonstramos, tem dificultado a execução de laudos arbitrais estrangeiros, tanto pela falta de normatização adequada, quanto pela procedibilidade para a efetivação dos citados laudos ou decisões proferidas no exterior, porquanto exigir formalidades exageradas e até mesmo descabidas, quase inviabilizando a nossa participação no mercado internacional, que vem tendo uma medfocre desenvoltura diante dos nossos parceiros comerciais, urgindo que em tempos de UNIÃO EUROPÉIA, NAFTA e principalmente de MERCOSUL, possamos nos adequar a essa nova modernidade, criando uma legislação eficiente e flexível, objetivando incrementar o nosso comércio externo através das exportações.

5. BIBLIOGRAFIA

- BARTOLAI, Edson Cosac. Do júzo Arbitral in Revista de Processo n.º 31/23
- CASELA, Paulo Borbo. Arbitragem Internacional e Boa-fé das partes Contratantes: Cláusula de Arbitragem em Contrato Internacional. In RT-668/239
- FARIA, José Eduardo. Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas. Editora Malheiros. São

- Paulo. 1996.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. Editora Forense. 1ª Edição. Rio de Janeiro. 1995.
- FORTE, Umberto. União Européia. Comunidade Econômica e Harmonização Fiscal. Editora Malheiros. São Paulo. 1994.
- HULK, Hermes Marcelo. Sentença Estrangeira e *Lex mercatoria*. Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional. Editora Saraiva. São Paulo. 1994.
- Deficiências da Arbitragem Comercial Internacional. In RT-593/26.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Juízo Arbitral. Homologação de Decisão Estrangeira. In RT-547/254.
- E outros. Juízo Arbitral. RT-652/222.
- MAGALHÃES, José Carlos de. A Cláusula Arbitral nos Contratos Internacionais. In Revista Forense. Vol. 277/370.
- NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. Editora Malheiros. 26ª edição – São Paulo, 1995.
- Código Civil e Legislação Civil em vigor. Editora Revista dos Tribunais. 10ª edição – São Paulo. 1991.
- PEREIRA, Luiz César Ramos. A Arbitragem Comercial nos Contratos Internacionais. In Revista Forense vol. 285/526.
- A Arbitragem Comercial nos Contratos Internacionais. In RT – 572/26.
- ROTH, André – Noël. O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno. In Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas. Edição Organizada por José Eduardo Faria. Editora Malheiros. São Paulo 1996. Pág. 15.
- SOARES, Guido F.S. Arbitragens Comerciais Internacionais no Brasil: vicissitudes. In RT-641/29.
- O Supremo Tribunal Federal e as Arbitragens Comerciais Internacionais: “de lege ferenda”. In RT-642/38.
- STEREMBERG, Guilherme Gonçalves. do Juízo Arbitral. In RT-607/24.
- VEIGA, Gláucio. Contratos Internacionais. In Apostilas n.º 1,2,3. Texto para Leitura e Debate. 1995. Recife.

OS EMBARGOS INFRINGENTES À LUZ DA LEI 8.950/94

José Janguê Bezerra Diniz

Proc. do Trabalho do Min. Público da União (ex-juiz do Trabalho), professor da Faculdade de Direito do Recife (UFPE) – Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito – Ibed – Membro do Bureau Jurídico – Desenvolvimento Profissional.

Sumário

1 – Considerações Iniciais; 2 – Cabimento; 3 – Procedimento; 4 – Preparo; 5 – Efeito; 6 – Embargos Infringentes contra decisão de Primeiro Grau; 7 – Embargos Infringentes no Processo Trabalhista; 8 – A Guisa de Arremate.

1 – Considerações Iniciais.

O vocábulo embargos é “multifário e polisêmico¹”. O termo traz em seu bojo a idéia de estorvo, obstáculo, impedimento; insurgência contra um ato judicial desfavorável. Segundo Pontes de Miranda² esse termo “tem tal variedade de significações que às vezes a faz equívoca”.

Após submeter-se a várias transformações semânticas³ ao longo dos tempos, a terminologia acabou por definir-se em diversos sentidos. No singular o termo

¹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio: “Sistema dos Recursos Trabalhistas”, SP, Ltr, 5º ed., 1991, pág. 265.

² MIRANDA, Pontes: “Comentários ao CPC”, T VIII (arts 496-538), RJ Forense, 1975 pág. 313.

³ SEMÂNTICA, “Estudos das mudanças ou trasladações sofridas no tempo e no espaço, pela significação das palavras”. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. Novo Dicionário da língua Portuguesa, Ed. Nova Fronteira, 15ª Ed. pág. 1284.

“embargo” significa arresto, apreensão judicial de bens para que se garanta o pagamento da dívida. Como locução substantiva, “embargo de obra nova”, significa “remédio preventivo para se evitar alguma obra nova, que cause dano a alguém”. Processualmente falando, poderá significar ação, como sói ocorrer com os Embargos à Execução⁴, Embargos de Terceiros, Embargos à arrematação, à adjudicação, etc., ou recurso como se dá com os embargos de declaratórios,⁵ e os embargos infringentes. Em sendo recurso o correto é utilizar o termo no plural.

No pertinente aos Embargos Infringentes, estes são previstos no CPC de forma “pitoresca”⁶ já que inexistente instituto semelhante em qualquer país do mundo.

2. CABIMENTO

“Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o descordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência” (CPC, art.530).

Em procedendo à hermenêutica mais razoável do dispositivo retro mencionado, extrai-se a ilação de que

⁴ Os embargos à execução, também chamados de embargos à penhora ou embargos de ordem é considerada uma ação de conhecimento incidental, relativamente autônoma, conexa com a execução.

⁵ No sistema recursal existe um debate acirrado sobre a natureza jurídica dos embargos de declaração. Se recurso ou não, a despeito de estar elencado no CPC no rol dos recursos, tal instituto para muitos não tem a natureza recursal, já que não tem o condão de reformar a decisão impugnada, mas apenas, aclará-la, não demanda preparo, não há a formação do contraditório, não permite sustentação oral da tribuna, etc..

⁶ BERMUDEZ, Sergio: “Introdução ao Processo Civil”, Forense, RJ. 1995, pág. 164.

a admissibilidade dos embargos infringentes está subordinada a julgamento não unânime, desde que seja proferido em apelação e ação rescisórias. Logo, consideramos como pressupostos básicos alimentantes do instituto: 1) julgamento proferido por maioria, pois é de mister tenha ocorrido pelo menos um voto vencido; 2) julgamento proferido em apelação ou em ação rescisória.

Quando o acórdão for preferido em apelação, anulando o processo por maioria, (divergência quanto à preliminar), cabem infringentes, não importando se no mérito ela tenha sido unânime. No contexto, são admissíveis os embargos infringentes em decisão proferida em apelação, mesmo que o dissenso se refira a matéria preambular ou preliminar.

Nesse diapasão, faz-se mister haja um julgamento disforme, não unânime, não sendo suficiente que haja mera divergência quanto à instrução do feito tal como: conversão do julgamento em diligência, junta de documentos, adiamento, competência do tribunal ou da turma julgadora, etc., pois essas medidas são meramente “instrucionais”.

Outrossim, nos moldes da parte final do art.530 do CPC “os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”. Ilustrativamente, se o pedido compreender várias parcelas “a”, “b”, “c”, e “d”, sendo rejeitada a primeira por unanimidade e as demais por maioria, só quando as divergentes alimentarem embargos. É que os embargos não podem exceder o limite do voto vencido, pois seu conhecimento será limitado ao alcance deste, levando em consideração o princípio *utile per inutile non vitiatur* (o ato válido não é prejudicado pela parte inválida).

A título de elucidação, de se reafirmar que “À decisão dos embargos infringentes será adstrita aos limites da divergência, podendo o recurso: a) ser acolhido totalmente, com a divergência do voto que fora vencido no aresto embargado; b) ser acolhido parcialmente, caso em que o embargante receberá menos do que fora deferido no voto vencido; c) ou, ser rejeitado, caso em que prevalecerá às inteiras, a solução adotada nos votos vencedores lançados no aresto embargado”⁷.

“Os limites objetivos do recurso de embargos infringentes devem estar circunscritos até o máximo do que concedeu ao recorrente o voto vencido. Assim se o voto vencido concedeu ao recorrente uma pluralidade de pretensões, a nova decisão não pode ir além daquela somatória. Isto significa, contudo, que o Julgamento tenha de se manter fiel àquela somatória, podendo consagrar algumas ou apenas uma das teses contidas no voto minoritário. “(Ac. unân. 1.040 do 1 Gr. de Câms. do TJPR de 03.09.87, nos Embs. nº 63/85, Rel. Des. Oto Luiz Sponholz,; Adcoas, 1988, nº 117.159) ⁸.

Nessa linha de raciocínio, é auspicioso ressaltar que os embargos infringentes, são, portanto, remédios-recursos que têm o escopo crucial de “impedir a eficácia decisória de acórdão majoritário”⁹, já que visa a “provocar o reexame de acórdãos proferidos em apelação e em ação rescisória, no que houver divergência entre os juízes, possibilitando, não só a retratação dos

⁷ NEGRÃO, Theotônio: “Comentário ao CPC” e Leg. em Vigor 27^a ed, Saraiva, 1996, pág. 408 nota do art. 530: 20.

⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro: “CPC anotado”; RJ, Forense, 2^a ed. 1996, pág. 234.

⁹ Op. cit. pág. 164.

que anteriormente votaram, mas também a modificação da decisão pelo ingresso, quando for o caso, de outros juízes no órgão julgador”¹⁰.

A divergência entre os Juízes votantes, deve ser aferida pela conclusão do pronunciamento de cada voto, jamais, pelas razões ou pelos fundamentos utilizados para fundamentar o voto. Por exemplo, em julgamento proferido numa ação de cobrança, ao ensejo de apresentar a apelação, um dos Juízes achou de boa política negar provimento ao pedido, ao argumento de que não restou provado o fato constitutivo do suposto crédito “, os demais Juízes negaram provimento ao pedido por acharem que fora provado fato extintivo”¹¹. No caso, a divergência foi quanto aos motivos ou quanto à fundamentação, haja vista que a conclusão da decisão foi uniforme, qual seja, pelo improvimento, não alimentando, nesse caso, embargos infringentes. Com efeito, a “dissidência de votos que autoriza a tentativa do recurso de embargos infringentes é a que se colhe do voto vencido, de modo a viabilizar a sua prevalência do Juízo de retratação, não os seus motivos e fundamentação”. Demais, “se por fundamentos outros, os votos proferidos no julgado são unânimes em sua conclusão, a votação há de ser ter como unânime”¹².

Ainda sobre o assunto, vaticina com muita propriedade Vicente Grego Filho¹³ que “diferente é a situação se trata de apelação ou ação rescisória em que se

¹⁰ Grego Filho, Vicente: “Direito Processual Civil Brasileiro”, vol II, SP, Saraiva, 1996, pág. 344.

¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos: “O Novo Processo Civil Brasileiro”. RJ, Forense, 18^a ed, 1996, pág. 174.

¹² NEGRÃO, Theotônio: “CPC e Legislação Processual em vigor”, 27^a ed, SP, Saraiva, 1996, nota sobre o art. 530:13c.

¹³ Op. cit. pág. 344/5.

apresenta mais de uma *causa petendi* para um mesmo pedido. Nesta hipótese, se houver divergência no reconhecimento, ou não, de ambas as *causae petendi*, ainda que o resultado final seja unânime, existe divergência porque cada *causa petendi* é fundamento de uma ação que poderia ser proposta separadamente e, se assim fosse, haveria voto vencido permitindo os embargos. É preciso porém, que haja voto vencido em todas as *causae petendi*, porque, se em uma a votação unânime tanto quanto o resultado final, não aparece o pressuposto específico dos embargos que é o voto que daria ganho de causa ao perdedor'. Logo, toma-se em separação os votos dos julgadores, em relação a cada uma das *causae petendi* e havendo divergência acerca de qualquer delas, cabível serão os embargos. Ex. interposição de rescisória com fundamento em ofensa à coisa julgada, violação literal de lei e erro de fato. O pedido foi declarado improcedente quanto aos três fundamentos, entretanto em relação a cada um deles houve juiz que o teria acolhido. Cabe embargo já que cada *causa petendi* correspondia a uma ação rescisória, e nenhuma delas foi julgada por unanimidade. "Se houvesse voto vencido apenas no tocante a um dos fundamentos, ou a dois, continuariam a caber os embargos, mas neles já não se poderia insistir no (s) fundamento(s) unanimemente rejeitado(s)".

Aumentando a égide de observações, oportuno trazer à baila a posição de Greco Filho sobre o assunto. Este assevera que "voto vencido não quer dizer, necessariamente, voto oposto. Basta que o voto seja diferente, quantitativa ou qualitativamente. Neste caso, a divergência é parcial, e somente no que houver diferença é que se pode pedir a reforma por meio de embargos. Igualmente, se parte do acórdão for unânime e

parte por maioria, somente sobre esta podem incidir os embargos. Assim, por exemplo, se, por unanimidade, o tribunal julga a ação procedente decretando a rescisão de um contrato e por maioria condena à multa contratual, os embargos somente poderão versar sobre a multa". Noutra dizer, para a configuração do deserto, basta que qualquer dos juízes emita voto diferente dos outros, não sendo necessário que vote em sentido oposto. "A divergência pode indiferentemente verificar-se em qualquer dos pontos sobre que se haja de decidir no julgamento da apelação ou da rescisória, quer se trate capítulo principal, quer de acessório (inclusive condenação em custas processuais e/ou honorários advocatícios)"¹⁴

Na mesma reta de considerações, oportuno salientar que a divergência do julgamento de uma ação acumulada, inclusive na hipótese de reconvenção e de declaratória incidental, não permite a interposição de embargos no pertinente a outra ação¹⁵.

Para que os embargos infringentes sejam conhecidos, não basta que simplesmente seja feita alusão ao voto vencido, mas, é de mister que estes contenham transcritos expressamente os fundamentos do voto vencido.

Se os embargos versarem unicamente sobre prescrição ou decadência reconhecida de forma não unânime em apelação rescisória, o seu acolhimento implica a devolução do feito à turma julgadora da apelação ou rescisória para que prossiga o julgamento.

Impossível alegar em embargos infringentes incompetência do tribunal, a não ser que sobre ele tenha havido divergência na apelação.

¹⁴. BARBOSA MOREIRA, José Carlos: "O Novo Processo Civil Brasileiro". RJ, Forense, 18^a ed, 1996, pág. 174.

¹⁵. BARBOSA MOREIRA: Op. cit. pág. 175.

A apresentação de infringentes norteia-se também pelo princípio da *non reformatio in pejus*, haja vista que em qualquer hipótese fica proibida a reforma para pior.

De regra não se admitem embargos infringentes em acórdão proferido no agravo de instrumento, retido ou regimental. Entrementes, “se ao apreciar agravo retido o tribunal apreciou matéria de mérito (art. 269¹⁶), ou que não preclui (art. 276-IV, v, vI, e 3¹⁷) e proferiu decisão não unânime, os embargos são cabíveis”. “Admitem-se embargos infringentes em agravo retido, quando a questão neste versada estiver inafastavelmente vinculada ao próprio mérito da apelação” (STJ – 4 Turma, Resp, 26.899-4RJ, rel. Min. Athos Carneiro, j. 9.11.92 – DJU 17. 12. 92, p. 24.251). Logo, a decisão proferida em agravo retido, se, umbilicalmente vinculada ao mérito, e não unânime, permite a interposição de embargos infringentes, salvo se tiver apenas rejeitado a preliminar de cerceamento de defesa.

No diapasão, em se tratando de pedido de antecipação da tutela, se rejeitando, é admissível a interposição de agravo de instrumento ou retido. Em sendo apresentado o agravo retido para evitar a preclusão temporal, como a impugnação da matéria se refere ao próprio mérito da relação jurídica, este quando

¹⁶. O art. 269 do CPC estipula que: “Extingue-se o processo com o Julgamento de mérito: I) quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; II) quando o réu reconhecer a procedência do pedido; III) quando as partes transigirem; IV) quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; V) quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação”.

¹⁷. As matérias previstas nos incisos IV, V e VI do art. 267, quais sejam, os pressupostos processuais e as condições da ação, não precluem, pois que a própria lei assim estabelece em virtude de serem matérias de ordem pública.

apreciado como prefacial da apelação pelo tribunal, se o acórdão referente a essa matéria devolvida for divergente, enseja a interposição de embargos infringentes¹⁸.

No pertinente ao cabimento de embargos infringentes interpostos de decisão proferida em apelação apresentada em mandado de segurança existem duas Súmulas da suprema corte. A primeira de nº 294 que é estipulante: “São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão do Supremo Tribunal Federal em mandado de segurança”, e a segunda de nº 597 asseverante: “Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação”.

Não concordamos, *permissa maxima venia* com esse entendimento. É que da decisão proferida em mandado de segurança cabe apelação, e, das decisões não unânimes proferidas em apelação, cabem embargos infringentes. Outrossim, nem o CPC nem tampouco a lei 1.533/51 proíbe expressamente a interposição de embargos infringentes de acórdãos não unânimes proferidas em apelação apresentada contra decisão em mandado de segurança.

Não poderíamos deixar de enfatizar que no caso de voto divergente proferido em apelação ou rescisória, compulsoriamente devem ser apresentados os embargos infringentes, quanto à parte divergente, para que posteriormente possa ser apresentado recurso especial e/ou extraordinário, porquanto, a devolução da matéria em campo extraordinário demanda, preambu-

¹⁸. Diferentemente da nossa posição respaldada na doutrina e em parte da jurisprudencial, encontra-se a Súmula 181 do STF que obtempera: “Contra a decisão proferida sobre o agravo no auto do processo, por ocasião ao julgamento da apelação, não se admitem embargos infringentes ou de nulidade”.

larmente, o esgotamento de todas as vias comuns e ordinárias. No particular, em sendo apresentado embargos infringentes quanto à parte não unânime, e houver violação de lei federal ou da constituição quanto à unânime, o recurso especial e o extraordinário impugnativo da parte unânime, deverão ser apresentados juntamente com os embargos infringentes, pena de preclusão (Súmula 355 do STF¹⁹), e em sendo apresentados, estes restarão sobrestados até o julgamento daquele (CPC, art. 498).

A decisão por maioria proferida em embargos de declaração de omissão em acórdão proferido em apelação permite a interposição de embargos infringentes, pois os embargos de declaração integram o que foi julgado na apelação. Registre-se, ainda: havendo voto vencido parcialmente no acórdão, não sendo possível determiná-lo precisamente, já que o acórdão foi omissão a respeito, é *conditio sine qua non*, e não faculdade, que essa omissão seja suprida por meio de embargos declaratórios, se pretender apresentar embargos infringentes, de eles não serem reconhecidos.

Mesmo inexistindo recurso voluntário, são admissíveis infringentes em remessa necessária ou de ofício. Essa é a orientação da súmula 77 do antigo TFR: “Cabem embargos infringentes a acórdão não unânime proferido em remessa *ex officio* (Código de Processo Civil, art. 475)”. O regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com sede em Recife, também se orienta nesse sentido através de seu artigo 237. Nós, entretanto, nos permitimos asseverar

¹⁹ A súmula 355 do STF frisa: “Em caso de embargos infringentes parciais, é tardio o recurso extraordinário após o julgamento dos embargos, quanto à parte da decisão embargada que não fora por eles abrangida”.

que, como a remessa compulsória ou necessária não é considerada recurso, mas simplesmente uma providência necessária para que a sentença possa transitar em julgado, não concordamos com a pré-falada súmula do TRF nem com seus concordantes. Desta feita, em remessa necessária, não há por que se falar em embargos infringentes, assim entendemos.

No concernente ao cabimento de embargos infringentes apresentados em julgamento divergente, proferido em apelação apresentada de ação falimentar existem duas correntes: uma que admite, e outra situada em pólo oposto da qual fazemos parte e que tem orientação contrária. É que “em matéria de recursos, a Lei de Falências é auto-suficiente, e a exaure em suas previsões. Não cabe, pois ampliar os recursos nela previstos”.²⁰

“São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos Tribunais (súmula 293 do STF)”.

“São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão unânime do STF em ação rescisória (súmula 295 do STF)”.

“São inadmissíveis embargos infringentes sobre matéria não ventilada pela turma, no julgamento do recurso extraordinário (súmula 296 do STF)”.

²⁰ O Decreto Lei 7.661/45 (Lei de Falências), prevê expressamente os recursos interpostos das decisões proferidas tanto na falência quanto na concordata, se referindo ao agravo de instrumento (art. 17: “Da sentença que declarar a falência pode o devedor, o credor ou o terceiro prejudicado, agravar de instrumento”), ao embargo (art. 18: “A sentença que decretar a falência com fundamento no art. 1º pode ser embargada pelo devedor, ...”), apelação (art. 19: “Cabe apelação da sentença que não declarar a falência”), etc.

“Em caso de embargos infringentes parciais, é definitiva a parte da decisão embargada em que não houver divergência na votação (súmula 354 do STF)”.

“Não há embargos infringentes no processo de reclamação (súmula 368 do STF)”.

Não há que falar em infringentes de decisões não-unânicas, proferidas em recurso apresentado de sentença nos juizados especiais, pois a Lei 9.099/95, apesar de silente, é também auto-suficiente quanto aos recursos admissíveis naquele procedimento eminentemente sumário.

O Regimento Interno do STF através de seu art. 333, III e IV admite a interposição de Embargos infringentes de decisão não-unânime do Plenário ou da Turma proferida em ação rescisória. Por outro lado, os artigos 260 a 262²¹, do Regimento Interno do STJ também admitem embargos infringentes de decisões não-unânicas proferidas em apelação e rescisória de sua competência originária.

3. PROCEDIMENTO

Os embargos infringentes devem ser apresentados no protocolo do tribunal, através de petição escrita dirigida ao relator da decisão embargada (ação rescisória ou apelação), no prazo de 15 dias, contados da publicação das conclusões do acórdão no órgão ofi-

²¹ O art. 333, III e IV do RISTF vaticina: “Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma: ... III - que julgar ação rescisória; IV - que julgar a representação de inconstitucionalidade”. Por seu lado, o art. 260 do RISTJ frisa: “Cabem embargos infringentes, no prazo de quinze dias, quando não for unânime o julgado proferido em apelação, e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”. Constata-se que o RISTJ repetiu o preceptivo codificado.

cial (art. 506, item III do CPC)²². Sendo apresentados, cabe à secretaria do tribunal juntá-los aos autos, independentemente de despacho, sendo em seguida levados conclusos ao relator para que este objetive o Juízo primeiro de admissibilidade, responsável pela análise dos pressupostos gerais e específicos.

Atente-se para o fato de que a petição deve ser dirigida diretamente ao relator do acórdão embargado, e este pode não ser necessariamente, o próprio relator da apelação ou da rescisória, consoante se depreende do didatismo inteligente do art. 556 do CPC²³.

A petição deve conter a identificação do embargante e da parte *ex adversa*, o pedido de novo julgamento no pertinente a matéria divergente, e na mesma peça ou em anexo, a fundamentação do pedido.

Carecendo o embargo de qualquer pressuposto de admissibilidade, cabe ao relator inadmiti-lo de imediato, cabendo desse despacho, a partir da sua publicação no *Diário Oficial*, o recurso de agravo²⁴, no prazo de 5 (cinco) dias, endereçado ao mesmo órgão que iria julgar os embargos (CPC, art. 532). Ressalte-se, por oportuno, que todas as regras gerais aplicáveis aos

²² Observe o Art. 188 do CPC que giza: “Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”, e o art. 191 estipulante: “Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos”.

²³ O Art. 556 frisa: “Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento designando para redigir o acórdão o relator, ou, se este for vencido, o autor do primeiro voto vencedor”. De se observando que de regra quem dirige o acórdão é o relator do processo. Entrementes, em sendo esse vencido, o autor do voto vencedor ficará encarregado de redigir o acórdão, e para ele deverá ser direcionado os embargos infringentes.

²⁴ De ressaltar que esse recurso, pela sistemática anterior, não tinha nome.

prazos recursais, inclusive no concernente à contagem, prorrogação, suspensão e interrupção, bem como o estatuído nos arts. 188 e 191 do CPC incidem sobre esse instituto.

Em face ao silêncio do Código, entendemos que a petição do agravo deve dirigir-se ao prolator do despacho que inadmitiu os embargos, e este não pode, em hipótese alguma negar seguimento do mesmo aos seus pares. Admitir o contrário seria permitir a interposição infundável de agravo contra despacho trancatório de agravo. Ademais, apesar de silente o CPC quanto à questão da retratação, somos pelo prolator do despacho trancatório dos embargos infringentes que, reapreciando sua decisão indeferitória, pode, se achar conveniente, retratar-se, ou seja, voltar ao *statu quo ante*, permitindo o seguimento dos embargos indeferidos ou inadmitidos. Pela natureza dos agravos, esses, quase sempre, permitem que a decisão agravada seja revista pela própria autoridade prolatora.

No pertinente ao procedimento do agravo, caso não haja retratação, de se por em liça que nele não se faculta a apresentação de contra-razões pela parte agravada, devendo o mesmo ser colocado em julgamento na primeira sessão seguinte perante o órgão que julgaria os embargos e, nesse caso, o prolator do despacho trancatório não participará da votação.

Se os embargos forem admitidos, observados e respeitados todos os pressupostos de admissibilidades gerais e específicos, ou em face de provimento do agravo, haverá o sorteio de um novo relator, devendo recair a escolha, **na medida do possível**, em Juiz que não haja participado do julgamento da apelação ou da rescisória (art. 533 e parágrafo). Noutro asseverar, ao se observar o sorteio do novo relator devem-se excluir

os participantes do julgamento da apelação ou rescisória, desde que seja possível²⁵.

Sorteado o relator dos embargos, independentemente de despacho, abre-se a vista dos mesmos ao embargado para no prazo de 15 (quinze) dias manifestar-se, assim pretenda (CPCm, art. 508). Segundo José Carlos Moreira, na mesma obra, todas as regras atinentes aos prazos lhe são aplicáveis, com exceção do constante no art. 507 do CPC²⁶.

Na contramanifestação aos embargos cabe ao embargado combatê-los do ponto de vista formal e material, ou seja, quanto à admissibilidade e ao mérito. Apresentadas as contra-razões, ou passando *in albis*, os autos serão conclusos ao relator no prazo de 48 (quarenta e oito) horas para que este conhecimento do recurso, visto que, até então não tinha tido contacto com ele, dispondo do prazo de 15 (quinze) dias para estudá-lo e proferir o seu relato (visto), expondo os pontos controvertidos (CPC, art. 549). Após a consubstanciação do relatório, cabe à secretaria expedir cópias autenticadas do mesmo e distribuí-las entre os membros do colegiado que irão participar do julgamento (CPC, art. 553).

Após a distribuição das cópias, os autos serão conclusos ao revisor, que será o juiz mais antigo após o relator (§1º do art. 551 do CPC), dispondo esse tam-

²⁵. A lei não proíbe a participação dos juízes que julgaram a apelação ou a rescisória, procura evitar apenas, que sejam os embargos relatados por algum participante do julgamento anterior.

²⁶. O Art. 507 salienta: "Se, durante o prazo para a interposição do recurso, sobrevier o falecimento da parte ou de seu advogado, ou ocorrer motivo de força maior, que suspenda o curso do processo, será tal prazo restituído em proveito da parte, do herdeiro ou do sucessor, contra quem começará a correr novamente depois da intimação".

bém de 15 (quinze) dias para revisar a matéria, colocar o seu visto, devendo em seguida pedir dia para julgamento. Interessante mencionar que em se tratando de embargos infringentes interpostos de acórdão não-unânime proferido em apelação apresentada de decisão em ação de procedimento sumário, em ação de despejo ou nos casos de indeferimento liminar de petição inicial (§ 3º do art. 551 do CPC), não haverá revisor.

Os embargos infringentes são julgados pelos órgãos especiais ou pelo pleno dos tribunais, conforme o caso. O Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Pernambuco estipula através de seu artigo 24, inciso I, letra “c” que a competência para julgamento dos infringentes é do Grupo da Câmara Cível, órgão de natureza especial. Já o Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, através do inciso III do artigo 6º atribui a competência ao pleno. O regimento do STJ através dos artigos 11 e 12 atribui à competência ao Órgão Especial e às Seções. O RISTF estipula ser do plenário a competência para apreciar os embargos infringentes. Havendo embargos infringentes adesivos, estes seguem os mesmos trâmites processuais dos embargos principais.

4. PREPARO

De acordo com o código de 1939, havia determinação expressa no sentido de que este recurso devia ser preparado. Hoje, entretanto, as normas disciplinadoras desse instituto são silentes. Nessa perspectiva, por escassez de exigência legal, não existe pagamento de custas, e por via de consequência, preparo. Inda mais que custas já foram pagas na preparação da apelação ou na inicial da ação rescisória. Alguns autores enfatizam ser necessária a objetivação do preparo

quando houver exigência ou determinação por parte de **norma interna corporis** dos tribunais, o que não concordamos, pois os regimentos devem se amoldar às normas processuais federais.

5. EFEITO

Além do efeito devolutivo inerente a todo e qualquer recurso²⁷, os embargos infringentes terão efeito suspensivo nos limites do voto vencido objeto dos embargos, desde que a apelação, base do acórdão recorrido, tenha recebido efeito suspensivo. Em se tratando de embargos interpostos de acórdão proferido em apelação, a parte voluntariamente não embargada, ou em face da impossibilidade de embargos, pois que unânime, será objeto de execução definitiva ou provisória. A definitiva, quando não houver apresentação de recurso especial ou extraordinário. A provisória, quando houver interposição de qualquer desses dois recursos²⁸.

Ampliando o âmbito de considerações, não vislumbramos a possibilidade de se atribuir efeito suspensivo em embargos infringentes apresentados em julgamento não-unânime, em ação rescisória. A rescisória em virtude do comando expressamente salientado no artigo 489 do CPC “não suspende a execução da sentença rescindenda”. Nesse sentido, por analogia, os embargos apresentados de acórdão proferido em apelação só terão efeito suspensivo se a apelação o

27. Em seara dos embargos infringentes existe a devolução ou remessa da matéria objeto do voto divergente proferido na apelação ou rescisória, ensejador dos embargos.

28. Registre-se que o recurso extraordinário e especial será recebido apenas no efeito devolutivo (§ 2º do art. 541).

tiver. Como a rescisória não suspende a sentença rescindenda, os embargos apresentados de seu julgamento jamais poderão suspender a matéria, objeto da divergência e dos embargos.

6. EMBARGOS INFRINGENTES CONTRA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU

As Leis 6.825 de 1980, através do seu artigo 4º e a de nº 6.830, também de 1980, através de seu artigo 34, substituíram o remédio apelativo das decisões finais, pelos embargos infringentes dessas decisões, como único recurso cabível contra sentenças proferidas em causas da competência da Justiça Federal, quando interessadas, seja na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes estejam a União, autarquias e empresas públicas federais, e nas execuções fiscais em geral, desde que, em qualquer dos casos, o valor da causa fosse igual ou inferior a 50 OTN (obrigação do tesouro nacional)²⁹.

A primeira lei foi revogada pela de nº 8.197/91. A segunda, que “reviveu os antigos embargos de alçada” do Código de 1939 para causas de valores iguais ou inferiores a dois salários mínimos, permanece íntegra e intocável.

O art. 34 da segunda lei disciplinante das *execuções fiscais* da União, Estados e Municípios, estabelece, *in verbis*: “Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração” levando-se em conta a “dívida monetariamente

²⁹. A OTN foi substituída pela BTN que por sua vez foi substituída pela ORTN que por sua vez...

atualizada” acrescida de multa, juros de mora e demais encargos, sem sujeições a alterações futuras.

Inicialmente, cumpre registrar que a nomenclatura atribuída a esse instituto recursal é paradoxal. Se temos pressuposto dos embargos infringentes a decisão não-unânime proferida por órgãos colegiados, como atribuir a mesma nomenclatura a um recurso interposto de decisão prolatada por órgão singular ou monocrático, impossível de se haver julgado não-unânime? Estamos que a terminologia utilizada pelo legislador foi inadequada.

Esses embargos, deverão ser interpostos perante o próprio Juiz prolator da decisão, no prazo de 10 (dez) dias, em petição fundamentada, instruída ou não com documentos novos, se for o caso.

Apresentados os embargos será ouvido em igual prazo. Em seguida, os autos serão conclusos ao juiz para apreciá-los, podendo rejeitá-los ou acolhê-los (reformando), num prazo de 20 (vinte) dias (§ 2º, da Lei).

De asseverar que a adoção dessa sistemática de se impugnar a decisão do Juiz apresentando embargos infringentes ao próprio Juiz, eliminou a possibilidade de se apresentar agravo de instrumento ou retido, apelação ou recurso especial, violando o princípio do duplo grau de jurisdição. Cabe apenas o recurso extraordinário, que segundo a doutrina dominante tem que ser interposto diretamente ao STF, caso haja violação de normas constitucionais³⁰ ou embargos de declaração em caso de omissão, contradição e obscuridade.

³⁰. Art. 102 da CF vaticina caber extraordinário das causas decididas em única ou última instância (quando não couber mais recurso, salvo embargos de declaração), “quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição”.

De prudência vaticinar, que nessas causas não haverá a preclusão das interlocutórias irrecorridas, pois que toda a matéria decidida no curso da ação será desenvolvida ao conhecimento do próprio Juiz através dos embargos infringentes.

Não se admite também nem sequer reexame necessário, cabendo, entretanto ação rescisória.

A título ilustrativo, em se tratando de ações conexas, julgadas em conjunto, se o valor de cada um for inferior ao valor da alçada, mesmo que a soma seja superior, não cabe apelação, mas infringentes, pois a alçada determina-se com o valor de cada ação, não a soma delas.

Em se tratando de ação de embargos de terceiros apresentado em execução fiscal, não deve ser levado em consideração o valor da causa na ação fiscal, mas a alçada da ação de embargos de terceiros.

Em face da lacuna na lei, diz-se, por analogia, que a interposição desses embargos infringentes, tem efeito suspensivo, salvo se ocorrer alguma das hipóteses em que não produziria a apelação.

7. EMBARGOS INFRINGENTES NO PROCESSO TRABALHISTA

Cabem embargos infringentes para a Seção Especializada em Dissídios Coletivos ou Seção Normativa, das decisões não unânimes proferidas em processo de Dissídios Coletivos de sua competência originária (quando o dissídio exceder a Jurisdição de TRT), salvo, se a decisão impugnada estiver em consonância com precedente Jurisprudencial ou Súmula de Jurisprudência do TST (art. 2º, inciso II, letra "c" da lei 7.701/88).

Por sua vez, o RITST através do art. 356 estabelece: "Cabem embargos infringentes das decisões não unânimes proferidas pelas Seções Especializadas, no prazo de oito dias, contados da publicação do acórdão ou sua conclusão no órgão oficial, nos seguintes processos de competência originária do Tribunal: denegará o seguimento ao Recurso, facultado à parte, a interposição de agravo Regimental" (art. 358 do RITST).

Logo, não apenas das decisões proferidas em dissídio coletivo de Competência originária do STF que enseja a interposição de Embargos Infringentes, cabendo-os, também, das decisões não-unânimes proferidas em Ação Rescisória de competência originária do TST.

Merece destaque, o fato da decisão que em qualquer desses dois tipos de ações forem prolatadas por unanimidade sem que haja violação da Constituição Federal, daí, nenhum outro recurso será admissível, nem Ordinário nem o Recurso Extraordinário. É o que se depreende da interpretação dos artigos 539, I, do CPC, 101, II, "a" e III da Constituição Federal, art. 309, 326 e 327 do RITST³¹. Portanto, resta prejudicado o Duplo Grau de Jurisdição.

³¹ O Art. 102 da Constituição Federal frisa: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I...II - julgar, em recursos ordinários: a) O habeas corpus, o mandado de segurança o habeas data e mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão: III - julgar mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição": b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal: c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição."

- O Art. 539 do CPC estipula: "Serão julgados em recurso ordinário: I - Pelo Supremo Tribunal Federal, os mandados

Ressalte-se, que a ausência de unanimidade deve dizer respeito a cada cláusula rediscutida no Recurso, vez que os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência (CPC art. 530 parte final).

De asseverar que é a própria Seção Especializada em Dissídios Coletivos que é responsável pelo julgamento dos Embargos Infringentes, e, inclusive, vai julgar Agravo Regimental da negativa de seguimento dos infringentes.

8. A GUIA DE ARREIMATE.

À luz do que foi explanado acima, cumpre concluir infantizando que: 1) Na sistemática recursal dos embargos infringentes são admissíveis as decisões proferidas em apelação, inclusive daquela apresentada em mandado de segurança, e rescisória desde que julgada por maioria; 2) A matéria devolvida está circunscrita ao voto vencido; 3) A divergência pertinente aos votos deve ser aferida levando em consideração a conclusão, jamais a fundamentação ou *causae petendi*, salvo quando houver várias *causae petendi*, para um único pedido, caso em que ensejará infringentes em existindo divergência quanto as *causae petendi*; 4) Cabem infringentes em recurso adesivo quando se referir ao próprio mérito da demanda, ou

de segurança, os habeas data e os mandados de injunção decididos em única instância pelos Tribunais superiores, quando denegatória a decisão”.

- A seu lado o Art. 309 do RITST enfatiza: “ao acórdão (proferido na rescisória) poderão ser inerpostos embargos infringentes, na matéria em que não foi unânime o julgado”.

- O Art. 326 do mesmo regimento sublinha: “Concluído o julgamento do dissídio, e proclamada a decisão normativa, o relator ou redator designado terá o prazo máximo de dez dias para lavrar o respectivo acórdão, que será imediatamente publicado.”

devolver questão de ordem pública ou que não preclui; 5) Cabem embargos infringentes de decisão não-unâ-nimes, proferida em embargos de declaração apresentados em acórdãos omissos, contraditórios ou obscuros, de apelação ou rescisória, pois estes integram o próprio acórdão; 6) Não basta a simples alusão ao voto vencido, mas é de mister seja ele transcrito nas razões recursais; 7) A apresentação de infringentes quanto à parte não-unânime, demanda, no mesmo prazo a apresentação do especial ou do extraordinário, ou de ambos, quanto à parte unânime, pena de preclusão temporal e, por conseguinte, a execução definitiva da parte preclusa; 8) Os embargos infringentes têm efeito suspensivo na medida em que o tenha a apelação. Diferentemente ocorre dos infringentes interpostos de rescisória, haja vista que esta não suspende a execução de sentença (CPC art. 489); 9) Não há necessidade de pagamento de custas ou preparo; 10) Os embargos devem ser dirigidos diretamente ao relator da decisão embargada, e serão julgados por órgãos especiais ou pelo tribunal pleno. Em caso de denegação de seguimento cabe agravo regimental para o mesmo órgão; 11) Cabem embargos infringentes das decisões proferidas nas ações fiscais de baixo valor que serão julgado pelo mesmo juiz; 12) No Processo Trabalhista os infringentes só são admissíveis perante o Tribunal Superior do Trabalho.

AÇÃO EVICTÓRIA - DENUNCIÇÃO DA LIDE

POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DIRETA DO DENUNCIADO.

Demócrito Ramos Reinaldo Filho
Juiz de Direito

Em caso submetido a nosso julgamento, apresentou-se a deslinde a seguinte situação: o autor adquiriu do réu um veículo que depois veio a se saber de procedência criminosa. Apreendido o veículo administrativamente, pela delegacia especializada, o autor buscou o reparo do desfalque patrimonial por ele sofrido, ajuizando ação evictória contra o réu. Este denunciou da lide seu antecessor na cadeia dos proprietários, que lhe haviam alienado o veículo. Aceitando a sua condição de litisconsorte passivo, ofereceu contestação ao pedido autoral. Na instrução do feito, ficou comprovado que o litisdenuciado era o único que tinha conhecimento da origem ilícita do veículo.

A questão de direito material não oferecia maiores dificuldades, pois a hipótese enquadrava-se confortavelmente dentro no instituto da **evicção**, tratado no art. 1.107 e seguintes do C.C.. Aquele que vende coisa viciada deve resguardar o adquirente pelo desfalque que sofra em seu patrimônio, conforme se deduz do citado dispositivo de lei, *verbis*:

“Nos contratos onerosos, pelos quais se transfere o domínio, posse ou uso, será obrigado o alienante a

resguardar o adquirente dos vícios da evicção, toda vez que se não tenha excluído expressamente esta responsabilidade”.

A jurisprudência, a respeito do tema, é remansosa em reconhecer o direito de evicção, contra o alienante da **res furtiva**, quando o veículo comprado por terceiro de boa-fé vem depois a ser apreendido pela polícia. Destaca-se, a propósito, o seguinte aresto:

“EVICÇÃO - COMPRA E VENDA DE AUTOMÓVEL PARTICULAR - VEÍCULO FURTADO E APREENDIDO PELA POLÍCIA - AÇÃO EVICTÓRIA CABÍVEL MESMO À FALTA DE DECISÃO JUDICIAL - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

Em furto de veículo cabe a ação de indenização pela evicção contra o alienante da **“res furtiva”**, independentemente de prévia sentença que despojou o evicto, se não existe dúvida quanto à procedência criminosa do automóvel e a legalidade da apreensão administrativa” (Ap. Civ. 6.863-Dourados, Rel. Des. Hermínio Baptista de Azeredo, TJMT)¹.

Na mesma linha de entendimento, decisão do STF:

“Cabimento de ação de indenização contra o vendedor de coisa furtada, independentemente da prévia sentença sobre sua responsabilidade por evicção”².

Outras decisões de outros tribunais também podem ser referidas, como as seguintes:

¹ Acórdão publicado na *Jurisprudência Brasileira*, vol. 109, pág. 62.

² Acórdão publicado na RTJ, vol. 42, pág. 389.

"EVICÇÃO - COMPRA E VENDA DE AUTOMÓVEL PARTICULAR - VEÍCULO FURTADO APREENDIDO PELA AUTORIDADE POLICIAL - AÇÃO CONTRA O VENDEDOR - ADMISSIBILIDADE - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS FARTOS.

Se o veículo foi regularmente apreendido por autoridade policial e devidamente entregue ao primitivo dono, a situação pode e deve ser enquadrada no âmbito da evicção" (acórdão do TJMG)³.

"Tendo sido apurado que, antes de ter sido vendido, o automóvel havia sido furtado de outrem, nada obsta a que o comprador se volte contra o vendedor, reclamando, desde logo, a restituição do preço" (acórdão do TJSP)⁴.

"Ação de evicção julgada procedente. Automóvel que o autor comprou do réu foi apreendido em cumprimento de carta precatória expedida pela autoridade policial do Estado de São Paulo. A responsabilidade pela evicção é daquele que vendeu o veículo ao autor, sendo certo que ele poderá acionar por sua vez os vendedores anteriores. (...)" (acórdão do TJPR)⁵.

"EVICÇÃO - AUTOMÓVEL - VEÍCULO FURTADO - APREENSÃO PELA AUTORIDADE POLICIAL - PERDA EQUIPARADA À EVICÇÃO - AMOLDAMENTO DO ART. 1.117, I, DO CÓD. CIVIL À ATUALIDADE.

(...)

Condenação do vendedor a pagar o valor do automóvel, alcançado pela evicção, atualizado através de tabelas de preços de veículos usados. Sentença mantida" (acórdão do TJSP)⁶.

³ Acórdão publicado na *Jurisprudência Brasileira*, vol. 109, pág. 68.

⁴ Acórdão publicado na RT, vol. 462, pág. 86.

⁵ Acórdão publicado na *Jurisprudência Brasileira*, vol. 109, pág. 85.

⁶ Acórdão publicado na *Jurisprudência Brasileira*, vol. 109, pág. 131.

A dificuldade assentava-se em saber se, no dispositivo da sentença, a condenação pela reparação poderia ser feita diretamente na pessoa do denunciado, excluindo-se o denunciante da relação processual. O nosso posicionamento firmou-se em sentido contrário, pelas razões que passamos a evidenciar.

De logo, cabe notar que o autor realmente tinha que ajuizar a ação contra a pessoa do denunciante, embora não fosse este o primitivo alienante. É que a ação de evicção tem de ser proposta contra o alienante direto, e não contra o primitivo transmitente, segundo ensinamento jurisprudencial:

"Ação de evicção não pode ser substituída pelo pedido de indenização do último adquirente contra o primitivo transmitente, com abstração da cadeia sucessiva de transmissões (art. 1.17 do CC)"⁷.

O réu, por sua vez, em sendo demandado, tinha o direito de denunciar à lide o seu antecessor na cadeia dos proprietários, ou seja, o alienante anterior, para assegurar-se de uma possível derrota na ação (art. 70, I, CPC).

Feita a denunciação da lide e aceita esta pelo denunciado, ocorre a formação dentro do mesmo processo de duas relações: uma principal, envolvendo o autor e o réu-denunciante, e uma segunda demanda derivada, entre o denunciante e o denunciado. Na litisdenunciação, o denunciado vem ao processo para garantir o réu-denunciante, evitando a necessidade de posterior ação de regresso, o que importa ver que a relação se estabelece entre eles, e não entre o autor e o denunciado. Daí porque "a sentença que julgar procedente a ação, declarará, conforme o caso, o direito do

⁷ Acórdão publicado na RTJ, vol. 119, pág. 1.100.

evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos”, em respeito à determinação contida no art. 76 do CPC. Em interpretação a esse dispositivo legal, vem a talho o aresto abaixo ementado:

“A sentença em processo com denunciação da lide é dúplice: julga a ação principal e em seguida julga ação secundária, acolhendo ou não a pretensão do denunciante de ver declarada a responsabilidade do denunciado”⁸.

No mesmo sentido:

“Havendo denunciação da lide pelo réu, o juiz deverá decidir, na mesma sentença, a relação entre o autor e o réu-denunciante e a demanda derivada entre o denunciante e o denunciado”⁹.

Do STJ, é recomendável referenciar acórdão proferido no Resp Nº 55-RJ, tendo como Rel. o Min. Sálvio de Figueiredo:

“(…) Havendo denunciação da lide, impõe-se a apreciação das demandas original e derivadas, em qualquer das correntes de exegese”¹⁰.

Na doutrina, pode ser citado Celso A. Barbi¹¹, que traz o seguinte ensinamento:

“O denunciado é réu na ação indenizatória proposta contra ele pelo denunciante, de modo que não se concebe seja ele considerado litisconsorte; na verdade é seu adversário”.

Também nos deparamos, sobre o mesmo assunto, com a lição do Min. Sidney Sanches¹²:

⁸ Acórdão publicado na RT, vol. 498, pág. 89.

⁹ VI ENTA - concl. 27, aprovada por unanimidade, conforme anotação ao art. 76, Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, Saraiva, 26ª ed..

¹⁰ Acórdão publicado na RSTJ, vol. 5, pág. 363.

¹¹ “Comentários”, Forense, nº 417.

¹² “Denunciação da Lide no Direito Processual Civil Brasileiro”, in RT, ano 1984, vol. 2, pág. 230.

“A sentença em processo com denunciação da lide é dúplice: deve julgar a ação principal e, em seguida, a ação secundária, num só ato, acolhendo ou não a pretensão do denunciante de ver declarada a responsabilidade do denunciado.

Assim, se A propõe ação com pretensão indenizatória perante B e este denuncia a lide C, o juiz, se julgar procedente a ação principal (de A contra B), deverá julgar, no mesmo ato, a ação incidental de B perante C. Não pode, por exemplo, dizer que B não foi culpado e julgar a ação de A como se tivesse sido proposta perante C. Nem julgar a ação de A como se proposta perante B e C. Muito menos omitir julgamento de qualquer das ações (principal e incidental), sob pena de nulidade”.

Esse entendimento, entretanto, não é uníssono, havendo quem vislumbre no art. 75, I, a figura do litisconsórcio unitário, a exemplo de Milton Flacks¹³, merecendo ainda registro a posição do Min. Athos Gusmão Carneiro¹⁴, que descortina nesse dispositivo o litisconsórcio por determinação legal, sujeitando-se o denunciado-litisconsorte aos efeitos da sentença até mesmo quando revel.

Lastreada nessa última corrente, a jurisprudência tem admitido, em algumas hipóteses de denunciação da lide, a condenação direta do denunciado, quando reconhecida sua exclusiva responsabilidade, com a liberação do denunciante. Nesses casos, o fundamento legal para se atribuir diretamente o ônus da responsabilidade ao denunciado, com exclusão do denunciante, reside no citado art. 75, I, do CPC, que define como

¹³ “Denunciação da Lide”, Forense, 1984, nºs 109 a 111.

¹⁴ “Intervenção de Terceiros”, Saraiva, 1986, 3ª ed..

situação litisconsorcial a posição do denunciado que aceita a denúncia e contesta a ação. Na qualidade de litisconsorte, que contesta o pedido, o denunciado pode ser condenado diretamente, na concepção dos arestos abaixo reproduzidos em ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. RELAÇÃO LITISCONSORCIAL.

O acórdão que define como litisconsorcial a relação do litisdenunciado com o réu litisdenunciante não contraria o art. 75, I, do CPC” (STJ-3ª Turma, Resp. 26.734-5 – SP, Rel. o Sr. Min. Dias Trindade, j. 06.10.92) ¹⁵.

“Contestando a ação, o litisdenunciado assume a posição de litisconsorte do denunciante e pode ser diretamente condenado, tanto que reconhecida a sua exclusiva responsabilidade” (STJ- 3ª Turma, Resp 23.102-8-RS, rel. p. o ac. Min. Dias Trindade, j. 9.3.93) ¹⁶.

A solução propugnada pelos dois acórdãos acima transcritos, todavia, não podia ser adotada no caso em estudo.

Conquanto seja verdadeira a observação de que, em última análise, a responsabilidade pela indenização transfere-se para o denunciado, e uma decisão condenando-o diretamente responderia a uma exigência de ordem prática, tal solução poderia prejudicar o direito do autor de ver-se indenizado por aquele com quem travou a relação comercial de compra e venda do veículo, contra o qual efetivamente demandou. Uma condenação direta do denunciado, com a exclusão da responsabilidade do denunciante, poderia implicar pre-

¹⁵ Acórdão publicado na RSTJ, vol. 40, pág. 543.

¹⁶ Acórdão publicado em ementa no DJU de 5.4.93.

juízo ao autor, na hipótese daquele primeiro não dispor de patrimônio suficiente para o pagamento da indenização fixada na sentença. A possibilidade do denunciado oferecer menos garantias patrimoniais do que o denunciante, revelou-se em circunstância que desaconselhava a condenação direta daquele. Ora, se o autor fechou o negócio de compra do veículo com o denunciado, assim o fez levando em consideração a pessoa de quem lhe oferecera garantias para a celebração do contrato. A condenação direta do denunciado implicava na vinculação deste ao autor, que não fez pedido relativamente a ele. O direito à evicção é um direito pessoal, do evicto contra o alienante imediato, que, mesmo estando de boa-fé, por desconhecer o vício da coisa, não fica liberado de responder pelos prejuízos surtidos no patrimônio daquele.

Analisando o art. 75, I, do CPC, o Min. Eduardo Ribeiro, do STJ, realizou a melhor exegese, em nosso entendimento, desse dispositivo, ao afirmar que:

“Certo que a lei afirma que o denunciado figurará como litisconsorte. A meu ver, entretanto, esta expressão, não muito feliz, só pode ser entendida dentro do contexto em que foi regulamentado o instituto. Interessa ao denunciado opor-se à pretensão formulada pelo adversário do denunciante, mas, tão-só e exclusivamente, na medida em que essa demanda é prejudicial à outra e, julgada improcedente a ação originária, ficará prejudicada a litisdenúnciação” (voto vencido proferido no Resp. 26.734-5-SP) ¹⁷.

Ressalvados os casos em que há uma relação pessoal do autor com o denunciante, como no exemplo do direito à evicção, não se pode afastar a construção

¹⁷ Acórdão publicado na RSTJ, vol. 40, pág. 543.

jurisprudencial em sentido diverso, de condenação direta do denunciado, útil do ponto de vista da economia processual, nos casos em que a responsabilidade é exclusiva deste. Aliás, essa construção pretoriana tem sido erigida em casos concretos nos quais, tecnicamente, a denunciação da lide não se mostrava admissível. Foi o que ocorreu, por exemplo, no julgamento do Resp. Nº 23.039-5-GO, pela 4ª Turma do STJ¹⁸, versando a respeito do caso em que o ex-proprietário, citado para se defender em ação indenizadora de dano causado por veículo automotor, suscitou a preliminar de ilegitimidade passiva e denunciou a lide ao proprietário dele à época do evento danoso. O resultado do julgamento foi pela carência de ação, em relação ao réu-denunciante, e pela procedência da ação quanto ao denunciado, por ter ficado constatado que, realmente, o réu não mais era o proprietário do veículo causador do acidente, cujo domínio já havia sido transferido ao denunciado, único responsável, portanto, pela reparação dos prejuízos causados.

A rigor, a denunciação da lide não era cabível porque, em sustentando o réu sua ilegitimidade passiva *ad causam*, visto que não mais era proprietário do veículo, cumpria-lhe tão-somente porfiar por uma extinção do processo sem julgamento de mérito, com arrimo no art. 267, VI, do CPC, dando-se o autor como carecedor do direito de ação contra ele, e não denunciar de terceiro com quem não mantinha qualquer relação jurídica que o obrigasse a indenizá-lo (ao réu), regressivamente, em caso de sucumbência na ação principal. Com efeito, o relator do processo, Min. Sálvio

¹⁸ Julgamento proferido a 25.11.92, à unanimidade de votos, com acórdão publicado na RSTJ, vol. 47, pág. 263.

de Figueiredo, deixou assinalado esse aspecto em seu voto, ao dizer:

“A denunciação da lide pressupõe que o denunciante continue a integrar o pólo passivo da relação básica, assumindo, porém, a condição de autor na causa paralela em que figura como réu o denunciado. Há portanto, concomitância de ações, envolvendo, contudo, distintas relações processuais e materiais.

Já na hipótese em que o requerido alega ser parte ilegítima porque não mais lhe pertencia o automóvel envolvido no desastre, impõe-se, se comprovada referida alegação, apenas excluí-lo da relação processual única”.

A Turma, todavia, levou em consideração que a condenação direta do denunciado atendia à finalidade instrumental do processo. Já que às partes havia sido assegurada plenitude de defesa, pelos meios instrumentais adequados, seguindo o processo seu regular caminho, o simples reconhecimento do incabimento da denunciação, obrigando o denunciante a aforar outra ação contra o denunciado, importaria àquele (denunciante) ônus injustificável e desatenderia, conseqüentemente, o princípio da economia processual. Assim justificou o Ministro relator seu voto condutor:

“Reformar tal *decisum*, quanto ao aspecto concernente à impossibilidade da denunciação da lide, conduziria na prática ao simples reconhecimento de ilegitimidade do réu, obrigando ao ajuizamento de outra ação, o que, além de contrariar o princípio da economia processual, redundaria em prejuízo maior aos recorrentes”.

A ementa do acórdão restou assim redigida:

“Em linha de princípio, a denunciação da lide não se presta à substituição da parte passiva. Contudo,

se o réu alega ser parte ilegítima e ao mesmo tempo denuncia a lide ao verdadeiro responsável, e este, aceitando a litisdenúnciação, contesta o pedido formulado pelo autor, passando à condição de litisconsorte passivo, não há prejuízo em que a sentença dê pela carência de ação, em relação ao denunciante, e pela procedência ou improcedência da pretensão quanto ao denunciado”.

Análoga situação foi objeto de julgamento no Resp. Nº 26.734-5-SP, pela 3ª Turma do STJ¹⁹. O caso era o seguinte: o autor tivera seu veículo abalroado por outro, adquirido pelo réu, quando este era conduzido pelo preposto da concessionária (denunciada) à casa do réu (denunciante). A decisão, da mesma forma, possibilitou a que se atribuisse diretamente à denunciada o ônus pela reparação, com exclusão do denunciante, já que isento totalmente de responsabilidade. Aqui também não se vislumbra adequação técnica ao instituto da denunciação, por não se encaixar o caso concreto em nenhuma das hipóteses genéricas do descritor normativo (incs. I, II e III do art. 70, CPC), sendo o caso de simples ilegitimidade passiva do réu.

Como se vê, os casos em que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admitiu a condenação direta do denunciado estão marcados por notas peculiares: responsabilidade exclusiva do denunciado e inexistência de uma relação pessoal do réu para com o autor.

¹⁹ Acórdão publicado na RSTJ, vol. 40, pág. 543, tendo sido relator o Sr. Min. Dias Trindade.

CONCLUSÃO:

1ª Feita a denunciação da lide, e aceita esta pelo denunciado, ocorre a formação dentro do mesmo processo de duas relações: uma principal, envolvendo o autor e o réu-denunciante, e uma segunda demanda derivada, entre o denunciante e o denunciado. Na litisdenúnciação, o denunciado vem ao processo para garantir o réu-denunciante, evitando a necessidade de posterior ação de regresso, o que importa ver é a relação estabelecer-se entre os mesmos, e não entre o autor e o denunciado. A sentença, sob pena de nulidade, deve julgar ambas as lides, decidindo inclusive a respeito de custas processuais e honorários dos advogados em cada uma delas.

2ª Na hipótese de que tecnicamente não era admissível, por ser caso específica e unicamente de ilegitimidade da parte ré, mas tendo sido antes acatada a denunciação da lide e já tendo o denunciado contestado o pedido autoral, com o processo cumprindo o regular caminho da litisdenúnciação, nada impede que o julgador, por uma questão de economia processual, decida no sentido da carência da ação, em relação ao réu-denunciante, e pela procedência da pretensão quanto ao denunciado, quando evidenciada sua exclusiva responsabilidade e diante da inexistência de relação pessoal entre autor e réu.

DA DIMENSÃO DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Petrúcio Ferreira da Silva
Juiz do TRF da 5ª Região

Tem-se discutido, em sede de juízo eleitoral, sobre a dimensão da legitimidade processual dos partidos políticos, ou das coligações partidárias, quer através de seus órgãos de direção, quer de seus Delegados, inquinando-se, muitas das vezes, de imprestabilidade peças recursais que atacam decisões judiciais onde restaram negados interesses de filiados de tais agremiações partidárias, mas cujas peças processuais apresentam-se assinadas tão-só pelo Presidente do partido ou da coligação, representados ou não por advogado, ou por Delegado do partido, às vezes, não inscrito nos Quadros da OAB. Atente-se para o disposto da Lei 4.737/15/07.65, que instituiu o Código Eleitoral, art. 66, ao cuidar dos Delegados de partido perante o alistamento, após registrar que os mesmos, desde que credenciados junto o TSE, poderão representar o partido perante qualquer Tribunal Regional, Juízo ou Preparador, estabelece ser lícito aos partidos políticos acompanharem os processos de inscrição, promovendo a exclusão de qualquer eleitor inscrito ilegalmente e assumirem a defesa do eleitor cuja exclusão esteja sendo promovida. A Lei Complementar 64/18.05.90, que prescreve casos de inelegibilidade e, ao cuidar da argüição desta,

estabelece ser competente para fazê-la, de acordo com o art. 3º, entre outros, o partido político.

É, ainda, esta Lei Complementar que, no art. 22, legitima o partido político a representar à Justiça Eleitoral sobre as transgressões ao art. 19 do mesmo diploma legal. Por seu turno, a Lei 5.682/21.07.71, art. 13, § 2º, tem expressamente o partido político como parte legítima para impugnar o registro e, no art. 76, assim também o faz em relação aos Diretórios dos Partidos Políticos para ajuizarem representação com vista à perda do mandato de que cuida o art. 72 do referido diploma legal.

A Lei 9.100/29.09.95, que estabelece normas para a realização das eleições municipais de 03 de outubro do presente ano, em seu art. 15, § 1º, também legitima o partido político para requerer o cancelamento do registro do candidato, como o faz no art. 66, no tocante ao direito de resposta em caso de ofensa a sua imagem por qualquer veículo de comunicação social. Assim também agiu o TSE na Resolução 19.509, art. 22, no tocante à impugnação ao registro.

A Lei 9.096/19.09.95, após cuidar, em seu art. 11, do registro dos Delegados dos partidos políticos perante a Justiça Eleitoral, parágrafo único, dispõe textualmente: "Os Delegados credenciados pelo órgão de direção nacional representam o partido perante quaisquer Tribunais ou Juízes Eleitorais; os credenciados pelos órgãos estaduais, somente diante do Tribunal Regional Eleitoral e os Juízes Eleitorais do respectivo Estado, do Distrito Federal ou Território Federal; e os credenciados pelo órgão municipal, perante o Juiz Eleitoral da respectiva jurisdição."

No mesmo sentido, a Resolução 19.406 do TSE, art. 28 e seu parágrafo único. É que, destinando-se o

partido político, nos precisos termos da lei 5.682/71, art. 2^a, e que o tinha como pessoa jurídica de direito público interno, ou, da lei 9.090/95, art. 1^a, que o tem como pessoa jurídica de direito privado, “a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal e, tendo seus filiados, nos precisos termos do art. 4^a da Lei 9.096/95, como, por sinal, já dispunha a Lei 5.682/71, art. 3^a, parágrafo único, “iguais direitos e deveres”, inegável reconhecer nos partidos políticos, como leciona Torquato Jardim em “Direito Eleitoral Positivo”, 1996, que a democracia representativa assentada, exatamente, neles, “os admite enquanto veículos do liame necessário entre os diversos grupos e interesses que compõem, de um lado, a sociedade civil, do outro, o Estado, e também como instrumentos de divulgação das idéias, de coordenação dos interesses dos segmentos da sociedade civil que pretendem representar” e, como ainda observa o mesmo autor, “a filiação partidária como condição da elegibilidade (Const., art. 14, 3^a, V) torna inequívoco o papel duplo de poder intermediário entre a sociedade civil e o Estado, de enquadrar os eleitores e os eleitos”.

Fávila Ribeiro, em “Direito Eleitoral”, após afirmar que, em sua dimensão política, o partido político é instrumento de relevante importância na dinâmica do poder, contribuindo à interação entre o governo e governados no esquema do regime representativo, e doutrinar que o partido político nasce e mantém-se na esfera do poder político, exatamente, no dizer do autor, o que é produzido no ambiente estatal, “tendo por objeto a dominação governamental, como sujeito passivo o povo, caracterizado no eleitor, e como processo

de relacionamento a eleição”, estudando as nascentes associativas dos partidos políticos e o papel de seus filiados para seu funcionamento democrático, observa haver uma reciprocidade entre os filiados e os partidos, desde que consumada a fundação, pois no seu entender corporifica-se na manutenção da densidade sociológica por filiados atuantes, ficando a mesma a depender de voluntárias adesões institucionalizadas, para comprovação de sua força, “não somente na qualificação pela expressão numérica e das fichas de filiados, mas pela efetiva participação em suas atividades internas”.

Afinal, não há como olvidar que imprimem características existenciais aos partidos políticos, como ainda ensina Fávila Ribeiro, ou seja, fazem parte de sua própria essência, entre outros, o grupo social – base humana (dirigentes, líderes e filiados) em que se apóiam os partidos políticos e que lhes confere dimensão sociológica a relação de solidariedade entre os seus membros. Em suma, conclui Fávila Ribeiro: “tudo isso faz parte do princípio da isonomia jurídica e política nas relações com os filiados no âmbito dos seus respectivos partidos políticos, por decorrência mesma da linhagem associativa, que assim o pressupõe, não somente para os instantes fundamentais a fim de trazer legitimidade em suas nascentes, mas para que legítimo continue no seu modo democrático de funcionamento, pela participação indiscriminada de seus filiados”. O TSE no Ac 12.209, Rel. Min. Pertence, em cuidando da natureza dos partidos políticos, “natureza bifonte” decorrente de sua titularidade de direitos-função em cujo exercício conjugam-se, de um lado, a atuação de um direito público subjetivo do cidadão ou da coletividade organizada de cidadãos que dele seja titular e,

de outro, o desempenho da função pública de órgão parcial da formação de vontade eleitoral do Estado, identificou-os, enquanto instrumentos do exercício plural da cidadania e titulares de direitos públicos subjetivos, como associações civis, reinando, aí, precisamente, os princípios da liberdade de criação e de autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento.

Aliás, em falando de autonomia dos partidos políticos, é bom lembrar que da mesma decorre, nos precisos termos do art. 3^a da Lei 9.096/95, o poder de definir sua estrutura interna, sua organização e seu funcionamento. É, ainda, poder dos partidos políticos, cujos órgãos de direção (municipais e regionais e, se organizado, no mínimo, em um terço dos Estados, o seu órgão de direção nacional – art. 11, da Resolução 19.406, do TSE – credenciar Delegados perante o Juiz Eleitoral, o Tribunal Regional Eleitoral e o partido Tribunal Superior Eleitoral, que os representarão junto a tais órgãos do Poder Judiciário Eleitoral. Atente-se que, tanto a Lei. 9.096/95, art. 10, parágrafo único, como Resolução do TSE 19.406, art. 28, falam em “poder”, faculdade, e não obrigatoriedade, de onde decorre que os partidos políticos podem fazer-se presentes à Justiça Federal, ou diretamente por seus órgãos de representação, diretoria ou presidência, municipal, estadual ou nacional, ou através dos seus filiados a quem tenha delegado tal poder, se tal delegação apresentou-se, ou continua apresentando-se oportuna ao partido. Torquato Jardim, em seu “Direito Eleitoral Positivo”, como já o fizera em sua “Introdução Ao Direito Eleitoral Positivo”, em se cuidando dos sujeitos da relação processual, observa que “O partido político pode ser sujeito ativo quando requer o registro de can-

didatos, ou interpõe recursos em geral; sujeito passivo quando defende as impugnações ao registro de seus candidatos, ou nos processos em que acusado de fraude eleitoral”.

Em se tratando de estar em juízo, oportuna a distinção conceitual apresentada por Pontes de Miranda, no caso:

a) capacidade de estar em Juízo, ou mais propriamente a legítima *persona standi in iudicio*. Direito de ordem processual, cuida a hipótese da capacidade processual, da *legitimatío ad processum*, por meio da qual se exerce, segundo o próprio Pontes de Miranda, o direito de presunção, direito este nem sempre identificado em quem tem o direito de ser parte, materializando-se tal capacidade nos atos processuais para eleitos em nome próprio, ou por conta de outrem;

b) capacidade de ser parte, de ser sujeito ativo ou passivo da relação jurídica processual, que, segundo o grande jurista alagoano, “inere a pretensão à tutela jurídica”, cuida da espécie de um conceito pré-processual;

c) capacidade de postular, ou direito de representação processual, que não há de confundir-se com a representação de direito material através da qual os incapazes absolutamente ou as pessoas jurídicas exercem o direito de apresentação no processo.

A capacidade postulacional ou o *jus postulandi* realiza-se na prática dos atos processuais onde haja postulação e se reserva a quem autorizado a tal por dispositivo legal, não se confundindo tal faculdade de incoar o processo, como doutrina Pontes de Miranda, nem com a capacidade de ser parte, nem de estar em juízo, cuidando a hipótese, sob o enfoque processual, do exato direito de representação.

Ainda sobre a matéria, afastado o exame dos chamados requisitos objetivos identificados como pressupostos processuais, ao lado dos requisitos subjetivos, referentes a estes, importa que se atendam, em relação à capacidade de ser parte, as figuras dos substitutos e dos representantes processuais. Sendo de regra que as partes defendem em nome próprio, direito próprio, estabelece o CPC, na primeira parte do art. 6º, onde se lê “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio...”, em havendo autorizado da lei, (parte final do supracitado art. 6º, do CPC, “... salvo quando autorizado por lei”), pode surgir a figura do substituto processual, legitimado a litigar em juízo, em nome próprio, como autor ou réu, mas, na defesa de direito alheio, configurando a hipótese, a legitimação extraordinária, situação esta que difere da representação processual (materialmente), onde o representante, não sendo parte, substitui a parte. Em seu nome, e no interesse de seus direitos, age.

Por outro lado, ao estabelecer o art. 3º, do CPC, que para propor ou contestar uma ação faz-se necessário ter, como pressuposto *a legitimatio ad causam*, interesse de agir, deixa patente que, como observa Moacyr Amaral Santos, em suas “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, direito de agir, distingue-se do direito material a que se visa tutelar com ação, pois enquanto objetivando provimento jurisdicional no tocante à pretensão nela deduzida, interesse primário (o próprio direito material) buscado na ação, o direito ou interesse de agir, consistindo na necessidade de obter uma providência jurisdicional quanto ao próprio interesse substancial deduzido no pedido, apresenta-se, em sua instrumentalidade processual, como um direito secundário.

A partir daí, melhor se entende Carnelutti quando, em procurando conceituar o interesse afirmou que o mesmo se apresenta como “*uno rapporto tra un bisogno dell'uomo e un quid atto a soddisfarlo*”, e, neste sentido, há de falar-se, como lembra Rodolfo de Camargo Mancuso, em seus “Interesses Difusos, Conceito e Legitimação para Agir”, em:

a) interesse social que, nas lições do autor, em seu sentido amplo, atine ao interesse que consulta à maioria da sociedade civil, enquanto reflexo do bem comum e aí se identificam como tal o anseio de proteção da *res publica*, a tutela dos valores e bens mais elevados, espontaneamente eleitos pela sociedade como os mais relevantes e devendo-se tomar, em relação a tal interesse, o adjetivo coletivo num sentido amplo, poder-se-ia dizer, como observa Mancuso, que o interesse social equivale ao exercício coletivo de interesses coletivos,

b) interesse geral que, no entender de André de Laubedère, apresenta-se como o interesse “*destiné à donner satisfaction à un besoin d'intérêt général*”, como exemplifica José Vidal, “*les du commerce em général, de l'urbanisme, des finances publiques*”, apresentando-se assim tais interesses como aqueles que no dizer de Jacques Chevallier, após se terem aglutinado nos diversos grupos sociais, ascendem a um plano de maior amplitude, passando a integrar o interesse geral;

c) interesse público, onde predomina a presença do Estado, cabendo-lhe não só a ordenação normativa do mesmo, como igualmente a indicação de seu conteúdo. É, como já afirmava Ulpiano, “*jus publicum est quod ad statum rei romanae spectat...*”;

d) e interesses segundo a amplitude de seu referencial, no caso: I – os interesses individuais que são os resultantes do direito subjetivo dos particulares em face do Estado-Poder e que, encontrando-se na base mesma do direito subjetivo, resultam da fusão entre tais interesses e a proteção estatal que os chancela e garante, no momento em que eles correspondem aos valores eleitos como os mais relevantes em determinada comunidade; II – coletivos, que são: 1. Os que interessam à pessoa moral (interesses pessoais do grupo) e que, não sendo propriamente coletivo, concernem, primordialmente, no dizer de Mancuso, à pessoa moral como entidade, no caso, os atos de gerência, de economia interna, tratando-se exatamente de um interesse direto pessoal da entidade; 2. Os de interesse coletivo como uma soma de interesses individuais, tendo-se o mesmo como coletivo, unicamente, na forma; 3. Os interesses coletivos como síntese de interesses individuais, onde não se identifica propriamente uma defesa do interesse pessoal do grupo, nem tampouco, de mera justaposição de interesse dos integrantes do grupo, e sim de interesses que deparam esses dois limites, restando assim afetados a um ente coletivo, nascido, como textualmente afirma Mancuso, “a partir do momento em que certos interesses individuais, atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum, amalgamam-se no grupo, é síntese, antes que mera soma”.

Tal direito, como ensinam H. Solus e R. Perrot, surge “comme une entité générale et abstraite qui absorbe et dépasse la somme des intérêts individuels de ses membres”, tornando-se para o grupo um interesse direto e pessoal, legitimando o grupo a representar a coletividade como um todo. Falando das formas de expressão dos interesses coletivos, é ainda Mancuso,

que, em relação aos partidos políticos, na obra supracitada, observa textualmente: “é curial que sejam repositórios de interesses coletivos, no caso o interesse popular à participação do processo de tomada de decisões políticas, vale dizer, no processo de gerência do poder...”

Aliás, em matéria de interesses dos partidos políticos a própria Constituição Federal reconheceu qual a amplitude dos mesmos, ao legitimá-los, nos expressos comandos do art. 5º, LXX, “a”, a impetrar mandado de segurança coletivo e, no art. 103, VIII, a propor a ação de inconstitucionalidade, colocando-o ao lado das organizações sindicais (confederações sindicais, no caso de ajuizamento de ADIN), entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano (de âmbito nacional), no caso de ajuizamento de mandado de segurança coletivo. E, atente-se, que, enquanto àquelas entidades, no tocante às elencadas no art. 5º, LXX, “b”, em referência à impetração do MS Coletivo, a legitimação dada às mesmas o é, desde que em defesa dos interesses de seus membros ou associados, assim não se dispõe quanto aos partidos políticos, levando Ada Grinover a observar que, tanto em relação ao Mandato de Segurança Coletivo, quanto à ADIN, inexistente qualquer restrição. José Lázaro Alfredo Guimarães, em suas “Ações Coletivas e as Liminares contra Atos do Poder Público”, após reportar-se à posição jurisprudencial e ao entendimento do mestre baiano, o professor Calmon de Passos, que restringem a legitimação constitucional dada aos partidos políticos aos casos onde se identifique um liame entre os interesses de tais órgãos e os interesses individuais de seus filiados, observa textualmente. “Não se deve, em princípio, restringir o alcance da

legitimação ativa do partido, no mandado de segurança, mas, caso a caso, verificar-se-á a existência de nexos entre os fins sociais da atuação partidária e o interesse perseguido". Dentro de tais princípios, é que o TSE assim se houve: "MS 2.097 - Cerro Largo, RS.

Relator: Ministro Marco Aurélio.

Presidentes: Diretórios Municipais do PT/PDT/PMDB/PSDB, por seus Presidentes, à unanimidade assim se posicionou:

Coisa julgada. Terceiros. Substituto processual. Tratando-se de legitimação concorrente, a revelar anômala espécie de substituição processual, a sentença prolatada em demanda ajuizada pelos substituídos, uma vez transitada em julgado, faz exsurgir o pressuposto negativo de desenvolvimento válido do processo quanto à protocolada pelo substituto. A substituição processual não ser empolgada a ponto de conduzir a verdadeiro paradoxo, ou seja, à duplicidade de oportunidades quanto ao desfecho de um mesmo tema controvertido. À unanimidade".

Recurso 12.303 - Porto Alegre, RS. Relator: Ministro Marco Aurélio.

Recorrente: Coligação "Movimento Rio Grande Unido e Forte" - PMDB/PSDB/PL, por seu Delegado. Recorrida: Coligação "Frente Popular" - PT/PSB/PCdo B/PSTU/PPS, por seu Delegado. Direito de Resposta - Legitimidade. A legitimidade é concorrente, a alcançar não só o partido ou coligação que indicou a registro. É que, uma vez assacadas ofensas ao candidato, denegrindo a imagem pessoal e a respectiva dignidade, dá-se a irradiação a ponto de prejudicar o partido ou a coligação que respalda a candidatura. Vulnere o art. 77 da Lei 8.713/93 decisão em sentido contrário. À unanimidade." Deste aresto vale destacar do voto do

Sr. Ministro Relator: "No caso dos autos, como consignei no relatório, o candidato da Coligação Recorrida, Olívio Dutra - assacou expressões que, na inicial, são tidas como a denegrir a imagem e a dignidade do candidato da Coligação Recorrente - Antônio Brito.

Acrescente-se que, na hipótese, tendo em vista as repercussões do que asserido, evidencia verdadeira legitimidade concorrente, a indicar a possibilidade de atuação do ofendido direto ou do partido ou coligação que procedeu à indicação do candidato a registro e pelo qual concorre. É que, no mundo político e no tocante às eleições, os interesses confundem-se, não se podendo afastar a atuação do partido ou coligação. "Em conclusão, pois, não há como se negar aos Partidos Políticos ou às Coligações Partidárias, dentro do interesse pessoal do grupo, atendendo exatamente aos interesses coletivos que representa na finalidade precípua de assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal, o *jus standi in judicio*, quer em nome próprio e em defesa de seus próprios interesses, enquanto pessoal moral, como, igualmente, no exercício de uma legitimação extraordinária, na qualidade de substituto processual, em seu nome próprio e na defesa dos interesses de um, vários ou de todos os seus filiados, em plenitude exercitar sua capacidade de apresentação.

Questiona-se, todavia, se, reconhecida, como o é, aos partidos políticos e suas coligações, a capacidade de estar em juízo, quem deve representá-los no exercício de tal direito de apresentação e quem em nome dos mesmos e de suas Coligações exercerá o *jus postulandi in judicio*? Cuidando a espécie de pessoas jurídicas, far-se-ão os mesmos e suas Coligações presentes em juízo

por seus órgãos de direção (art. 12, VI do CPC combinado com o art. 10^a, parágrafo único, da Lei 9.096/95), não se olvidando, no caso, poder cada partido ou mesma coligação partidária credenciar Delegados, que, nos termos do art. 28, da Resolução 19.406 do TSE, serão em número de 03, perante o Juiz Eleitoral, 04, perante o Tribunal Regional Eleitoral, e 05, perante o TSE. Por outro lado, de uma leitura atenta do art. 66 e seus inciso I a III e art. 169 do Código Eleitoral, verifica-se que nos mesmos dispositivos, ao lado da legitimatio ad processum, a capacidade de estar em juízo, dada aos partidos políticos, através de seus Delegados, a quem se atribui a capacidade de que cuida o art. 12, VI, do CPC, o direito de representar o partido em sua apresentação em Juízo, dá-se, igualmente, aos mesmos Delegados, o Direito ou Capacidade de Postular em nome dos Partidos Delegantes.

Nesse sentido, atente-se ao dispositivo legal: “Art. 66. É lícito aos partidos políticos, por seus Delegados: I – acompanhar os processos de inscrição; II – promover a exclusão de qualquer eleitor inscrito ilegalmente e assumir a defesa do eleitor cuja exclusão esteja sendo promovida; III – examinar, sem perturbação do serviço e em presença dos servidores designados, os documentos relativos ao alistamento eleitoral, podendo deles tirar cópias ou fotocópias... Art. 169.

À medida em que os votos forem sendo apurados, poderão os fiscais e Delegados de partido, assim como os candidatos, apresentar impugnações, que serão decididas de plano pela Junta. “Se dúvida alguma pudesse restar da leitura dos dispositivos acima quanto à capacidade de postulação perante a Justiça Eleitoral dos Delegados dos partidos, espanca-se a mesma, à leitura do parágrafo 4^a, do art. 66 do mesmo Diploma

Legal, onde, textualmente se estabelece: “Art. 66... 4^a. O Delegado credenciado junto ao Tribunal Regional Eleitoral poderá representar o partido junto a qualquer Juízo ou preparador do Estado, assim como o Delegado credenciado perante o Tribunal Superior Eleitoral poderá representar o partido perante qualquer Tribunal Regional, juízo ou Preparador.” Importa insistir que sendo os partidos políticos pessoas jurídicas, nos termos do art. 12, VI, do CPC, serão representadas em Juízo, ativa ou passivamente, “por quem os respectivos estatutos designarem ou, não os designando, por seus diretores”.

Cuida tal dispositivo, exatamente, da representação da própria capacidade de estar em juízo, diz respeito ao direito de apresentação, à legitimatio ad processum, e no caso, tal representação exurgindo naturalmente da própria atividade da pessoa jurídica, que agirá na administração de seus interesses, na realização da sua vontade, através de seus órgãos de representação, não necessita de credenciamento junto a qualquer órgão judiciário. É como leciona Pontes de Miranda em seus Comentários ao Código de Processo Civil “As pessoas jurídicas são apresentadas, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, por quem os respectivos estatutos designarem (regramento de natureza autônoma, interna, corporis), ou, não o designando, pelos seus diretores”. No caso específico dos partidos políticos, devem eles atender ao comando do art. 10, parágrafo único, da Lei 9.096/95, e do art. 27, 1^a, Resolução 19.406, do TSE, “O órgão de direção nacional comunicará ao Tribunal Superior Eleitoral a constituição de seu órgão de direção, os nomes dos respectivos integrantes...”, devendo, em juízo, tal qual outra qualquer pessoa jurídica, restringir-se a fazer

prova, exatamente desta regularidade de representação, sob pena de aplicar-se-lhe o comando do art. 13, do CPC. Tal representação é direito material, como ainda observa o mesmo Pontes de Miranda, pois diz respeito ao *jus standi in judicio*, e não se confunde com a representação processual, que diz respeito ao *jus postulandi in judicio*, ou capacidade de postulação, de que cuidam os arts. 37 e seguintes do CPC. Importa insistir que os partidos credenciarão Delegados junto aos Juízes Eleitorais, os Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral, quer nos exatos termos dos dispositivos do Código Eleitoral, arts. 66 e 169, entre outros, para “acompanhar os processos de inscrição, promover a exclusão de qualquer eleitor inscrito ilegalmente, assumir a defesa do eleitor cuja exclusão esteja sendo promovida, examinar, sem perturbação do serviço e em presença dos servidores designados, os documentos relativos ao alistamento eleitoral, apresentar impugnações”, em suma, representar o partido junto à Justiça Eleitoral, procurando em juízo. Neste sentido foi e continua sendo o papel do Delegado do partido junto à Justiça Eleitoral.

Atente-se, que na Resolução 16.724, processo 11.333 – BSB, DF, onde foi Relator o Sr. Ministro Vilas Boas, e onde se consultou da necessidade dos Delegados dos partidos serem regularmente inscritos nos Quadros da OAB, lê-se: “A Resolução 16.347, de 27 de março de 1990, (Instruções para escolha e registro dos candidatos às eleições de 03 de outubro de 1990) em seu art. 17, prescreve tão-somente ‘A coligação será representada perante a Justiça Eleitoral por Delegados indicados conjuntamente pelos partidos que a integram’. O art. 25 da mesma resolução, quando trata do pedido de registro, diz que o mesmo poderá ser subs-

crita pelo Presidente do partido a nível regional, pelos Presidentes regionais dos partidos coligados, ou por seus Delegados, autorizados em documento autêntico, inclusive por telegrama, e sempre com a assinatura reconhecida por Tabelião. O art. 58, 5ª e 6ª, da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, quando trata dos Delegados que representam o partido perante a Justiça Federal, de igual forma, não faz qualquer exigência a respeito de, necessariamente, serem eles advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados”.

O mesmo diga-se dos dispositivos do Código Eleitoral, relativos aos Delegados dos partidos políticos, e da Lei 9.096/95, ou mesmo, da Resolução 19.406 de TSE. Importa observar que, inobstante constar do art. 133 da CF, ser o advogado indispensável à administração da justiça, não se identifica qualquer conflito, mesmo aparente, entre tal dispositivo maior e as exceções ínsitas no art. 36 do CPC, bem como as demais exceções autorizadas por lei, CPP, quando trata da representação, nos crimes contra a honra, no HC, CP, art. 355, art. 47, da Lei da Contravenções Penais, art. 791, da CLT, art. 2ª da Lei 3.836, e porque não a Legislação Eleitoral, nos dispositivos acima já citados.

Por outro lado, dentro do princípio de quem pode mais, pode menos, se o partido político, representado por seu Delegado, pode postular em juízo, se presente em Juízo o próprio órgão representativo do partido político, seu Presidente, não há como se negar a tal prerrogativa.

Neste sentido, poucas não são as vezes que os partidos políticos, através de seus Delegados, ou mesmo diretamente, através de seus Presidentes, têm-se feito presentes na Justiça Federal e procurado em Juízo, sem serem representados em tal postulação por advo-

gados, ou Delegados, necessariamente, inscritos nos Quadros da OAB. Vejam-se, no caso, o MS. 2.132 – Tocantins (Palmas), onde é impetrante o Diretório Regional do PL, por seu Presidente, não se registrando em tal Acórdão a presença de qualquer advogado; o MS 2.097, Cerro Largo, RS, onde são impetrantes os Diretórios Municipais do PT, PDT, PMDB, PSDB, por seus Presidentes, também não se registrando em tal Acórdão a presença de qualquer advogado; o Agravo de Instrumento 12.298, Cuiabá, MT, onde é agravante a Coligação 'União Por Mato Grosso' por seu Delegado e Agravado o Diretório Regional do Partido Democrático Trabalhista – PDT, por seu Presidente, onde também não se identifica a presença de advogado, em relação ao Agravado, nem se noticia seja o Delegado da Agravante regularmente inscrito nos Quadros da OAB, entre outros que poderiam ser citados. Atente-se em especial à exceção presente no parágrafo 2º do artigo 19, da Lei 9.096/95, onde se dá aos prejudicados o direito de postulação em juízo, quando lhes facultada diretamente requerer à Justiça Eleitoral. Explicando tal dispositivo legal, o TSE em sua Resolução 19.406, art. 36, 5º, em termos procedimentais, e tão-só em tais termos, pois não pode a norma reguladora dispor além do disposto na norma regulada, nem distinguir onde a mesma não distingue, este é o princípio que estabelece “os prejudicados por desídia ou má-fé poderão requerer, diretamente ao Juiz Eleitoral da Zona, que intime o partido para que cumpra, no prazo que fixar, sob pena de desobediência, o que prescreve o “caput” deste artigo (Lei 9.096/95, art. 19, 2º).

Cheguei a posicionar-me nesta casa, acostando-me ao entendimento de que tal exceção seria tão-só no juízo singular entendimento este do qual me afastou,

pois, em me detendo em um exame mais profundo do disposto no parágrafo 5º do art. 36 da Resolução 19.406, do TSE, nele não identifiquei, como entendo não se pode identificar disciplina alguma que possa divergir do estabelecido no dispositivo regulado, Lei 9.096/95, art. 19, 2º, que fala em Justiça Eleitoral e não, simplesmente, em Juiz Eleitoral.

Tem, no entanto, a Jurisprudência do TSE, como se observa da consulta a que se refere a Resolução 16.724 algumas vezes posicionado-se no sentido de que a partir de 1988, como se vê de anexas ementas e da íntegra do Acórdão 10.362, vem se firmando (não está ainda firmada, esclareça-se) no sentido de que recursos subscritos por candidatos interessados, e por Delegado que constituiu advogado sem que tenha feito prova dessa condição, não podem ser conhecidos, à vista do defeito de representação”. Resta assim a matéria tão-só no campo da Jurisprudência e, como se registra na Resolução 16.724, em Jurisprudência ainda não firmada. É que, independe de tal exigência não se fazer presente em qualquer dispositivo legal que trate do Delegado do partido político, se assim ocorresse, criar-se-iam dificuldades, inclusive às representações partidárias para credenciar Delegados junto aos Juízes Eleitorais, nas localidades onde não dispusessem tais representações de filiados com tal qualificação, transformando em letra morta o disposto inclusive no art. 11, I da Lei 9.096/95, e no art. 28, I, da Resolução 19.406 do TSE. Este jamais será o espírito que tem norteado, continua norteadando e, com certeza, haverá de nortear a própria Justiça Eleitoral e a legislação pertinente aos seus procedimentos, como hoje se vê da exceção ínsita no art. 19, 2º, da Lei 9.096/95, editada a 07 anos da vigência da atual Carta Magna.

Em conclusão, entendo que os partidos políticos têm *legitimatío ad processum*, quer a ordinária, quer a extraordinária, ou anômala, como assim preferem chamá-la alguns processualistas e, igualmente, entender que, tanto por seus Delegados, como através de seus Presidentes ou dos Presidentes de suas Coligações, quando assim presentes em juízo, encontram-se, excepcionados por legislação específica eleitoral, autorizados a postular em juízo, em nome próprio ou de seus filiados, rejeito a preliminar de não conhecimento do Recurso.

A IMPRENSA E O JUDICIÁRIO

Sálvio de Figueiredo Teixeira

Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Diretor
Presidente da Escola Nacional da Magistratura.

Nas relações Poder Judiciário e Imprensa sobreleva-se, de início, a importância do Judiciário e da Imprensa no contexto político-social.

O primeiro, pela missão que desempenha como Poder e como instituição na efetivação dos direitos, na preservação da democracia, no respeito à ordem jurídica, na garantia das liberdades e no cumprimento da vontade popular, assentada na lei maior que é a Constituição.

A Imprensa, por sua vez, tornou-se indispensável à convivência social, com atividades múltiplas, que abrangem noticiário, entretenimento, lazer, informação, cultura, ciência, arte, educação e tecnologia, influenciando no comportamento da sociedade, no consumo, no vestuário, na alimentação, na linguagem, no vernáculo, na ética, na política etc.. Representa, em síntese, o mais poderoso instrumento de influência na sociedade dos nossos dias. A propósito, recentemente o prof. Calmon Passos assinalou (“Revista de Processo”, 73/98 e segs.):

“O século XX, particularmente, experimental, no particular, verdadeira revolução. Nele se consolidou o que vinha paulatinamente se revelando – a pro-

gressiva transformação de um público pensador de cultura e formador de opinião em um público consumidor de cultura, deslocando-se a formação da opinião pública para os detentores dos meios de comunicação de massa.

“Nenhum outro tipo de empresa conseguiu somar tanto poder político ao seu poder econômico quanto as empresas da área de comunicação. Por isso mesmo elas se fizeram mais políticas que econômicas, ou melhor dizendo, as que mais eficientemente utilizaram o poder público em favor do seu poder econômico. A imprensa, máxima com sua expansão além da imprensa escrita, se fez um poder e um poder que, por não estar formalmente institucionalizado, escapa de controles sociais, inexistindo controles políticos eficazes. Pode-se subjugar a imprensa, submetê-la ao poder político, estatizando-a ou censurando-a prévia e drasticamente, mas não se sabe como controlá-la eficientemente, quando liberada.

“Umberto Eco, com sua costumeira acuidade, adverte que, não muito tempo atrás, se alguém desejasse empolgar o poder político num país, suficiente seria controlar o exército e a polícia. Hoje, só em países subdesenvolvidos, generais facistas podem dar golpes de Estado, usando seus tanques. Basta, porém, que um país tenha adquirido um certo nível de industrialização para que o panorama mude completamente. E exemplifica. No dia seguinte à queda de Krushev, os diretores do Pravda e do Izvestia e das cadeias radiotelevisivas foram substituídos; prescindiu-se de qualquer movimentação de tropas. E conclui: “Hoje, um país pertence a quem controla os meios de comunicação”. Acrescenta ainda: “Como sugeriu o prof. Mc. Luhan, a informação não é mais um instrumento para

produzir bens econômicos; ela própria tornou-se o principal dos bens. A informação transformou-se em indústria pesada. Quando o poder econômico passa de quem tem em mãos os meios de produção para os que detêm os meios de informação, que podem determinar o controle dos meios de produção, também o problema da alienação muda de significado. Diante da sombra de uma rede de comunicação que se estende para abraçar o universo, cada cidadão do mundo torna-se membro de um novo proletariado”. É incisivo: “Os meios de massa não veiculam uma ideologia: são, eles próprios, uma ideologia”.

Há, por outro lado, visível identificação entre o Judiciário e a Imprensa.

Representam ambos valores democráticos, refletidos especialmente na liberdade de manifestação e nas garantias da cidadania. E sofre, cada um a seu modo, as restrições dos regimes totalitários.

Ademais, convivem ambos, presentemente, com o perfil de massa da sociedade dos nossos dias, ao qual procuram adaptar-se. A Imprensa, diversificando-se. O Judiciário, buscando novos mecanismos e novas técnicas de solução de conflitos, ciente de que seu modelo liberal-individualista não mais responde aos reclamos dos tempos atuais.

Outrossim, nítida é a busca do aprimoramento que ambos perseguem: a Imprensa, debatendo sua ética e o seu poder de influência, adotando inclusive a figura do *ombudsman*; o Judiciário, com a criação de escolas judiciais, cursos de formação e aperfeiçoamento do seu pessoal e, ainda, com o debate em torno da adoção de um órgão de controle administrativo-disciplinar e outro de reflexão e planejamento permanentes.

Notórias, de outro lado, são as suas deficiências principais.

Assim, em relação ao Judiciário, a impunidade, o formalismo exarcebado, o nepotismo, a morosidade, o corporativismo, muito embora contra esses vícios lute o próprio Judiciário em sua parcela mais expressiva e também se saiba que a correção das falhas exige investimento com recursos materiais e humanos e uma legislação adequada, criativa e moderna.

Em relação à Imprensa, as falhas são sobretudo decorrentes de abuso e irresponsabilidade. Para exemplificar, tomo de empréstimo estudo realizado em Pernambuco, sob a coordenação da Universidade Católica e do Desembargador Nildo Nery dos Santos. Pesquisa feita com critério científico, tomando por base as programações da televisão em 264 horas, no período de três semanas, no ano de 1979 (hoje, certamente os dados seriam mais alarmantes), registrou (publicação no Tribunal de Justiça de Pernambuco):

“Cenas de agressão: 3.484, sendo que 1.203 de modo verbal, 753 com luta corporal, 620 por meio de arma de fogo e 636 com utilização de outros tipos de arma. Decorreram dessas agressões, 608 lesões, 573 mortes, 363 aprisionamentos, 258 torturas, 234 ocorrências de direção perigosa e 316 chantagens.

“Foram anotadas no dito período, a prática de 501 crimes de diversas naturezas, dos quais 149 assaltos, detectando-se, como motivação delituosa, 272 por dinheiro, 103 por desvio sexual, 93 por abuso alcoólico e 33 pelo uso indevido de tóxicos. Provocaram ainda os ditos fatores, 70 cenas de prostituição, 19 de homossexualismo, 19 suicídios e mais 110 casos de direção perigosa.

“O desajuste familiar em novelas e filmes de TV surgiu nas três semanas 543 vezes, com 60 casos de infidelidade feminina. Foram registradas 233 brigas de casal, 157 brigas entre pais e filhos, 35 brigas entre irmãs. Em consequência destes desajustes, ocorreram 73 separações de casais, 35 roubos, 42 mulheres ingressaram na prostituição, 07 tornaram-se viciadas em drogas, 54 passaram a abusar do álcool, 12 tentaram ou consumaram o suicídio, e foram registradas por essa motivação, 20 lesões.

“As cenas de erotismo anotadas foram de 874, das quais 89 apresentaram atos de conjunção carnal, 320 de exibição do corpo feminino, 374 modos sensuais, 38 gestos imorais e foram proferidas 53 pornografias. O crime de estupro registrou-se em seis ocasiões.

“Os sujeitos ativos da violência foram 1.878 homens e 588 mulheres, e como sujeito passivo – 1.716 homens e 506 mulheres, e 116 crianças apareceram como personagens da violência.

“Assinale-se que, em 95 programas do gênero para crianças, somente três não continham episódios violentos”.

Freqüente e generalizado, não se pode negar, é o descontentamento do Judiciário com o noticiário da Imprensa.

Em primeiro lugar, pelo desconhecimento de noções elementares por quem dá a notícia, a começar por confundir o Judiciário com a Polícia, com o Ministério Público, com a Defensoria, com os Ministérios da Justiça e do Trabalho, englobando, na expressão “Justiça”, todos esses segmentos e passando à sociedade uma imagem distorcida, publicando manchetes apelatórias do tipo “Supremo dá de goleada no governo”, “Polícia prende e Judiciário solta”, “Os juizes não

querem o controle do Judiciário” etc.. Publicando meias verdades e deixando ao relento temas que efetivamente interessariam a todos, até mesmo certas mazelas, como balbúrdia das remunerações e a anormalia dos classistas da Justiça do Trabalho.

Em segundo lugar, pela carência de boas entrevistas com pessoas qualificadas do Judiciário e pelo descaso como que nele ocorre, contribuindo para passar à sociedade uma imagem falsa do Poder, sem notificar decisões que em muito interessariam à comunidade, como, para exemplificar, as relacionadas ao Direito de Família, especialmente em uma fase de tantas mutações nesse campo.

É de convir, todavia, que o Judiciário também contribui marcadamente para esse quadro, não se equipando devidamente com assessorias eficientes, não se utilizando do *marketing* e da mídia, conforme, recentemente, enfatizaram o publicitário Luiz Salles e o jornalista-jurista Walter Ceneviva (*O Judiciário e a Constituição*, Saraiva, 1993).

Não menos certo também é que, além da estrutura pesada, conservadora e hermética do Judiciário, nós magistrados, não raras vezes, contribuímos para o distanciamento em relação à Imprensa, quer por timidez excessiva, quer por prepotência ou despreparo, quer até mesmo pela retórica gongórica da linguagem judiciária, de que são exemplos expressões como: “inacolhe-se a exordial *ab avo*”; “desatende-se o reclamo irresignatório”; “a irresignação lhe resultou inexitosa”; “um quadro adstrito ao gizamento medular destinado a esse colendo areópago”.

Ao finalizar, a título de contribuição, ficam as seguintes reflexões:

a – O conhecimento da atividade do Judiciário é direito do cidadão. Sendo os magistrados prestadores de serviço público, imprescindível se faz que essa atividade seja a mais transparente possível;

b – Impõe-se, para o aprimoramento da democracia no País, que haja uma maior aproximação entre o Judiciário e Imprensa, veículo que é da atuação e da postura dos diversos segmentos sociais, mostrando como atua o Judiciário, qual a sua competência, sua estrutura, seu alcance como Poder, suas deficiências, seus abusos reais;

c – É fundamental, destarte, que sejam superadas as dificuldades apontadas, e outras que existirem, tornando-se o Judiciário mais acessível à divulgação e, via de consequência, ao público; esmerando-se a Imprensa, por seu turno, em aperfeiçoar o seu sistema de divulgação, com inteira liberdade, mas sem as distorções, os abusos e as omissões que o estágio atual está a demonstrar;

d – O Estado democrático de Direito não se contenta mais com uma ação passiva. O Judiciário não mais é visto como mero Poder equidistante, mas como efetivo participante dos destinos da Nação e responsável pelo bem comum. Os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos fundamentais clássicos, exigem a atuação do Estado, proibindo-lhe a omissão. Essa nova postura repudia as normas constitucionais como meros preceitos programáticos, vendo-as sempre dotadas de eficácia em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, valorização do trabalho e da livre iniciativa, defesa do meio ambiente e construção de uma nova sociedade mais livre, justa e solidária;

– Cada vez mais, e o próximo século encaminha-se para essa demonstração, o Judiciário terá participação maior e mais efetiva na sociedade, especialmente para conter os excessos do Poder dominante e melhor resguardar os direitos da cidadania. Nesse quadro, igualmente relevante, será o papel a ser desenvolvido pela Imprensa. Daí a necessidade de ambos aparelharem-se convenientemente, corrigindo suas atuais e múltiplas deficiências, aprimorando seus mecanismos e buscando diretrizes que melhor atendam aos anseios de uma sociedade livre, justa, solidária e responsável.

EXPROPRIAÇÃO

NILZARDO CARNEIRO LEÃO

Prof. da Faculdade de Direito do Recife. Membro do CNPP. Membro do CONEN-PE – Advogado

Sumário

1. Introdução, 2. Expropriação, 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Quinze horas de um dia qualquer da semana.

Na revitalizada Rua do Bom Jesus, no bairro do Recife, um grupo de cinco ou seis jovens, aparentando entre doze e quinze anos, malvestidos e sujos, espalham-se e espriam-se na calçada de uma tradicional livraria.

Um, deitado, apesar do calor que está a fazer, dorme encolhido e a tremer, como se estivesse sentindo muito frio. Outro, sentado no batente de uma das portas da livraria, tem a cabeça entre as pernas e, chamando-o, não responde. Alguns mais, olhos injetados, avermelhados, mal conseguindo proferir rápidas palavras, ficam a pedir dinheiro aos transeuntes, que, assustados, afastam-se do grupo.

Todos têm um frasco contendo a “cola” e ficam aspirando-a, permanentemente. O que dorme, dizem

os colegas, puxou um “dólar” de **maconha** e não consegue acordar. Há, em torno deles, um cheiro de erva queimada.

Quantos, no Recife, estão, nessa mesma hora, a **cheirar cola** e a fumar **maconha**? Alguns saem pela manhã da miséria dos barracos, onde dormiram sobre papelões e cobriram-se com jornal, deixando a mãe, macilenta e sem alimento, com vinte e poucos anos, grávida do sétimo filho, dos quais dois apenas estão vivos “porque Deus assim quis, foram levados por Deus” e ficam a perambular pela cidade, sem destino, sem rumo, na mais cruel expressão da palavra.

Enganam a fome, iludem a miséria, esquecem a própria vida. **Cheiram cola** e fumam **maconha**, esta adquirida facilmente, trazida das grandes plantações em propriedades rurais, levando o lucro de um dinheiro sujo para os donos ou exploradores da terra, cada vez mais ricos.

Podem pedir o auxílio com voz triste ou de forma agressiva, assustam e espalham o medo. E são cinco ou seis jovens, aparentando doze a quinze anos, maltrapilhos e sujos.

Até quando o Recife vai continuar assistindo a tão deprimente espetáculo? Até onde irá a insensibilidade e o descumprimento pelo Estado de suas funções básicas?

Jamais a exibição e a face dos excluídos, dos menos favorecidos revelou um rosto tão ameaçador, tão desesperado, tão agressivo. E, também, tão desesperançado e sem perspectiva.

O abandono e o desamparo, motivadores da liberação súbita e incontrolável de condutas, muitas vezes por conta de uma angústia refletida na agonia de tantos semblantes, fazem levar à canalização de uma vio-

lência organizada, causadora da desagregação radical de valores de convivência social. E, para essas manifestações de agressividade, não se busquem soluções com reprimendas penais e ações de natureza policial. Lei alguma de repressão resolverá problemas de desigualdades sociais, de abandono de camadas da população, de omissão do Estado no trato de questões que estão a gritar pela urgência de soluções sociais. O que existe é a fome grassando cada vez mais. A fome, disse **Tobias Barreto**, faz o estômago e não a cabeça comandar as ações dos homens.

Esse, porém, não é um quadro dramático constatado apenas no Recife. Ele pode ser visto em qualquer grande cidade brasileira.

Durante quarenta dias, no Rio de Janeiro, o repórter **Fernando Pinto** travou diálogo com jovens abandonados de ruas, com “galeras” de bairros, sob tetos esfumaçados pela droga, em bares das zonas nobres. Experimentou, conforme diz, seus pecados, ouviu gabolices, queixas e meias explicações, para obter respostas às perguntas de sua reportagem:

“Por que um jovem odeia?

Por que um jovem mata?

Por que um jovem se deprava?

Por que um jovem perdeu a fé?

Por que um jovem bebe?

Por que um jovem rouba?

Por que um jovem se utiliza de **tóxicos**?”

E saindo da aventura jornalística, dá um diagnóstico: “*eles dão a impressão de terem perdido o rumo. Mas ninguém parece interessado em lhes mostrar outro caminho ou, pelo menos, ouvir-lhes as suas razões. A esse tipo de desprezo eles respondem com ódio, distilado de várias formas, como quem procura*

se defender buscando a alternativa do ataque. O ódio, para eles, é a tábua de salvação. E a agressividade é um recurso para chamar a atenção e merecer o respeito dos mais velhos. Como não conhecem métodos mais convincentes de persuasão, conquistam esse respeito no peito e na raça, passando por cima das convenções e das leis. Talvez devido a esse fato, são considerados pela sociedade como marginais perigosos que cometem pecados capitais sem direito à apelação do purgatório.”

Esse mesmo jornalista, no início de seu livro “Os 7 Pecados da Juventude Sem Amor”, faz uma **Exceção à Regra:**

“Os personagens deste livro são reais. Por isso, não se assuste ao reencontrar nas entrelinhas das páginas a figura de seu filho ou de seu irmão. Aqui não existe a desculpa de mera coincidência”

O dia 26 de junho foi escolhido pela Organização das Nações Unidas como “Dia Internacional de Combate ao Abuso de Drogas”. O Conselho Estadual de Entorpecentes de Pernambuco – CONEN.PE – atendendo à solicitação da ONU, procurou mostrar e demonstrar à sociedade, através do “**Seminário Sobre Estratégias Políticas de Prevenção, Tratamento e Repressão às Drogas**”, o perigo cada vez maior das drogas, que vem causando danos inimagináveis ao meio social, impedindo gerações de participarem ativamente da sadia atividade laboral, provocando a progressiva degradação de jovens, destruindo famílias e trazendo incalculáveis prejuízos à comunidade.

Foram analisadas e discutidas, nesse Seminário, para Pernambuco, soluções a curto, médio e longo prazos. Em relação ao flagelo das drogas foram conhecidas as “drogas psicoativas”, conceitos, classificações,

disfunções orgânicas, tratamento, recuperação. Discutiram sobre as “ações preventivas”, campanhas educacionais, modelos. Feita a análise completa e os juízos críticos sobre a Lei No 6.368/76, foram conhecidas as “ações repressivas, os organismos policiais, os serviços de inteligência, as operações preventivas, os recursos, as apreensões e as estatísticas”.

Mas, nessas mesmas horas que se realizava o **Seminário**, em todo o mundo, milhões e milhões de usuários de drogas ficam cada vez mais escravizados ao vício e milhões e milhões de dólares estão sendo movimentados no comércio sujo do narcotráfico, que não escolhe vítimas e cuja extensão tem objetivos definidos, dos quais os mais graves são a corrupção dos mantenedores da ordem e a ascensão ao PODER, em suas mais variadas formas.

Podemos, pois, repetir o afirmado por **Vicente Greco Filho** em seu livro “Tóxicos”:

“Esclarecida a dinâmica da toxicomania e suas implicações pessoais e sociais, o combate ao uso indevido de drogas necessariamente não pode limitar-se à eliminação de um fator etiológico, mas deve abranger todos os aspectos que se prestem à sua infiltração.

Com esta finalidade, podemos classificar as medidas de combate à narcomania em medidas preventivas, terapêuticas e repressivas, conforme se destinem a evitar o uso de drogas, curar as toxicomanias instaladas e punir os responsáveis pelo vício.”

Vemos, assim, que são ações múltiplas, dos mais variados tipos, a se realizarem em todas as frentes, preventivas e repressivas, de ordem social, pessoal e penal, a serem executadas pelo poder público, inclusive municipal, bem como por entidades comunitárias, clubes de serviço, associações de bairros, etc.

Dentre essas ações e medidas, é de se destacar a **expropriação** de terras usadas para o “cultivo ilegal de plantas psicotrópicas”.

É preciso ter a consciência de que, se, à semelhança do crime, impossível a total eliminação do flagelo das drogas da sociedade, é importante e indispensável, para sua própria sobrevivência, reduzir os males em nível de suportabilidade social. E, nesse esforço, é indispensável a participação de órgãos municipais, entidades comunitárias, clubes de serviço, igrejas, todo cidadão.

Não é de se permitir, assim, que a oferta ao consumidor seja facilitada pela ação do traficante, como também deixar o fornecedor ou atravessador do comércio da droga atuar sobre o dependente em potencial.

Sabemos das dificuldades dos órgãos do poder público no enfrentamento de organizações altamente sofisticadas como as exploradoras do tráfico de drogas. A criminalidade do tóxico é, hoje, a mais bem aparelhada do mundo, com as mais variadas ramificações nos países, atuando com aviões, através de satélites, até via INTERNET, com códigos próprios, veículos terrestres e marítimos e armamentos de última geração.

Para o combate à droga, são necessárias novas tipicidades e novas espécies de sanções penais, de um direito penal diferente, não de sancionar apenas o indivíduo, tanto mais quanto a pena privativa de liberdade, tal como hoje aplicada, é considerada pelos penologistas de todo o mundo como falida e a ser substituída pelas penas alternativas. Outros os caminhos a serem tomados. E a **expropriação** é um deles, ao

lado de sanções econômicas, financeiras, contra instituições, pessoas jurídicas, impedindo-se transferências e “lavagem” de dinheiro, etc..

Precisamos, acima de tudo, meditar sobre as palavras de **Alceu Amoroso Lima**:

“Se esse trabalho multissecular de renovação da vida e dos ideais de uma vida melhor se repete indefinidamente ao longo da história da humanidade, nunca, porventura ao longo dela, foi tão tremendo o choque do passado com o presente, das velhas gerações com as novas, como em nossos dias. E de modo particular, como em nossa terra. A aceleração do ritmo da história é, sem dúvida, a marca mais típica dos nossos tempos. A humanidade caminhou em trinta anos, tempo de duas gerações, trinta vezes mais do que em trezentos, tempo de vinte gerações.”

Adverta-se que a caminhada em busca do progresso e a aquisição de novos métodos tecnológicos e científicos, recentemente utilizados, não são feitos apenas pelos homens chamados “de bem”. As modernas conquistas da ciência são usadas, também, em novas formas de criminalidade. E os que fazem as instituições públicas e os órgãos especializados parecem estar cegos para essa realidade.

2. EXPROPRIAÇÃO

O legislador constituinte de 1988, ao elaborar a nova Constituição da República Federativa do Brasil, teve preocupação especial em garantir a **propriedade** como direito fundamental do cidadão (Art. 5º XXII), fazendo, porém, o destaque de que “a propriedade atenderá a sua função social” (Art. 5º XXIII).

Ao assim disciplinar, o legislador constituinte destacou que a propriedade, no moderno Estado-de-Direito-Democrático, tem que servir ao proprietário e à comunidade.

É esse não-uso social que faz nascer para o Estado, o direito de intervir no direito de propriedade, porque, como dizem os modernos autores, o Estado-de-Direito aproxima-se do que se entende como Estado de Bem-Estar (Welfare State), dentro de seu sentido finalístico que é o da constante melhoria das condições sociais da sociedade.

Se a propriedade não está a serviço da coletividade ou do bem comum, pelo não-uso ou pelo mal uso, o Estado de Bem-Estar (que é o Estado-de-Direito-Democrático), intervém sobre a mesma, pois que inaceitável o seu uso anti-social, ou seja, sem atender às necessidades mínimas da coletividade, dos grupos, das classes que integram a sociedade.

Diz **Agustin A. Gordillo**:

“A nuestro juicio, la noción de Estado de Bienestar há venido a operar como un correctivo para la noción clásica de Estado de Derecho, revitalizandola, pero en modo algún suprimiéndola o sustuyéndola.” (“Introducción al Derecho Administrativo”, 1966).

O Estado de Bem-Estar a que se refere o autor concretiza-se, pois, no Estado-de-Direito-Democrático, que, essencialmente, garante os direitos individuais e coletivos e assegura a **justiça social**, nos precisos termos do **art.170 da Constituição Federal**:

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

- I – soberania nacional;
- II – propriedade privada;
- III – função social da propriedade;
- IV – etc...”.

Sendo assim, desde que a propriedade privada não esteja atingindo a sua função social, isto é, apresenta-se contrária ao objetivo do bem-comum da coletividade, válida e necessária a intervenção do Estado.

Essa intervenção deverá ser, porém, contida nos limites constitucionais ou de lei ordinária, vez que ao mesmo tempo que busque o **fim social da propriedade**, não deve, nunca, violentar os **direitos individuais**.

Ao cuidar “Da Política Agrária e fundiária e da Reforma Agrária, a Constituição da República Federativa do Brasil, assim dispõe:

“Art.184 – Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, etc...”.

E, no **Art.186**, a Constituição expressa que está a propriedade rural cumprindo a sua **função social** quando ocorrer:

- I – aproveitamento racional e adequado;
- II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

A intenção, pois, do legislador constituinte de 1988 foi garantir o direito de propriedade mas exigindo, também, seja utilizada com uma **função social**.

Há, assim, o claro reconhecimento da intervenção do Estado no direito de propriedade:

“Os fundamentos da intervenção na propriedade e atuação no domínio econômico, repousam na necessidade de proteção do Estado aos interesses da comunidade. Os interesses coletivos representam o direito do maior número, e, por isso mesmo, quando em conflito com os interesses individuais, estes cedem àqueles, em atenção ao direito da maioria, que é a base do regime democrático e do direito civil moderno.” (Helly Lopes Meirelles, “Direito Administrativo”, pg.493).

Nos tempos atuais, o conceito liberal de propriedade não é mais aceitável, daí porque deixou de ser o **direito subjetivo do proprietário** para converter-se na exigência da **função social do detentor da riqueza**, segundo expressão de León Duguit (“Las Transformaciones Generales Del Derecho Privado”).

Sendo assim, em momento algum o legislador constituinte tornou inaplicável o **Art. 2º** da Lei Nº 6368/76:

“Ficam proibidos em todo o território brasileiro o plantio, a cultura, a colheita e a exploração por particulares, de todas as plantas das quais possa extraída substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.”

Lei que, ao cuidar dos **crimes** e das **penas**, estabelece uma sanção de 3 (três) a 15 (quinze) anos para quem:

“Art.12 – semeia, cultiva, ou faz colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica.”

O legislador constituinte de 1988, preocupado com a crescente e permanente infiltração de condutas

anti-sociais destinadas ao **plantio, cultivo e colheita** de plantas reconhecidas como destinadas à preparação de drogas determinantes de dependência física ou psíquica, do tráfico cada vez mais mais lucrativo, e quem sabe, de outros lucros, não hesitou, pioneiramente, em inserir no texto constitucional:

“Art. 243: As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente EXPROPRIADAS e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único – *Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializado no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.”*

Fez, pois, com absoluta clareza, o legislador constituinte, a distinção entre **desapropriação por interesse social** de imóvel rural que não esteja cumprindo a sua **função social**, mediante prévia indenização, e a **expropriação de glebas** onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, **sem qualquer indenização ao proprietário**.

Fica, a nível constitucional, perfeitamente distinguido dois institutos de direito civil: **desapropriação** e **expropriação**, o que fora já destacado por **Plácido e Silva**, embora a maioria dos doutrinadores civilistas e a própria jurisprudência tratem um e outro com similitude. Não há campo, neste trabalho, para

maior análise do tema, ante a distinção firmada pela Constituição Federal.

É o disposto no **Art. 243** auto-aplicável ou está a depender de regulamentação?

Em histórico voto proferido no Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Apel. Cível No 13.308-PE), o Exmo. Sr. Juiz **Francisco Falcão** assim se pronunciou:

“Também não faz sentido a alegativa de extinção do processo, sem julgamento de mérito, porque o dispositivo constitucional que autoriza a desapropriação para fins de reforma agrária, em decorrência de cultivo de substâncias entorpecentes (art.243) depende de regulamentação. Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Brito, in “Curso de Direito Constitucional”, Saraiva, 11a. edição, pgs. 109/110, discorrendo sobre a aplicação da norma constitucional, escreveu que:

“...a possibilidade de plena incidência da norma está sempre condicionada à forma de regulamentação da respectiva matéria. Se esta é descrita em todos os seus elementos, é plasmado por inteiro quanto aos mandamentos e às conseqüências que lhe correspondem no interior da norma formalmente posta, não há necessidade de intermediária legislação, porque o comando constitucional é bastante em si, tem autonomia operativa e idoneidade suficiente para deflagrar todos os efeitos que se preordena.”

Então podemos repetir com os autores citados, que se a norma contém todos os seus “elementos lógico-estruturais – que são a hipótese, o mandamento e a conseqüência” – é uma norma cheia, tem “autonomia operativa e idoneidade suficiente para deflagrar todos os efeitos a que se preordena.”

E citando o **art. 243** da Constituição, o ilustre magistrado conclui que

“Todos os elementos lógicos e estruturais de que falam os autores citados – hipótese, mandamento e conseqüência – estão presentes neste dispositivo.”

Por outro lado, é de se ver que, quando a Constituição Federal exige uma regulamentação, através de legislação ordinária infra-constitucional, ela o faz de forma expressa. Assim, por exemplo, dentre outras dezenas de dispositivos, pode-se destacar: **Art. 5º, incs. VIII, XII, XIII, XXVIII, 7º I, XI, XIX, 9º § 1º, 17 § 3º, 20, II, 134 par. único, 147 § 7º, 172, 195 § 4º 238, 244, 245, etc.**

É de se ter em vista, igualmente, o texto inserido na Constituição da República Federativa do Brasil (**art. 243**) frente à comunidade internacional.

Em nível de direito internacional, o Brasil adota uma **posição dualista**, isto é, o direito internacional coexiste em forma independente e só vale no país porque este reconheceu e incorporou suas regras ao ordenamento jurídico de direito interno, de acordo com os procedimentos sobre a criação do direito estabelecidos na norma constitucional. É o que dispõe o **Art.5º, inc. LXXVII, § 2º** da Constituição:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Em 20 de dezembro de 1988, a “Conferência das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas”, reunida em Viena, Áustria, fez publicar, para adesão, uma assembléia referente à matéria.

Os considerandos proclamados nessa Convenção revelam a preocupação das Nações Unidas com “a magnitude e a crescente tendência de produção, da demanda e do tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas nos diversos grupos sociais com a exploração de crianças em muitas partes do mundo, quer como consumidores como na condição de instrumentos utilizados na produção e distribuição, o que constitui perigo de gravidade incalculável... e que o tráfico ilícito é uma atividade criminosa internacional cuja supressão exige a atenção urgente e a mais alta prioridade, pois existente o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas vínculos que minam as economias lícitas e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estado.”

Há uma consciência internacional de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper estruturas da administração pública.

A Convenção define o que seja **bem** (“ativos de qualquer tipo, móveis ou imóveis... e os documentos legais que **confirma a propriedade ou outros direitos** sobre os ativos em questão), **confisco** (“privação, **em caráter definitivo**, de algum **bem**, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente.”).

No documento internacional há referências a anteriores Convenções, conceito de “planta de *cannabis*”, do que seja **produto** (os **bens** obtidos ou derivados, direta ou indiretamente, da prática do delito, etc...)

Cuidando dos **Delitos e Sanções**, determina que **as partes** caracterizem como infrações penais, dentre outras, “o cultivo de sementes de ópio, do arbusto da coca ou de planta de *cannabis*, com o objetivo de produzir entorpecentes, etc...”

Através do Decreto Legislativo Nº 162, de **14 de junho de 1991**, o Congresso Nacional aprovou, nos termos do Art. 49, I, da Constituição Federal, o texto da “Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas”, da ONU. Em **26 de junho de 1991**, o Sr. Presidente da República, fundado no Art. 84, inc. IV, da Constituição Federal, através do Decreto Nº 154, promulgou a mencionada Convenção, que passou, assim, a integrar o texto constitucional, e tornando ainda mais explícita a **expropriação** prevista no seu **Art. 243**.

Em **26 de novembro de 1991** é promulgada a Lei Nº **8.257**, que “*dispõe sobre expropriação das glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas.*”

No texto da legislação ordinária, **glebas** sujeitas à **expropriação** são aquelas possuídas a **qualquer título** (art. 4º), não se fazendo limitação quanto à sua extensão.

Há um procedimento judicial próprio, permitindo-se **imissão liminar** pela União (art.10), determinando que a **expropriação prevalecerá** sobre “direitos reais de garantia, não se admitindo embargos de terceiros, fundados em dívida hipotecária, anticrética ou pignoratícia.

O **Decreto Nº 577**, de **24 de junho de 1992**, sancionado tendo em vista o disposto na **Lei Nº 8.257/91**, deu atribuições à Polícia Federal para “*promover as diligências necessárias à localização de culturas ilegais de plantas psicotrópicas, a fim de que seja promovida a imediata expropriação do imóvel em que forem localizadas e que será especialmente destinado ao assentamento de colonos, para o cultivo de produ-*”

tos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário, ao possuidor ou ocupante a qualquer título, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.” (Art. 1^a.)

E mais, que “a autoridade policial articular-se-á com autoridade responsável pela representação judicial da União e com o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA –, a fim de serem providenciadas medidas que possibilitem o pronto ajuizamento da ação expropriatória prevista na Lei No 8.257, de 26 de novembro de 1991, com pedido de imissão de posse liminar, nos termos do art. 10 da mesma lei e efetiva ocupação do imóvel.”

Como disse o Juiz Dr. **Francisco Falcão**, o texto constitucional do Art. 243 é uma “norma cheia”, e assim, auto-aplicável. Como também exata a compreensão de **gleba** firmado na norma maior, destacado pela Procuradoria da União na ação expropriatória já referida:

“A mens legis, ao utilizar o conceito de **gleba**, quis, a toda evidência, abranger todo o bem (sítio, fazenda, etc.) não apenas a área plantada.”

Dá a conclusão do ilustre magistrado do Tribunal Regional Federal da 5^a Região:

“É o lote no seu todo que será **expropriado**, toda a área de terreno e não a pequena porção desse terreno onde fora plantada a erva.

A **expropriação**, ao estilo da Lei Maior, é da **gleba**, do terreno, do lote por inteiro, pois decorrente de circunstância da ilegalidade da cultura do vegetal, cujas folhas e flores são empregadas como narcóticos, de conseqüências semelhantes ao ópio.”

Nem teria sentido, nem atenderia às finalidades

expressamente determinadas na norma constitucional, como foi dito, a **expropriação** de poucos hectares de uma área de mil, com os fins de assentamento de colonos e cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, e nem teria qualquer significação em nível de sanção para o expropriado, pelo mal uso ou uso contrário à lei da propriedade.

3. CONCLUSÃO

Aí está o texto da Constituição da República Federativa do Brasil, que, por si, sem necessidade de qualquer lei ordinária de regulamentação, determina a **expropriação**. Existe, também, lei e decreto especificando e repetindo o contido na Lei Maior; há uma Convenção Internacional que o Brasil obriga-se a cumprir; há estudos de doutrina e existe voto de juiz de segunda instância federal.

Pergunta-se: por que, em Pernambuco, não se faz **expropriação**? As **glebas** são conhecidas, diariamente noticia-se a queima de plantações de milhares e milhares de arbustos da **cannabis sativa**, **maconha**; os colonos estão aí, sem-terra, a carência de alimentos e de medicamentos é uma realidade, pois as estatísticas mostram a miséria e a fome grassando em grande parte da população.

Que falta, pois, para o cumprimento da norma constitucional, no combate ao plantio e ao tráfico da droga?

Stern, citado por **Hilário Veiga de Carvalho** define a **inteligência** como a capacidade de resolver problemas novos. E conclui:

“Será que os novos problemas de índole psico-social, com fortes componentes econômicos e mesmos políticos, não podem ser resolvidos por essa capacidade que os homens inteligentes devem ter? Ou será que, apesar dessa capacidade, uma indiferença quase fatalista do

deixa ficar como está para ver como fica – ao estilo cínico de uma fase política de há muito ultrapassada? Há que lutar contra esse estado estagnado de materialismo intelectual e afetivo. E reanimar corações e espíritos, fazendo velhos e novos se recordarem de que, acima de tudo dispõem de um equipamento capaz de transpor todas as barreiras.” (pg. 60).

Inteligência, existe. Textos legais, igualmente, existem. Localizações de plantio de **maconha** são feitas. Porque não se dá cumprimento à lei?

Por terminar, uma estória: “conta-se que numa determinada cidade, em comemoração a certa data, o seu burgomestre mandou colocar na praça central um grande tonel, solicitando que cada produtor de vinho da região nele despejasse uma jarra da mencionada bebida, para que no dia aprazado, em determinada hora, fosse aberta a sua torneira e dela jorrasse o espumante vinho de que todos se serviriam na festa popular celebrada.

Eis que, dentro daquele princípio de “deixar que outros façam”, cada vinhateiro, de *per si*, pensou assim: “se eu colocar na minha jarra apenas água, em vez de vinho, não se vai perceber a sua falta e eu não usarei da minha bebida.”

E, à hora aprazada, aberta a torneira, só jorrou água, porque todos haviam pensado e agido do mesmo modo, deixando aos outros o cumprimento do apelo e do compromisso assumidos.

Se nenhum de nós desempenhar um pouco do que somos destinados a fazer por amor ao próximo, pelos marginalizados, excluídos, um dia haveremos de precisar de ajuda, olharemos em nossa volta e não encontraremos ninguém para ajudar. Isto porque não soubemos ou não fizemos usar a nossa cidadania.

A RESSOCIALIZAÇÃO COMO ALTERNATIVA PARA O PROGRESSO DO DIREITO NO BRASIL.

Rosângela Araújo Viana

Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (FDR). Universidade Federal de Pernambuco. (UFPE) e assessora no 2º Juízo Cível da Comarca do Recife/PE.

“O homem é livre com outros homens e nas suas relações com eles”

J. Comblin

O desenvolvimento científico está na razão inversa da ideologia. Assim, uma ciência é considerada desenvolvida quando apresenta de forma teórica exatizada.

A Física, por exemplo, tem um parâmetro de ciência empírica relativamente rigorosa. Dizemos relativamente porque no sentido estrito nenhuma ciência é desenvolvida.

A Teoria Sociológica fundamenta-se em conceitos e não em proposições concatenadas. Por esta razão, a sua estrutura pode ser considerada subdesenvolvida, ou seja, sem paradigmas, sem proposições teóricas de rigor.

Podemos caracterizar a Sociologia Jurídica, ou Sociologia do Direito, como uma ciência que serve de ponte entre as outras ciências.

O seu objetivo de conhecimento é o Direito e assim constitui um âmbito especial da Ciência Jurídica.

ca e, em paralelo, é responsável por investigar o Direito como elemento componente da estrutura formadora da ordem social. Neste sentido estabeleceu um espaço particular da Sociologia.

Pelo fato da existência destas duas características, a Sociologia Jurídica tem sido tratada sob diferentes enfoques, de acordo com o predomínio dos interesses de cada estudioso, seja no enfoque jurídico, seja no enfoque sociológico. Cultores do Direito que se propuserem a uma orientação jurídica devem possuir uma intenção pragmática.

A praticidade decorre da pretensão de que os resultados obtidos sejam ou se tornem úteis à própria aplicação do Direito.

Ao abordar um tema que se refere ao progresso do Direito à luz da Sociologia Jurídica, procuramos efetuar o melhor serviço da ciência.

Muitos juristas incorrem no risco de uma postura em que se faz presente um equívoco entre ação científica e ação política.

Salientamos que aquele que se propuser ao estudo do Direito deve se conduzir de modo a informar com rigor tanto quanto possível.

Não abandonamos a importância do resultado daqueles que se dispõem a um estudo do Direito de maneira a se restringirem a assinalar as regularidades sociais expressas em leis, oferecendo, por conseguinte, uma melhor compreensão da realidade social.

Chamamos atenção apenas para a realidade brasileira na iminência do terceiro milênio que se aproxima e do qual faremos parte.

Chegaremos ao século XXI com estrondosos problemas sociais que necessitam de uma solução. Daí ressaltamos a importância no desvelo à obtenção de

uma cientificidade fundamentada numa consciência crítica real, de um saber, senão de perfeita exatidão, ao menos de possibilidade.

Com este procedimento objetivamos lançar perspectivas que possam conduzir a vias menos obscuras das que se tem tomado até então por nossa sociedade.

O caráter social do Direito – por uma definição do conteúdo.

Na natureza tudo tem a sua forma e o seu conteúdo. Diferentemente do que propôs Simmel em seus estudos, ao demonstrar uma certa preocupação com as formas, tentou, ao expor suas idéias, separar a forma do conteúdo, já que para ele este último seria de natureza histórica.

Aceitamos, entretanto, a assertiva de que não se pode separar forma de conteúdo, ou seja, se alguma coisa é social por conceder das relações intersubjetivas, é analogamente fato.

O Direito como fato social básico não é pura forma, pois tem conteúdo social, sendo esta dimensão de há muito tempo estudada. Contudo, os próprios autores que se preocupam em perquirir e verificar esta matéria não chegam a um consenso sobre qual é a verdadeira composição do Direito.

Os dogmáticos que se ocupam com a predominância do estudo da forma, por se preocuparem com a exatidão que a mesma possa oferecer, adotam, nesta questão, termos vagos como justiça, fins sociais, etc..

A Sociologia do Direito também não tem um referencial preciso no que diz respeito à composição social. Ela é marcada por dois momentos em sua história.

Houve um período em que se denotou uma dose de hostilidade. Esta fase alcança os precursores da Sociologia Jurídica e vai até o fim do século passado.

Para Augusto Comte o direito era um mero vestígio metafísico, absurdo, imoral.

Saint-Simon considerava o Direito um mesquinho fruto legal.

Spencer, influenciado por Charles Darwin propôs o Evolucionismo Social.

As posições destes pensadores, que não foram os únicos, eram naturais. Pois, o que reinava era a Sociologia Positivista e naturalista, período em que se desdenhava o mundo das normas e dos valores. Então, a sociologia Jurídica era hostilizada pelos próprios sociólogos.

Em nosso século a hostilidade perdeu, de forma progressiva, a sua força. Mas, há um resquício, um relativo abandono e este último denota o segundo momento da Sociologia do Direito.

Na França, Durkheim definiu o Jurídico pela organização das sanções. Para ele a vida social, onde exista de maneira duradoura, tende a tomar uma forma definida e a organizar-se. O Direito é esta organização e será responsável por refletir a solidariedade social. A vida social é extensão, na relação e no tempo, da vida jurídica.

Para ele o Direito seria regras de sanções organizadas. Essas regras seriam a área de organização estratégica básica e fundamental. Assim, quando a sociedade organiza sanções, essa área é básica, basta conhecer o Direito para conhecer a sociedade, sendo ela o símbolo visível.

Durkheim não delimita o domínio do Direito. Sua definição do Jurídico não é satisfatória e não consegue

classificá-lo. Não se pode definir o Direito tão-somente por suas sanções, pois tem o mesmo um caráter instrumental, uma vez que pode existir atuação social Jurídica mesmo que inexistam sanções organizadas como instrumento do Direito.

Henry Levy-Bruhl também ofereceu uma definição, porém, vaga. De acordo com ele “O Direito é o conjunto das regras obrigatórias determinando as relações sociais impostas a todo momento pelo grupo ao qual pertence”.

Para Gurvitch, no entanto, o Direito se configuraria na tentativa de realizar a justiça em um determinado quadro social. Por sua natureza bilateral ou multilateral, encadeia pretensões de uns e deveres de outros, este processo envolve “a necessidade de sua imposição pela autoridade de um fato normativo”.

Então, esse encadeamento somente pode ser realizado pela eficácia de uma garantia social que o proteja e que é precisamente a autoridade dos fatos normativos. Para essa eficácia não se faz necessário que os quadros sociais estejam organizados e muito menos que haja Estado.

Gurvitch insiste na separação entre julgamento de realidade e julgamento de valor. Para ele a sociologia nasce como ciência quando ocorre esta separação. Então, seria o Direito composto de fatos normativos grupais. Ora, esta é também uma definição formal. Muito embora haja uma certa abertura, há referência à autoridade e será ela que vai falar explicitamente de justiça?

Gurvitch expressou sua idéia mencionando um juízo de realidade atribuível aos homens de ciência, efetuado pela ciência. E também um juízo de valor, que julga em função da justiça ou de determinada moral.

A crítica que se faz é que Gurvitch esquece que o homem de ciência também faz valoração e que sempre há tendência por parte dos sociólogos para este juízo, pois não há juízo de realidade puro e deve-se reconhecer que a ciência tem o seu valor específico que é a ideologia da cientificidade. nele não há esforço para um entendimento além da autoridade. Percebe-se visivelmente uma busca de conteúdo.

Na Alemanha, Erlich oferece a primeira obra sistemática. Dizia que a Ciência do Direito dos juristas era uma doutrina prática que visava fins práticos e técnica relativa devido a seu condicionamento pelos diferentes quadros sociais resultando numa apreensão mais superficial do Direito. Chamou a atenção para a necessidade de superação do tecnicismo estatista procedente dos juristas da época.

Fala em “Direito Social” buscando na sociedade e não na lei, doutrina e jurisprudência.

Por viver em uma sociedade onde havia centralização estatal, seu pensamento será uma antítese ao pensamento jurídico tradicional da época. Reduz a importância do estado e fala no Direito vivo não fixado em proposições legais que domina a vida e regula a vida social. Entretanto, não dá a composição do Direito e não se faz claro. Ao afirmar que o Direito é o que brota da sociedade não diz em que consiste o fenômeno.

Já Max Weber atribui um primado à forma sobre seu elemento material, isto é, o conteúdo. Para ele o Direito jamais brota de modo espontâneo da realidade social, é sim obra de juristas com finalidades práticas. Deste modo, também definiu o Direito de maneira imprecisa, como um conjunto de regras a possuir uma probabilidade de efetivação pela força, sendo esta for-

ça não necessariamente estatal. Falta a Weber uma delimitação de conteúdo, de composição.

Nos Estados Unidos da América do Norte houve manifestação ou gosto pelo concreto e pelas técnicas empíricas.

Timasheff, discípulo de Gurvitch, afirmava que o Direito deveria ser averiguado em termos de expressão biopsíquica do homem, pois, no biopsíquico estaria a fonte real do Direito. Faz, assim, uma síntese de ética e de poder. Da junção de ambos diz ser formado o Direito. Mas, ao afirmar que qualquer fenômeno real provém do biopsíquico não explicou em que se constitui o fenômeno.

Cowan fala em compensação de valores de pensamento e valores de sentimento. Vê a justiça, na sua essência, como sentimento. O Direito seria a conciliação destes dois valores. É uma transição de uma postura de conteúdo.

Underhill Moore, por sua vez, definiu o Direito como a conduta manifesta de alta frequência na sociedade.

Percebemos, então, que há e sempre houve uma confusão entre os juristas das mais variadas correntes de pensamento em explicar a questão do caráter social do Direito uma vez que sempre seguiram estas três vertentes:

- Poder
- Ideologia
- Dogmas

Muitas são as posições, entretanto, demonstraremos a de Max Weber sobre o poder, que ele denomina de “Marcht” – potência, significa para ele “toda oportunidade de impor a sua própria vontade, no interior de uma relação social, até mesmo contra resistências, pouco importando em que repouse tal oportunidade”.

Nota-se que a canalização do “Marcht” (palavra advinda do verbo alemão *Machen* = fazer), provém da idéia de força que se explicita não sob o modo da ameaça, uma vez que força não significa necessariamente a posse de meios violentos de coerção, e sim de vias que permitam influir no comportamento de outra pessoa, através da ordem dirigida ao outro sujeito da relação e que presumidamente deve cumpri-la. É o que Max Weber chama, denomina de “Herrschaft” (Herr = do latim, *dominus* = Senhor), ou seja, “a probabilidade de que uma ordem com um determinado conteúdo específico seja seguido por um dado grupo de pessoas”.

Distintamente posiciona-se o grande sociólogo Talcott Parsons ao traduzir o termo Weberiano por “Imperative Control”. Para este renomado sociólogo, “A noção de “Imperative Control” obscurece o confronto entre quem comanda e quem obedece, num sistema de ordem imposto... Ora, as relações de domínio ou de poder institucionalizado não constituem a totalidade do sistema de comportamento socialmente imposto. Os costumes, leis, preconceitos, crenças, paixões coletivas contribuem também para determinar a ordem social”.

Parsons nega-se a considerar o poder como sendo uma “ação imposta por um ator a um outro ator”. Segundo ele, o poder é “a aplicação de uma capacidade generalizada, que consiste em obter dos membros da coletividade o cumprimento das obrigações legítimas em nome de fins coletivos, e que, eventualmente, permitam forçar o recalcitrante através de sanções negativas”.

Não devemos esquecer, porém, que o Direito é um fenômeno ético. Explicar o seu conteúdo sob o

enfoque de um fenômeno apenas impositivo é incorrer no gravíssimo erro de apresentar o seu conteúdo como poder.

Direito não é poder, pois, podemos entendê-lo dentro, fora ou até contra o poder.

Abordar o caráter social do Direito, sob o ponto de vista do poder, resulta em conclusões sem conteúdo e sem substância.

Se, por outro lado, partirmos para a análise da Dogmática, cedo concluiremos que a lei é forma e forma que pode alcançar qualquer conteúdo.

Ao adotar um procedimento lógico normativo, intenta a Dogmática isolar aspectos lógicos normativos do conjunto da vida social, objetivo que nunca obtém de maneira efetiva.

Para a Sociologia Jurídica a lei é um fenômeno social e por isto se converte em um dos seus objetos de estudo. A lei é uma das vertentes do fenômeno social, uma forma do fenômeno jurídico.

Para a Dogmática a lei é o objeto.

A norma ou conduta social jurídica é na Sociologia Jurídica estudada em função do comportamento social total, podendo o conteúdo ser com ou sem forma de lei, e, manifestar-se em diferentes formas.

O conteúdo normativo jurídico é uma das possibilidades de estudo, definitivamente não é uma ótica dogmática. Se se restringisse apenas à lei, teria a Sociologia Jurídica de se limitar exclusivamente ao estado e ao seu estudo, pois a lei procede deste grupo social dos homens de poder socializado. Assim, o Estado é parte, é grupo setorial.

Finalmente em referência a Ideologia, já se fez notório que a mesma implica a concepção falsa ou duvidosa da realidade por basear-se em conhecimento

determinar unilateralmente o processo interativo, sem contar com a vontade do indivíduo afetado por esse processo, porque as normas sociais não são algo imutável e permanente, mas o resultado de uma correlação de forças submetidas a influências mutantes”.

O Direito é um fenômeno social que se interrelaciona com outros processos sociais, podendo ser processos interativos de aproximação ou de afastamento.

A semelhança seria o fator de aproximação e a dessemelhança de afastamento.

Interação significa ação entre, não significando necessariamente bilateralidade ou ação recíproca. Esta interação ocorre por duas vias: através do Processo Social Simples e do Processo Social Grupal.

O primeiro atua numa interação simples, caracterizada por sua não continuidade no tempo, por ser fugaz.

O segundo vai ser aquele que sintetiza várias interações simples tanto de semelhanças como de dessemelhanças, havendo, no entanto, o predomínio da primeira.

Quando acontece este predomínio, isto é, quando a idéia de semelhança prepondera, diz-se que o sistema interativo está em equilíbrio.

O processo de afastamento é caracterizado pela competição, conflito ou hierarquia. O de aproximação pela cooperação.

Este princípio geral de maior aproximação entre os pólos da interação social, segundo o Professor Cláudio Souto, propiciaria ainda mais o Direito por aumentar a coesão do grupo. Já que o Direito representaria a garantia externa e objetiva desses valores de semelhança, passando a serem patenteados e consagrados como valores de referência e de Direito fixados consen-

sualmente. E que garantindo a plenitude da estabilidade social geral e em particular de cada ordem específica, encontrariam nas normas de conduta, principalmente nas jurídicas a expressão da conduta social indicadora do que cada interagente deve fazer.

A ideologia neoliberalista competitiva

A contradição social é um problema antigo que a humanidade enfrenta desde a antigüidade. Este conflito tornou-se mais agudo nos tempos modernos devido a ideologia inerente ao sistema econômico do qual fazemos parte.

No capitalismo aguça-se a hierarquia, provocando a competição. Esta última não pode ser considerada como um fator de equilíbrio permanente como prega a ideologia neoliberalista. Isto configura um absurdo do capitalismo, pois ao afirmá-la, ele se contradiz.

O liberalismo econômico como livre concorrência é a competição e, competição, como vimos no tópico anterior, é processo de afastamento, porque, enquanto uns ganham, outros perdem e isto gera a exclusão.

A exclusão é a responsável por nefastas consequências, provocando até o aumento da violência e da criminalidade que assusta e inquieta a sociedade.

A ideologia neoliberal cria uma consciência social, para que as pessoas aceitem-na e sintam-se motivadas para aderir a ela. A sua proposta de que a solução para os problemas sociais não virá do Estado, modelo defendido nos anos 60 e 70, mas da livre iniciativa do mercado, foi assumida pelos governantes de quase todo mundo.

Ninguém controla o mercado teoricamente, porque ele não é uma entidade, mas algo abstrato. É algo

inexplicável, mas que tem repercussão no cotidiano das pessoas. Por exemplo, em nossa sociedade, de uma forma geral, quando um indivíduo está deprimido, vai ao Shopping Center fazer compras. Se é pobre, sai para ver as vitrines. As pessoas entram nos Shoppings e sentem-se num lugar sagrado. Lá se respira um ar diferente. O fascínio das mercadorias das vitrines faz com que elas se sintam extremamente felizes, gratificadas. É essa a experiência do cotidiano. Quando se propaga que o mercado livre é a solução, há a associação dessa experiência, pois a pessoa sente-se alguém, porque tem dinheiro e pode comprar sempre mais.

Na realidade brasileira o discurso é o de que precisamos ficar nas mãos do mercado.

Nesta ideologia há uma certa resignação perigosa e desumana. Acabamos convivendo com a riqueza ao lado de uma pobreza extrema, sem indignação ética, com a desculpa de que o mundo é assim mesmo.

Quando alguém possui o mínimo de humanidade, olha para uma criança passando fome, por exemplo, pensa que ela também é um ser humano, e reconhece não ser justo gastar demais em “bugigangas”, enquanto a outra não tem o que comer. Mas se a pessoa olha para criança e não acha que ela é gente, e sim um empecilho, não terá esses pensamentos.

Para o neoliberalista, o pobre é o culpado da própria pobreza e está nesta situação porque é vagabundo, e com tais pessoas não existe solidariedade.

A mudança de consciência reflete-se nas ações concretas.

O assassinato dos meninos de rua, no Brasil, causou algum problema social? A resposta é não. Se quem sai de um Shopping Center carregado de compras supérfluas vê uma criança assim, simplesmente dará gra-

ças a Deus porque pode morar num condomínio fechado, onde não se convive com este empecilho.

Nas leis do mercado pregadas pelo neoliberalismo, não tem sentido viver conscientemente, como sujeito. Pois, o verdadeiro sujeito histórico é o mercado. O que conduz à abdicação da solidariedade na defesa do interesse próprio contra quem não puder se defender.

Vivemos num país onde se diminui a proximidade entre grandes parcelas da população, decresce a capacidade de relacionamento comunitário e aumenta o individualismo.

É preciso erradicar, ou pelo menos, diminuir esta dissonância através da negação dessa proposição antropológica de competição e conseqüente exclusão.

A recuperação do sentido de solidariedade é o passo concreto para não se deixar contaminar pela teoria do neoliberalismo.

Mudança Social e Direito

O estudo sob esse tema constitui uma preocupação para o estudioso de todas as épocas, pois a mudança social é inerente ao sistema social.

Nos dias atuais há uma maior preocupação, percebe-se uma maior ênfase por parte das sociedades civilizadas pelo estudo deste assunto.

Primeiramente, devido ao fato de se querer descobrir os porquês das transformações sociais, muito embora existam hoje modernas técnicas de verificação empírica. A explicação teórica é insuficiente.

Em segundo lugar, por causa do controle que o homem gostaria de exercer nas modificações sociais.

A realidade social pode ser observada pelo homem comum, este último pode até constatar o fenômeno da mudança social. Entretanto, somente através do indagar mais profundo, mais acurado, que essa realidade é vista como um processo, pois há dentro dele um desenvolvimento permanente.

A repetição social não ocorre, não há fixação dos fatos sociais. Mas, a interação é processo básico. Dela própria nascem tanto as normas que asseguram a própria continuidade desta interação, como a mudança.

Explicitamos abaixo:



O controle e a mudança caminham na sociedade simultaneamente, os dois juntos servem para manter e transformar a sociedade.

A mudança social fará às vezes do controle social quando houver situações novas que não foram resolvidas pelas respostas conhecidas, formais e estruturadas. Assim, a interação social originará fatos normativos. Podendo também a mudança social ser planejada e posta em prática por um ato normativo formal.

O sistema vai retratar a mudança e o controle. Estes últimos vão se evidenciar na estrutura biopsíquica social do indivíduo, particularmente. O mesmo, em seu desenvolvimento, modifica-se ou mantém-se. Assim:

INDIVÍDUO



SOCIEDADE (composta de características daqueles)

Deste modo, notamos três etapas:

1. A sociedade humana é o resultado da interação de elementos;
2. A interação é um processo;
3. A sociedade é um processo.

Podemos afirmar que a sociedade é dinâmica, porém, muitas vezes se expressa em ritmo lento e de difícil apreensão.

Seu equilíbrio decorre dos processos de relações humanas que se mantêm em harmonia relativa. Os relacionamentos dão-se em nível de: pessoa-pessoa e pessoa-coisa ou coisas que cristalizem mensagens mentais de dinamicidade.

A alteração notará-se-á com maior ou menor intensidade dependendo do tamanho e da forma dos relacionamentos. No entanto, há modificações que não são percebidas enquanto se efetuam, mas apenas quando decorridas de um longo período.

O controle formal na realidade brasileira

O controle social começa na socialização. Desde muito cedo faz-se presente a necessidade da formação do caráter social no processo de aprendizado do indivíduo.

Este dito processo pode ocorrer de maneira fácil quando se percebe uma força socializante direcionada de forma organizada ao destinatário da socialização. No entanto, esta última pode ser feita sem cuidados e sem moldes ideais e assim se tornar difícil.

A socialização é produto da interação e para sua eficácia necessita de papéis sociais definidos. em outras palavras, o papel social será a maneira como cada um atua dentro da sociedade não qual está inserido.

O indivíduo é um microcosmo a refletir o macrocosmo. Todo indivíduo é uma sociedade ambulante.

No Brasil atual, vasta parte da população está indo para a socialização como um todo, carentes de núcleos primários tais como a família e a escola.

Isto resulta em pessoas que não se enquadram nas normas sociais, morais, de Direito, etc.. Falta socialização adequada para toda comunidade.

A sociedade brasileira está sem oportunidade de ter um processo de socialização normal, natural ou adequado.

Na realidade, a adequação acontece apenas para um pequeno grupo. Mas, a socialização pede um comportamento uniforme, mesmo que essa padronização não seja perfeita uma vez que nunca se consegue igualdade total.

O homem em qualquer sociedade vai se socializar, pois, traz o potencial para ser gente. Porém, a semente precisa ser desenvolvida.

As pessoas aprendem a conformar-se com as normas sociais. Este é o primeiro momento em que o indivíduo, ainda criança, tem acesso a saber o que é certo e o que é errado dentro do grupo ao qual pertence. Isto deve ser feito com firmeza. Quando há quebra de valores, há muita transgressão. Para uma socialização normal é preciso passar por três estágios. O primário que é aquele onde a criança aprende a ser gente na família; o secundário, caracterizado pelas relações que a criança vive e aprende na escola e o complementar.

Por complemento entende-se aquilo que se acrescenta a alguma coisa para inteirá-la. O indivíduo parece que aprendeu tudo na família e na escola, porém somente com este dois últimos não consegue desempenhar o seu papel e, ao longo do ser crescimento necessariamente precisará de “remates” para uma socialização completa. Isto aprenderá da própria sociedade através do processo interativo que ocorre durante toda a vida do indivíduo.

No Brasil não se está buscando uma uniformidade, uma homogeneidade. A realidade é que estamos desagregando.

A influência da socialização é grande, nela a idéia de controle começa a ser transmitida suavemente. O controle social, por sua vez, atuará na formação do controle formal que resultará na norma.

A família no Brasil não está assumindo seu papel de responsabilidade, o Estado também não, e a mulher não está transmitindo bem o seu papel; necessitando de uma redefinição deste último em concordância com o homem.

Na antigüidade os papéis eram definidos. Com o advento da Revolução Industrial e a ampliação do mercado de trabalho da mulher acabou a nitidez, pois a sociedade organizou-se de tal forma que hoje é necessário repartir tarefas e há uma crescente probabilidade de redefinição de papéis que atingem também o homem e a estrutura familiar. Deste modo, todos estes são fatores que implicam a dessocialização das crianças.

O controle social mais eficiente dá-se através do Direito. Para sua efetividade há que se ter harmonia de valores, o que não ocorre no Brasil. Atualmente a idéia que impera é a de que é mais fácil transgredir do que obedecer.

Nas sociedades desenvolvidas ocorre:

MENSAGEM (valores da sociedade efetivados na norma)	REALIDADE (normas conscientemente respeitadas)	COERÊNCIA (socialização)
--	---	------------------------------------

Todavia, nas sociedades subdesenvolvidas, a exemplo do Brasil, processa-se diferentemente:

MENSAGEM (valores da sociedade efetivados na norma)	REALIDADE (Transgressão)	AUSÊNCIA DE COERÊNCIA (dessocialização)
--	------------------------------------	---

Isto nos leva a concluir que o controle formal, ou seja, o Direito, não está sendo obedecido, não se está conseguindo transmitir a mensagem corretamente e, se conseguida, não é correspondida.

O sentido da norma e a sua eficácia

É o sentido objetivo e subjetivo das ações coletivas, definidas pela norma que as tornam o ponto de referência significativa da ação social.

As normas apresentam-se de modo formal e informal mas sempre expressando o Direito, sentido do dever ser.

As normas informais fixariam o sentido do Direito espontâneo, natural social.

As normas formais oficializariam como objetivo positivo, esse direito de caráter extralegislativo. Realizando a função educativa, a função conservadora e a função renovadora. O Direito expressa-se na norma jurídica, seja formal ou informalmente, intimando a

cada integrante das relações sociais a efetivar o compromisso que voluntariamente assumiu e, voluntariamente, obrigou-se a cumprir.

Esse caráter obrigacional é o sinal próprio da norma jurídica.

Os conflitos que se manifestam durante todo o processo social, podem ser solucionados pelas próprias partes que é a solução do direito informal, através da negociação direta, mediação e do arbitramento, formas espontâneas para se garantir o Direito. Se, porém, não se chega a um acordo, existe a decisão judicial em que o juiz, membro imparcial da relação jurídica formal, aplicará o princípio da justiça que a própria sociedade fixou.

Existem, porém, os aspectos dinâmicos da sociedade uma vez que os fatos sociais são móveis. Não há estaticidade dos valores e por conseqüência há mudança de atitudes e de comportamentos diante das normas que objetivaram.

Os estudos de anomia representam um sintoma dessa rigidez ou estaticidade das normas diante de novos valores.

Os desvios, as omissões e as transgressões só se aplicam como resultado da falta de significado e motivação das normas.

Se é aceitável que o sistema normativo jurídico no expressar os valores do Direito, faça-o definindo as semelhanças objetivas e subjetivas diante das exigências e desses valores, somente a falta desse sentido de semelhança objetiva e subjetiva pode explicar o descumprimento dos compromissos.

O Brasil possui uma tradição escravista e feudal na sua colonização.

Nossas leis são o resultado de uma aristocracia que “leu” o liberalismo e em um segundo momento o socialismo.

Quando das influências liberais defendeu-se o direito de uma economia capitalista industrial, quando a realidade do Brasil era de relações escravistas e de servidão, de capitalismo mercantil. Por outro lado, defendeu-se um direito de economia socialista quando a economia do Brasil estava chegando ao capitalismo industrial.

Denotou-se uma tremenda dissonância normativa surgindo desde este período a problemática da existência de um sistema normativo e a falta de eficácia.

O sistema legal não está na realidade efetivando o Direito. No Brasil, o grupo está se conservando em função dos donos do poder.

As nossas leis conservam a estrutura real de poder. Quem manda é o rico. É o poder político.

O ideológico é o normal da vida judiciária brasileira. Pois aplicar a lei é também uma ideologia. A lei é uma ideologia.

Os juízes do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, são indicados politicamente. Dever-se-ia aplicar a adoção de um outro critério.

Os juristas práticos, por sua vez, tendem a uma aplicação apenas “*secundum leges*” e neste proceder configura-se a antidisciplinabilidade.

Somos o que pensamos, não pode existir o cumprimento fidelíssimo da lei, pois assim acontecendo o jurista desconhecerá a realidade social. Se os nossos juristas tivessem uma educação interdisciplinar é provável que a nossa realidade seria diferente da que se apresenta.

Estes tipos de procedimento só vão diminuir com a ciência empírica. A ciência aumenta a margem de acordo, as ideologias de desacordo.

Quanto mais científica for a mente humana, menos ideológica ela há de ser.

Uma opção de mudança

Somos o que foi nossa educação. Em nosso país a nossa educação não foi e não tem sido uma educação para a solidariedade.

Creemos na idéia de que uns mandam enquanto outros obedecem, de que há sempre um hierarquicamente superior.

Vivemos em uma sociedade onde se incentiva a competição e isto se configura em um absurdo sociológico. A competição é luta que gera a contradição fundamental da opulência versus a miséria. então, jamais se alcançará um equilíbrio numa sociedade baseada em competição e conflito, por serem processos dissociativos que implica hierarquia e autoridade.

A autoridade é o exercício do poder onde há nítida separação entre governantes e governados implicando a possibilidade de uso da força.

Se no capitalismo o homem segue a rota para a racionalidade progressiva, ainda restam esperanças. Do contrário, segue-se a competição e deste modo ninguém poderá salvá-lo.

No socialismo, com a existência de um partido único nivelou-se a sociedade, ao menos teoricamente, do ponto de vista econômico, porém, o político manteve-se desnivelado.

Os capitalistas proclamam que o socialismo real teria fracassado, mas, esta é uma alegria que não vai

longe, pois há de vir o dia em que, por causa das crises internas, haverá a superação do sistema.

O bloco dos países socialistas ruiu por ter-se tornado uma ditadura e não por ser o capitalismo melhor do que o socialismo.

Uma opção com vista a mudanças concretas seria a ênfase no incentivo e a cooperação e não a competição. Muito embora seja o homem um ser competitivo por natureza, deveria atuar no processo de cooperação através de pessoas com sentidos integrados, o que não significaria necessariamente o Estado controlando tudo, porquanto na medida em que o homem fosse se tornando menos animal a necessidade de hierarquia, analogamente, desvanecer-se-ia.

Isto provocaria uma ligação mais estreita do Direito com a ética, alicerçados e justificados por valores tais como a união, a concórdia e a paz.

Vivemos num mundo moderno onde a perda de valores faz do ser humano o objeto e não o sujeito.

No Brasil desmorona-se o sentido de solidariedade.

Nomes de escândalos financeiros jamais apurados continuam soando como uma campanha acossando a má consciência do país.

Se a nação brasileira não consegue combater a corrupção, dívida externa galopante, a miséria permanente, começa, então, a acreditar na sua própria impotência.

A desilusão com que os brasileiros encaram o país hoje vai além da economia e da política; agora o que está em perigo de destroçar-se é a alma brasileira uma vez que situações de violência, de injustiça, de exploração do homem pelo homem estão gerando uma

sociedade castrada em sua ternura e, por isso mesmo, já quase sem esperanças.

Por muito tempo o mundo, e conseqüentemente os homens foram divididos pela idéia de que a solução para os problemas das nações viriam de sistemas econômicos e políticos. Das idéias de Adam Smith de um lado e as de Karl Marx e Engels do outro.

Ficou demonstrado que as mudanças não provêm de cima para baixo, do Estado para o indivíduo, como foi o caso da ex-União Soviética e demais países do bloco socialista.

Por outro lado, não nos iludamos com a idéia de que será com este capitalismo que as transformações surgirão.

Chegou o momento de questionar que tipo de sistema inspira o nosso ordenamento jurídico.

No tópico anterior, discutiu-se acerca da competição como um processo de afastamento. Assim, concluímos que a nossa socialização não está sendo feita no sentido da semelhança entre as pessoas. Esta sendo efetuada de forma desequilibrante. As pessoas vêm-se dessemelhantes e não fundamentalmente semelhantes par o equilíbrio do sistema.

Se há a pretensão de mudar a sociedade, devemos primeiramente buscar a transformação do homem. Sua mente e sentido de ética. E neste homem deve ser introjetada a consciência jurídica da necessidade da conduta. Sabendo ele que o dever a ser cumprido, assim deve ser feito não apenas porque a lei impõe e o Estado obriga-o a tal, mas, por possuir interiormente a consciência de que os seus atos atingirão a sociedade para a promoção da justiça ou injustiça, do equilíbrio ou desequilíbrio social.

Esta introdução configuraria a ressocialização, no sentido de uma reeducação da semelhança fundamental de todos os homens.

A Teoria Sociológica poderia apontar um modelo, ainda não existente, que pudesse provocar uma harmonia e equilíbrio através de um sistema em que a idéia de semelhança fosse a maior possível, onde houvesse gestão popular direta, descentralização, etc.. Seria uma construção teórica não estatista de um sistema que procuraria o bem-estar de todos e não apenas de determinado setor.

Até os dias atuais temos presenciado ideologias com roupagens científicas. O papel da ciência assim será da maior importância para o progresso do Direito, pois iluminará o caminho dos homens.

Para alcançar o progresso almejado no âmbito jurídico, o Brasil precisa despertar, no sentido de dar os primeiros passos neste objetivo da construção de um Direito de conteúdo ideológico apenas inevitável. Pois, ciência ideológica não existe; somente ideologia deixa de ser ciência; ciência com dosagem de ideologia é inevitável.

Ao verdadeiro cientista caberá uma real tolerância e uma abertura para o novo. Porquanto só há ciência quando se rompe a tradição e quando se é diferente do passado.

Referências Bibliográficas

- BODENHEIMER, Edgar, *Ciência do Direito*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1966.
- CARBONNIER, Jean, *As Hipóteses Fundamentais da Sociologia Jurídica Teórica*, do livro *Sociologia e Direito*, versão portuguesa de Nise Pontual.
- FARIA, José Eduardo, *A Sociologia Jurídica no Brasil*, Porto Alegre, Fabris Ed., 1991.
- LANE, Sílvia, *Psicologia Social – O Homem em Movimento*, São Paulo, Ed. Brasiliense, 1988.
- LEBRUN, Gérard, *O que é Poder*, São Paulo, Ed. Brasiliense, 1988.
- MACHADO NETO, A. L., *Sociologia Jurídica*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1987.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto, *O Direito Positivo Enquanto Subsistema Social* Caderno 57, Caruaru, Edição da Faculdade de Direito de Caruaru, 1985.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Ressocialización y Tratamiento de Delincente em Los Establecimientos Penitenciarios Españoles*, in: *La Reforma Penal*, Madrid, 1982.
- PARSONS, Talcott, *The Social System*, Free Press, 1951.
- REHBINGER, Manfred, *Sociologia del Derecho*, Madrid, Ed. Piramides, 1981.
- ROSA, F.A. de Miranda, *Sociologia do Direito – O Fenômeno Jurídico como Fato Social*, Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1976.
- SALDANHA, Nelson, *Sociologia do Direito*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980.
- SOUTO, Cláudio (e Solange), *A Explicação Sociológica*, São Paulo, EPU, 1985.
- SOUTO, Cláudio, *Ciência do Direito e Filosofia Jurídica no Limiar do Terceiro Milênio*, Texto.
- TOCQUEVILLE, Alexis, *Of Individualism in Democratic Countries*, Texto.
- TREVES, Renato, *Introduzione Alla Sociologia del Diritto*, Turim, Glulio Einandi Ed., 1977.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS

Maria Betânia Silva

Promotora de Justiça – Professora de
Direito Constitucional da ESMAPE

Sumário

1. Introdução; 2. A incompatibilidade de argüição de inconstitucionalidade com a ACP: o ponto de interceptação; 3. Os contra-argumentos; 4 Conclusão.

1. Introdução

Este estudo consiste numa reflexão sobre argüição de inconstitucionalidade em sede de Ação Civil Pública¹.

Embora o tema não seja em si de muita originalidade, já que ocupa boa parte da literatura jurídica nacional e da esfera jurisprudencial², o entusiasmo pela questão constitucional como um fator de natureza jurídico-política na compreensão do direito e na produ-

ção de um saber jurídico renovado, guiou o interesse para investigá-lo mais de perto. Além disso, após a constatação de uma tendência doutrinária que sustenta a incompatibilidade de argüição de inconstitucionalidade com a ACP, esse interesse transformou-se numa tomada de posição sobre o assunto.

A conclusão a que se chegou, entretanto, não permite incluir este estudo nessa trajetória consensual de enxergar incompatibilidade entre a ACP e argüição de inconstitucionalidade. A divergência que o caracteriza em relação à tendência doutrinária decorre de uma perspectiva de abordagem sobre o sistema de constitucionalidade de leis distintas daquelas usualmente adotadas, ao mesmo tempo em que leva em consideração a natureza dos interesses que ACP tutela e as suas especificidades processuais.

Diga-se de passagem, porém, que essa tendência doutrinária à qual este estudo se opõe não exclui a consideração desses dois últimos aspectos, ou seja, a natureza dos interesses e especificidades processuais da ACP, mas, o fato é que ela não parece capaz de superar a análise do sistema de controle de constitucionalidade de leis aplicáveis à tutela de interesses individuais e aos conflitos de natureza intersubjetiva para, então, apreciá-lo na órbita dos conflitos metaindividuais.

Crê-se, assim, que há um equívoco no tratamento da questão constitucional quando deslocada para o âmbito da ACP e que termina por contaminar todo o raciocínio jurídico encontrado nas posições doutrinárias cuja tendência é concluir pela incompatibilidade entre ACP e a argüição de constitucionalidade.

Para o fim de demonstrar a ocorrência desse equívoco e desenvolver os argumentos em sentido contrário, este estudo adota, como paradigma do consenso

1 Ação Civil Pública passará, desde então, a ser abreviada ACP.
2 Ver trabalho de Arnaldo Wald, *Usos e Abusos da ação civil pública (análise de sua patologia)*, in *Revista Ajuris*, vol.6175-98, p.84-89. Também apel. civ.191130194, j. em 10.12.1991, da 1a. Câmara do Tribunal de Alçada do RS, vol.81, pags.216-217, cf. Arruda Alvim, *A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, in *Ação Civil Pública*, coord. por Edis Milaré, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, pags.152-162.

doutrinário do qual diverge, o trabalho do eminente jurista Arruda Alvim, publicado no livro *Ação Civil Pública – Lei n° 7347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação* e que se intitula “*A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*”³.

Arruda Alvim começa por situar-se em relação ao assunto, tratando da competência exclusiva do STF para declarar a inconstitucionalidade de lei que, como se sabe, é designado por toda a doutrina como controle *in abstracto*. Em seguida, assinala a existência de controle incidental, realçando o alcance dos seus efeitos que, também, como é sabido, somente se limita às partes em litígio.

Vislumbra, assim, os dois modos de exercício de controle de constitucionalidade de leis admitidas na sistemática constitucional brasileira, justificando o primeiro modo como aquele que se realiza “*confrontando a norma infraconstitucional com texto da Constituição para decidir de sua compatibilidade ou incompatibilidade com esta última*”⁴. E, o segundo como aquele que esta diretamente relacionado a um litígio.

Em seguida, advertindo para o alcance da coisa julgada na ACP, por força do art. 16, da Lei n° 7347/85, questiona os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade nesse tipo de ação, entendendo que isso contraria o princípio regulador dos efeitos dessas decisões ao qual até mesmo o STF se submete.

Para isso, tem em vista a discussão sobre se há ou não necessidade de suspensão pelo Senado de lei

3 Ver nota 2. op. cit.

4 op. cit. pag. 155

declarada inconstitucional pelo STF, salientando, contudo, que, se essa decisão deriva do controle incidental, com certeza, os seus efeitos atingem apenas às partes litigantes, mesmo que a inconstitucionalidade tenha sido pronunciada pelo STF.

Em linhas gerais, ao trazer a questão para a seara da ACP, Arruda Alvim conclui:

a) que a declaração de inconstitucionalidade em ACP, embora denominada de incidental, é na verdade um controle abstrato da lei, porque, primeiro se mostra por vezes desconectada de um verdadeiro litígio e, segundo, tem a pretensão de suspender a eficácia da lei em relação a todos que se encontram no âmbito de jurisdição em que a lei foi declarada inconstitucional. Assim, pode ocorrer que a invalidade e ineficácia de textos abranja parcela da federação, enquanto a maior parte dela se submete aos mesmos textos⁵.

b) que o STF, nesses casos, perde de vista o controle da constitucionalidade, sobretudo em não havendo interposição de recurso de uma decisão do Tribunal local⁶.

c) que, em ACP, se um juiz ou Tribunal declara a inconstitucionalidade de lei a sua decisão “*se insere no espectro de incidência dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, pelo STF, imiscuindo-se na competência privativa do STF*” haja vista, em especial, o efeito *erga omnes* dessas decisões judiciais nas ACP e a pretensão por vezes existente nesse tipo de ação de um “juízo nacional”⁷.

5 op. cit. pag. 157

6 op. cit. pag. 158

7 op. cit. pag. 160/161

d) que, no caso de haver uma ação declaratória de constitucionalidade perante o STF em relação à lei ou dispositivos de lei considerados inconstitucionais na ACP isso redundaria num conflito entre o STF e o juiz ou Tribunal que declarou a inconstitucionalidade, posto que em ambas as ações os efeitos da decisão são *erga omnes*.⁸

2. A incompatibilidade de arguição de inconstitucionalidade com a ACP: o ponto de interceptação.

Embora circunscritas ao trabalho aqui discutido, essas conclusões convergem para o ponto que é o objeto de reflexão deste estudo, qual seja: o de considerar incompatível a arguição de constitucionalidade com a ACP.

Com efeito, a dimensão coletiva das ACP e, por conseguinte, a extensão das decisões judiciais nela proferidas, processualmente, ocupam o espaço que se reconhece apenas ao STF quando provocado para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade das leis.

Posta a questão nesses termos, esse ponto de vista, que se traduz na expressão *incompatibilidade*, parece indiscutível. Os argumentos usados para sustentá-lo, no entanto, são do tipo que se pode designar como externos, no sentido de que estão à primeira vista e não surpreendem, conformando-se ao *sentido comum teórico* da maioria *dos juristas*⁹. Isto quer sugerir que, a questão constitucional, no caso, tem uma relevância,

8 op. cit. pag.161

9 Expressão usada em artigo do Prof. Luis Alberto Warat, O *Sentido Comum Teórico dos Juristas*, in *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*, org. por José Eduardo Faria, Brasília, Editora UnB, 1988, pag.31-41 e que segundo ele engloba "idéias gerais, pontos de vista hegemônicos, juízos éticos, religiosos, proposições científicas, fatores de coesão social etc".

mas da forma como ela é tratada a profundidade é apenas aparente.

Dito de outra maneira, o que de fato parece contar como maior argumento para a sustentação desse ponto de vista é a crença na estabilidade da ordem jurídica constitucional. Na verdade, subjaz a essa tomada de posição um certo receio de desequilíbrio constitucional, o que vem justificar a necessidade de se reivindicar a força jurisdicional do STF como se o problema constitucional em sede de ACP retirasse-lhe o poder de guardar a Constituição e lho delegasse, inadvertidamente, aos juízos inferiores¹⁰.

Pode-se dizer, enfim, que a afirmativa de incompatibilidade de arguição de inconstitucionalidade com a ACP para certa parcela da doutrina advém do fato de considerar o STF como espaço jurisdicional exclusivo da realidade constitucional e isso não é apenas uma questão de velar pela competência dessa Corte, mas, no fundo, reveste-se de uma preocupação em limitar ao seu âmbito de ação os conflitos sociais carregados de constitucionalidade.

Mas, já agora, é possível dizer que uma tal concepção é equivocada. Este é, sem dúvida, apenas um dos aspectos que contribuem para a formulação de uma crítica a essa doutrina.

De outro lado, ainda, atente-se, para a possibilidade de que essa doutrina erige-se a partir de uma visão estática da ordem constitucional, no sentido de que tende a privilegiar a produção legislativa em detrimento da atuação jurisdicional. Na realidade, ao rejeitar o papel e o poder dos juízos inferiores para declarar a

10 E o que Arruda Alvim deixa implícito quando afirma que o próprio STF poderia vir a se submeter a uma decisão declaratória de inconstitucionalidade em ACP, pag.158.

inconstitucionalidade de lei, em ACP, esta embutido nessa doutrina uma hipovalorização da atividade jurisdicional como um todo, sob o pretexto, contudo, de relevância de atuação do STF.

Pode-se afirmar, em contrapartida, que quanto a este último aspecto, ele somente se evidencia em relação aos juízos inferiores, porquanto, desde que o STF aparece como espaço privilegiado da realidade constitucional, a atividade jurisdicional frente à atividade legislativa, no caso, desponta, sem dúvida nenhuma, como bastante valorizada.

Tal afirmação se revela, na verdade, tão aparente quanto aquela que identifica, na ordem pragmática, a decisão declaratória de inconstitucionalidade em sede de ACP pelos juízos inferiores como uma decisão concorrente e substitutiva da decisão de inconstitucionalidade pelo STF, em razão do efeito *erga omnes*¹¹.

E, no caso, não poderia ser diferente porque, o aspecto acima apontado é apenas uma etapa de todo o raciocínio. Uma coisa decorre da outra. Ou seja, concluir pela incompatibilidade da arguição de inconstitucionalidade em sede de ACP porque os efeitos da decisão dirigem-se a todos e por isso confunde-se com o controle *in abstracto* que somente cabe ao STF conduzir, necessariamente, a considerar que a atividade jurisdicional mostra-se privilegiada, nas questões constitucionais, quando exercida pelo STF. Aliás, é essa idéia que o título, dado ao trabalho do Prof. Alvim, sugere.

11 O mesmo autor deixa claro que esse entendimento resulta do que comumente se vê na ordem prática. Ou seja, a propositura de ACP cujo fim é exclusivamente a declaração de inconstitucionalidade. Cita, no entanto, como exemplo, apenas um caso na página 159, nota 17.

Pois bem, mas onde está a distorção doutrinária que este estudo desde o início anunciou? O que sustenta a afirmação de que todos esses argumentos são externos à questão constitucional, no sentido de que não a aprofundam? Ou, em outras palavras, o que de errado existe na concepção doutrinária dominante que aborda a questão constitucional em sede de ACP se a ela subjaz o interesse de estabilidade da ordem constitucional, como se disse acima?

3. Os Contra-argumentos

A resposta à última indagação é o ponto de partida para compreender o sentido das demais e ao mesmo tempo respondê-las.

Sem dúvida, a preocupação com a estabilidade da ordem constitucional é o que norteia qualquer estudo elaborado nesse área.

Portanto, admita-se como correto o ponto de vista de que o problema não está na estabilidade constitucional em si, mas em como buscá-la. Essa busca, por seu turno, está condicionada a uma certa compreensão do que significa estabilidade constitucional.

Como afirma Maria Helena Diniz¹², em seu livro *Norma Constitucional e seus efeitos* a Constituição Federal é “norma-origem”, no sentido de que nela o legislador encontra “*seu limite, devendo obedecer à forma prevista e ao conteúdo anteposto*”.

Mas isso não implica de modo algum um engessamento da Constituição, como se ela não sofresse uma mutação devido a essa qualidade de norma-origem. Ao contrário. Isto significa que no sistema jurí-

12 Ver Maria Helena Diniz, *Norma Constitucional e seus efeitos*, São Paulo, Editora Saraiva, 1992, pag. 14 e 121.

dico-normativo formam-se cadeias normativas que têm início em várias outras normas origem. Cada lei surgida no mundo jurídico carrega consigo a presunção de constitucionalidade e produz efeitos e, somente quando declaradas inconstitucionais se lhes pode retirar a eficácia. Desse modo, são elas mesmas, essas normas inconstitucionais, geradoras de algumas outras, em razão do que a elas se atribui a qualidade de norma-origem.¹³

Por isso, não se pode falar em controle de constitucionalidade de leis se não se admite uma compreensão dinâmica da Constituição. Em outros termos, é preciso encontrar o elo entre a Constituição e a realidade social e normativa para que se sustente a efetividade da norma constitucional.

A idéia de Constituição, portanto, no pensamento da autora, como ela mesma afirma esta *"intimamente ligada ao processo do pensamento político e aos acontecimentos histórico-políticos"*¹⁴ para obter o mínimo de efetividade. E a conformação da Constituição com a realidade social é o que não só garante a estabilidade da norma constitucional, mas a sua eficácia.

Esse posicionamento encontra-se, de certo modo, resumido quando assim se expressa:

"... promulgada a Constituição, ergue-se o sistema, mediante o conhecimento científico-jurídico, que descreve as relações de interdependência normativa, revelando a preponderância da norma constitucional. O jurista deve, portanto, ter a preocupação de fixar e unir. Unir significa reduzir a uma unidade inteligível a multiplicidade de normas, conciliando-as logica-

13 Maria Helena Diniz, op. cit. pag.120/122.

14 idem, op. cit. pag.14.

mente, e fixar consiste em assegurar essa unidade no tempo, tendo em vista o ideal de justiça e de segurança jurídica.

As técnicas de controle do sistema, para solucionar a sua falta de unidade e coerência lógica, são, em regra, insuficientes porque todo destinatário da norma pode obedecê-la, ou não. Logo, sempre haverá possibilidade de norma inconstitucional elaborada irregularmente pelo legislador, e refratária, àqueles mecanismos, de forma que o sistema deverá, então, regular sua estrutura para que possa conviver com ela, prestigiando a autoridade, que a emitiu, garantindo a imperatividade da norma, mesmo que inválida. Será preciso, para tanto, que aquele preceito inconstitucional, criado por órgão competente, seja recepcionado pelo sistema por meio de regras de calibragem, ou regulagem, revelados pelo jurista, que explicam as relações entre validade e eficácia normativa" (op. cit., p.136).

Na esteira dos ensinamentos professados por Tércio Ferraz, por sistema de calibragem, ou regulagem, a autora admite *"um padrão circular de compreensão do sistema jurídico, em lugar de uma simples hierarquia"*. De modo que, do ponto de vista pragmático, *"o sistema normativo não dependerá de uma Constituição, nele há uma inter-relação entre normas que o modificam"*. E acrescenta, *"para a compreensão do sistema é mais importante do que a sua origem (a Constituição), a sua organização atual, de modo que o intérprete e aplicador, ao captá-lo, não deverá preocupar-se apenas com o escalonamento normativo, em termos de hierarquia de competências, compatibilidade de conteúdos, mas também... com relacionamentos cruzados, que poderão até mesmo desconfirmar hierarquias, ditados por princípios hermenêuticos ou*

por regras doutrinárias etc”, ainda seguindo o pensamento de Tércio Sampaio Ferraz. (*op. cit.*, p.137)

Com base no estabelecimento desse padrão circular do sistema jurídico é que a autora identifica inúmeros mecanismos de controle de constitucionalidade vislumbrados pela nossa ordem jurídica, dentre eles: o *habeas-data*, o mandado de injunção, a Ação Popular, o *habeas-corporis* etc. Seguindo essa perspectiva é que este estudo pretende incluir nesse elenco de técnicas, a Ação Civil Pública.

Mas a abordagem sobre a argüição de constitucionalidade em sede de ACP, através da qual emergem os primeiros indícios de divergência com a doutrina dominante não fica por aí.

Por enquanto, respondeu-se apenas à última indagação que dizia respeito à estabilidade constitucional mediante uma concepção renovada da ordem jurídica e de uma proposta de afastamento do paradigma normativista consubstanciado na obra de Hans Kelsen e que influenciou toda a produção do saber jurídico contemporâneo.

Mas que outros argumentos se pode focalizar para aprofundar o tema? Na realidade, a proposta de afastamento desse paradigma não se mostra completo apenas por conferir essa apreensão inovadora do ordenamento jurídico e, em especial, do sistema normativo constitucional. Ela vai mais além, incluindo, necessariamente, uma nova visão da atividade jurisdicional nesse campo do direito.

Alias, o texto transcrito do livro de Maria Helena Diniz antecipa esse aspecto ao atribuir ao intérprete e aplicador da lei uma preocupação com o cruzamento das várias produções normativas possíveis em qualquer ordem jurídica. Assim, pergunte-se: não é o juiz o mais legitimado intérprete da lei?

Sem dúvida alguma, dificilmente, se pode escapar de uma resposta positiva a essa indagação. E o juiz o intérprete da lei por excelência. De forma que tanto melhor ocorra a sua consagração como autoridade capaz de decidir acerca da conformação à ordem constitucional das leis ordinárias.

O seu papel, portanto, se apresenta, nesse caso, muito mais amplo do que aquele que exerce comumente.

Ocorre, porém, que nem sempre, ou melhor, nem em todas as sociedades ele é assim desempenhado. No Brasil, em particular, se mostra tão reduzido que deixa de ter uma expressão convincente ou quando passa tê-la desperta o receio de usurpação.

Em magistral estudo sobre o Poder Judiciário no Brasil, o Professor cearense José de Albuquerque Rocha¹⁵, no seu livro *Estudos sobre o Poder Judiciário* demonstrou a contradição do modelo constitucional brasileiro inspirado no modelo americano. Assinala o autor que, ao fim e ao cabo, este último modelo representou apenas mera transposição para o contexto brasileiro e não se ajustou nem se ajusta à nossa realidade.

O autor traça um paralelo entre o modelo constitucional europeu-continental que, por razões históricas, adota um sistema de controle político sob o critério concentrado e o modelo americano que é do tipo jurisdicional, difuso e concentrado, ao mesmo tempo.

Através desse paralelo, demonstra o privilégio concedido ao Poder Legislativo, na Europa-continental¹⁶ em contraposição àquele concedido ao Poder

15 Rocha, José Albuquerque, *Estudos sobre o Poder Judiciário*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, cap.4, pag.102

16 Saliente-se que essa afirmativa tem mais a ver com o sistema francês, por exemplo, distanciando-se do sistema alemão.

Judiciário, nos Estados-Unidos, o que faz com que, naquele continente, a atitude jurisdicional mantenha coerência com o paradigma normativista que reduz o direito à produção da fonte legislativa e, o mesmo não ocorra na América do Norte.

Transpondo esse raciocínio para a realidade brasileira, o autor conclui que apesar da adoção do modelo constitucional americano, onde a atividade jurisdicional é privilegiada – tanto assim que derivou no movimento do realismo jurídico –, no Brasil, a tendência é de submissão do juiz à lei – esta, enquanto produção legislativa – acentuando com isso a falta de “poder criativo”¹⁷ o que, na verdade se coaduna com o paradigma lógico-formal.

Por isso, conclui seu estudo pugnando pela necessidade de um tribunal constitucional no Brasil a fim de que, então, se estabeleça uma coerência entre a prática jurisdicional e o modelo constitucional.

Não obstante o brilhantismo com que o autor expõe os argumentos para subsidiar essa sua conclusão, nela se pode detectar uma tendência à conservação do papel do juiz ordinário tal como ele o vem desempenhando. Para o autor, a Corte constitucional imporia um perfil jurisdicional determinado pelo conhecimento interdisciplinar e com responsabilidade política dos seus agentes.

Mas, o que dizer nessa perspectiva, dos juízes de instâncias inferiores? Nessa perspectiva, ao que parece, ser-lhes-ia retirada a necessidade de uma formação interdisciplinar e, por conseguinte, a formação técnico-jurídica, desenvolvida sob o paradigma lógico-formal permaneceria ainda como útil e adequada.

17 ___. op. cit., pag. 103.

Com essa digressão retoma-se aqui o outro ponto de divergência que se pretende discutir no tocante à arguição de inconstitucionalidade em sede de ACP.

A tendência doutrinária afirmativa de incompatibilidade dessa arguição com a ACP deixa entrever, embora seguindo por outros caminhos, que em relação aos juízes das instâncias inferiores não lhes cabe assumir o papel de controladores da Constituição nesse tipo de Ação.

Os argumentos já são conhecidos. São aqueles denominados neste estudo de externos à questão constitucional. Para relembrar, em síntese, eles residem na afirmação de que em sede de ACP o controle de constitucionalidade de leis se confunde com aquele que cabe exclusivamente ao STF, porque, em geral, a questão da inconstitucionalidade em ACP esta desconectada com o litígio que a motivou. E, ademais, tem efeitos *erga omnes* em virtude do que preceitua o art.16, da Lei n° 7347/85.

Em outras palavras, e em rebate a essa opinião, abra-se aqui um parêntese para dizer que é como se a inconstitucionalidade não emergisse do caso concreto, quando, se sabe que é exatamente pelo fato de que uma lei causa um conflito de dimensões coletivas que a inconstitucionalidade dela é argüida. Não poderia ser de outra forma.

Mas, ultrapassada a idéia de que o STF detém com exclusividade espaço da realidade constitucional mediante a adoção do padrão circular da ordem jurídico – normativa, então, por via de conseqüência, superada estará também a idéia de a incompatibilidade de arguição de inconstitucionalidade com a ACP por causa da confusão que se opera entre a decisão declaratória de inconstitucionalidade nessa ação e aquela pronunciada pelo STF.

E se isso ocorre, é precisamente devido à natureza dos interesses que estão em jogo na ACP. Os interesses são de natureza coletiva, os efeitos da decisão beneficia à coletividade, em geral.

Assim, se inconstitucionalidade existe e vem a ser declarada pelo juízo perante o qual essa ação foi proposta, os efeitos da decisão são consequência da natureza da ação e dos interesses por ela tutelados suspendendo a eficácia normativa do texto impugnado na jurisdição na qual ela se estende. Se esse jurisdição inclui parte da federação ou a federação como um todo, no caso de se pretender a jurisdição nacional de que fala Arruda Alvim, é evidente que não se pode inibir os efeitos dessa decisão.

Para melhor precisar o alcance de competência tenha-se como bastante elucidativo o livro de Hugo Nigro Mazzilli¹⁸ que ao tratar da competência em ACP, considera importante verificar a existência de competência da justiça federal ou estadual, porque, segundo ele, não se pode confundir "*os efeitos que uma sentença pode produzir em todo o país, com a jurisdição, que o juiz pode não ter sobre todo o território nacional*".¹⁹

Esse fato, acredita-se, não autoriza a doutrina a se opor à arguição de inconstitucionalidade em sede de ACP porque ela se mostra similar àquela que se suscita perante o STF, por via direta.²⁰

18 Mazzilli, *A Defesa dos Interesses difusos em juízo*. 7a. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo : Saraiva, 1995, 19__ op. cit. pag.222.

20 Possivelmente, talvez so em relação à matéria tributaria se possa defender a idéia de incompatibilidade entre a arguição de inconstitucionalidade e a ACP. Isto, porém, devido à especificidade da matéria tributaria que não permite uma interpretação dos conflitos, nessa area como de natureza difusa ou coletiva.

Pois bem, nenhum óbice existe em incluí-la como um controle abstrato da lei²¹, inclusive porque isto não vem a contrariar o dispositivo Constitucional que confere competência ao STF para processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade (art.102, inciso I, da C.F.).

No caso aqui em questão, o controle não decorre do exercício pela via direta. Na verdade, na sua origem ele se apresenta como incidental, no sentido de que nasce no bojo de ACP e pode não exaurir o seu objeto. Os seus efeitos, estes sim, é que assumem as características atribuídas, pela própria doutrina, ao controle abstrato que, em geral, se exerce por via direta.

Mantém-se, porém, íntegro em relação ao controle de constitucionalidade de leis o critério difuso que permite a todo e qualquer órgão do Poder Judiciário decidir sobre essa questão.

Admite-se, por evidente, que em termos de ACP, os efeitos dessa declaração se expandem, muito além dos limites que normalmente se lhes impõe, mas na sua origem a arguição permanece, nos termos da doutrina dominante constitucional dominante, como do tipo incidental e o critério de controle difuso.

Enfatize-se, portanto, o uso desse critério difuso como aquele que permitirá aos juízes inferiores o amplo exercício da atividade jurisdicional, fortalecendo-a e delineando-lhes um perfil afastado do paradigma lógico-formal que caracteriza essa atividade no Brasil.

Além disso, através do desempenho desse papel de controlador da constitucionalidade, o Judiciário, em todas as instâncias, passa a assumir uma tarefa que a

21 Trata-se, no dizer de alguns constitucionalistas de controle em hipótese que pressupõe um litígio.

História do país parece lhe atribuir. Trata-se de uma tarefa de natureza político-jurídica.

Embora a seu cumprimento possa representar algum risco para o Poder Judiciário, na medida em que contribui para o seu desgaste e isto é, sem dúvida, indesejável, como escapar a esse destino histórico? Afinal, o desgaste já se agregou à estrutura desse Poder e o papel que lhe cabe desempenhar é muito maior do que o juridicamente desejável.

É esse fenômeno de desgaste, aliás, que subsiste na discussão sobre a crise do Judiciário e decorreu não propriamente do fato de haver o Judiciário se envolvido com as questões sociais emergentes, mas, ao contrário, por haver se distanciado delas, atrofiando-se, e por haver reduzido a sua tarefa a uma técnica-jurídica que não garante a efetividade das normas jurídicas.

De outra parte, como assinala Rodolfo Mancuso, na seu livro *Interesses Difusos*, “hoje se reconhece que a ação em justiça, quando se trata de interesses supraindividuais, é uma forma de participação comunitária na gestão da coisa pública... Não se trata de “inchamento” do Poder Judiciário, porque, quando ele outorga tutela aos interesses metaindividuais, não está desenvolvendo atividade de “suplência”, é a sua própria atividade, de outorgar tutela a quem pede e merece”.²²

Apesar de correta a assertiva, pode-se acrescentar a isso que esse papel do Judiciário representou mesmo um alargamento da sua função nas sociedades contemporâneas e, no Brasil, especificamente, resulta numa tarefa política que o ordenamento jurídico acabou por lhe outorgar.

22 Mancuso, Rodolfo. *Os Interesses Difusos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, pag.96.

4. Conclusão

Assim, o que parece evidente numa tal abordagem da questão constitucional, em sede de ACP, é que esse papel político já o exerce o próprio STF ao se manifestar, por provocação pela via direta, acerca da inconstitucionalidade das leis. A ausência de uma Corte Constitucional no país, terminou por atribuir ao STF, sozinho o exercício, em essência, dos dois tipos de sistema de controle de constitucionalidade: o jurisdicional e o político. O primeiro geralmente exercido na utilização de um critério difuso, o segundo em virtude da adoção do critério concentrado que se manifesta, comumente, na escolha da via direta.

Ou seja, embora a doutrina constitucionalista afirme que, no Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade de lei é do tipo jurisdicional, porque atribuído aos órgãos do Poder Judiciário, e que se exerce sob o critério difuso – quando a via é incidental – e concentrado, quando por via direta, neste último, o controle jurisdicional assume foros também de um controle político.

A inconstitucionalidade de leis, é afinal, uma espécie de conflito que possui uma carga política muito significativa. E, ao ser argüida por via direta, o deslinde jurídico dessa questão começa e termina no STF que, não raro, assume sozinho os custos sociais dessa decisão.

Pensar, portanto, na argüição de inconstitucionalidade em ACP significa a um só tempo levar em conta os aspectos positivos e negativos que a questão constitucional envolve aqui e em qualquer país.

O lado positivo se traduz, enfim, num fortalecimento da autoridade judiciária no âmbito de sua jurisdição, possibilitando-lhe a manifestação de um poder

criativo nas decisões, as quais sob a inspiração dos princípios constitucionais busca a conformação da ordem normativa constitucional à realidade social e, assim, se aproxima do ideal de efetividade.

O lado negativo consiste no risco de uma excessiva contaminação política das decisões judiciais. Mas, paradoxalmente a sensibilidade política do Judiciário é uma exigência de adequação da atividade jurisdicional à realidade, para que desse modo esse Poder possa atender ao seu papel de instância solucionadora de conflitos.

Enfim, como afirma Rodolfo Mancuso *"fica evidente que um dos grandes problemas suscitados pela tutela dos interesses difusos é de ordem política"*²³ e disso não escapa a questão da argüição de constitucionalidade de leis, onde a natureza política de sua existência e exercício precede a consagração pela ordem jurídica constitucional da ACP.

Talvez resida aí – na agudeza da dimensão política com que as questões são tratadas numa e noutra ação – o bloqueio doutrinário para admitir a compatibilidade entre elas.

Se incompatibilidade existe, crê-se que esta não se manifesta propriamente no terreno jurídico, mas no terreno político dada as conseqüências geradas por um conflito coletivo que acumule em seu núcleo tamanha carga política. Sem dúvida, isso pode ultrapassar o nível de resistência conflitual admissível para qualquer sociedade, mas excluir dos órgãos do Poder Judiciário a necessidade de avaliar esses conflitos em todas as suas dimensões tal como lhe são levados, também não contribui para reduzi-los ou mesmo neutralizá-los.

23 ____ . op. cit., pag.100

Prática

SENTENÇA CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE CONSUMO.

RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS

SENTENÇA

Proc. nº 00195025323-6

Tombo nº 20.255

(Sentença do Dr. *Jorge Américo Pereira de Lira*, Juiz de Direito da Capital e Supervisor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE.)

Ementa: **RELAÇÃO DE CONSUMO – RESCISÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO POR VÍCIO DO PRODUTO – SOLIDARIEDADE PASSIVA – PERDAS E DANOS.**

I. Todos aqueles que intervierem no fornecimento dos produtos de consumo de bens duráveis ou não duráveis, em face do consumidor, são solidariamente responsáveis, sem culpa, por vícios de qualidade ou quantidade, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor.

II. Nas relações de consumo, ante a supremacia da ordem pública, prevalece o dogma “*jus publicum privatorum pactis mutare non potest*”.

III. Não sendo os vícios surgidos devidamente sanados dentro do trintídio legal (art. 18, § 2º, da Lei 8.078/90) – nem estando a consumidora satisfeita com as condições do automóvel – afiguram-se inteiramente ade-

quadas à espécie dos autos as alternativas oferecidas pelos incisos do parágrafo primeiro do citado art. 18, do Código do Consumidor, dê, *in casu*, a extensão dos enguiços e a substituição das partes defeituosas comprometeram as qualidades essenciais do produto, diminuindo-lhe, dessarte, o respectivo valor.

IV. É inteiramente desarrazoado exigir da consumidora – que contratou na convicção de estar adquirindo um bem de altíssima qualidade tecnológica, como, aliás, apregoam as milionárias campanhas publicitárias empreendidas pela fabricante e sua rede de concessionárias – permanecer com um produto seriamente comprometido em suas qualidades básicas, mormente após esgotado o prazo previsto no parágrafo primeiro do art. 18, do Código do Consumidor.

V. Por outro lado, como autorizado pela regra gizada no art. 18, parágrafo primeiro, inc. II, última figura, desse mesmo diploma legal, é legítimo à Autora haver perdas e danos, em decorrência daquilo que efetivamente perdeu por efeito direto do consumo do produto viciado.

Provimento do pedido.

Vistos etc.

Trata-se de ação de rescisão de compra e venda cumulada com perdas e danos ajuizada, pelo rito comum ordinário, por **SÉRGIO CABRAL E CIA. LTDA.** em face de **GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA.** e **CAXANGÁ VEÍCULOS LTDA.**, to-

dos devidamente qualificados na petição introdutória de fls. 02/08, alegando a Autora, como causa de pedir, que, a 25 de agosto de 1994, adquiriu por compra à segunda ré um automóvel da marca GM, tipo Vectra - CD – automático, chassi nº 9BGLL19BRRB313446, mediante o preço global de R\$ 34.000,00 (trinta e quatro mil reais), liquidado à vista, sendo certo que, “apesar de se tratar de um carro sofisticado e caro, considerado inclusive top de linha”, com apenas oito (08) dias de uso começou o mesmo a apresentar, reiteradamente, defeitos diversos, o que, mesmo com a substituição de peças e acessórios viciados, comprometeu bastante as qualidades essenciais do produto, diminuindo-lhe o valor.

Em razão disso, pleiteia a Autora a restituição da quantia paga, monetariamente atualizada, e mais perdas e danos.

À peça atrial, instruindo-a, foram juntos os documentos de fls. 09 *usque* 40.

Regularmente citada (cf. fls.51/52), a primeira ré (GENERAL MOTORS DO BRASIL S.A.), fabricante do produto, ofereceu resposta, sob a forma de contestação (cf. fls. 58/67), ocasião em que, em longo arrazoado, se indisciplina contra a pretensão autoral, argüindo, resumidamente, que todos os defeitos porventura apresentados foram devidamente sanados, não ocorrendo qualquer comprometimento às qualidades essenciais do produto ou diminuição do seu valor.

Produziu com a peça de bloqueio os documentos de fls. 68/103.

Após devidamente citada (cf. fl. 54), a segunda ré (CAXANGÁ VEÍCULOS LTDA.), fornecedora do produto, por sua vez, apresentou a contestação de fls.55/56, momento processual em que argüi, tão so-

mente, sua ilegitimação para figurar no pólo passivo da demanda, dêz que, segundo argumenta, apenas comercializou o bem objeto da lide; esclarecendo, ademais, que, consoante o “termo de garantia”, de emissão da própria fabricante, os eventuais vícios da coisa são de inteira e exclusiva responsabilidade desta.

Sobre as contestações, disse a Autora às fls. 105/119.

Assim, vieram-me os autos conclusos para o deslinde.

É o relatório. **Decido.**

Cuido, de preâmbulo, que o feito comporta o julgamento antecipado da lide, a teor da regra cogente estampada no art. 330, I, do CPC, nada justificando, pois, na espécie, a abertura de dilação probatória em audiência.

A preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* oposta pela segunda ré não merece convalidar. De fato, consoante preconiza a regra compendiada no art. 18, caput, da Lei nº 8.078, de 11.09.90 (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor), todos aqueles que intervirem no fornecimento dos produtos de consumo de bens duráveis ou não duráveis, em face do consumidor, são solidariamente responsáveis, sem culpa, por vícios de qualidade ou quantidade, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor.

A solidariedade, instituto jurídico previsto no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, será aplicada com os contornos estabelecidos pela lei civil.

“O consumidor, em razão da solidariedade passiva, tem direito de exigir e receber de um ou alguns daqueles que intervieram nas relações de fornecimento, parcial ou totalmente, a sanção do vício ou, esta

não sendo levada a efeito, quaisquer das alternativas oferecidas no parágrafo primeiro desse artigo (ver art. 25, parágrafos primeiro e segundo)” (Código do consumidor comentado, ARRUDA ALVIM et al., 2ª ed. rev. e ampl., 2. t. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, pág. 145).

Conseqüentemente, “querendo, pode o consumidor acionar o comerciante e o fabricante do produto, simultaneamente, no mesmo processo, em *litis-consórcio* passivo dos dois, pela totalidade do pedido, por serem devedores solidários” (ob. cit., pág. 145).

Posta, assim, essa prévia, passo ao exame da matéria de fundo da controvérsia.

Consoante se observa da farta prova documental carreada aos autos, o veículo automotor objeto do contrato mercantil sob exame foi retirado da agência em 26.08.95 (uma quinta-feira) e, logo na primeira semana, apresentou imperfeição no compressor do ar-condicionado, barulho nos vidros das portas e uma “vibração com barulho, como se fosse no sistema de escape” (v. docs. de fls.11/12). Acerca dessa primeira impropriedade, esclarece a Autora que “somente depois de vinte e quatro (24) dias após o recebimento do carro, o compressor/correia foi trocado.” A segunda ré alegara, na época, que não dispunha da peça de reposição nesta capital.

Assevera a Autora que os demais enguiços constatados permaneceram sem sanção.

Em viagem à cidade de Curitiba – PR, além de se deparar com as baldas primitivas, relata o representante legal da Autora que o computador de bordo passou a apresentar problema, “marcando quase tudo errado.” O que levou a Autora a conduzir o automotor para a oficina da revenda autorizada CCV-COMER-

CIAL CURITIBANA DE VEÍCULOS LTDA (v. doc. de fl. 13), naquela cidade, onde se constatou que os vidros elétricos estavam com defeito e foram substituídos, procedendo-se, outrossim, a serviços outros para conserto do “computador de bordo”; sendo significativo gizar-se que, nessa mesma ocasião, foi o representante legal da Autora alertado que “o carro tinha problema na coluna e caixa de direção”, fazendo-se mister a substituição de peças, o que somente não foi feito de imediato ante a falta no comércio especializado do material de reposição.

Em 03.11.94, por oportunidade da revisão de 10.000 Km, deu o automóvel entrada na oficina da segunda ré, reclamando a Autora dos seguintes desarranjos: direção vibrando e fazendo barulho (em trepidação), problema no câmbio, infiltração de ar externo pelas portas e rádio que não sintonizava nenhuma emissora fora do perímetro urbano (v. doc. de fl. 14). Sustenta a Autora que, após realizados os serviços e efetuadas trocas de peças, o automotor permaneceu apresentando os mesmos defeitos.

Ante a persistência dos problemas, a Autora, decidindo por mudar de oficina autorizada, conduziu o seu automotor para a VENEZA VEÍCULOS S.A., sendo certo que, consoante discriminação constante da Ordem de Serviço nº 65447 (fl. 15), não funcionavam regularmente os seguintes equipamentos: ar condicionado, computador de bordo, coluna de direção (apresentando barulho) e rádio. História a Autora que, nessa ocasião, se verificou que “o tensor da correia” apresentava impropriedade, razão por que esta (correia) estava “desgastada”; esclarecido que foi a correia substituída por outra, mas, ante a falta de peça, foi mantido “o tensor defeituoso”. Ainda nessa oportunidade foi

“trocado também o chicote do câmbio automático” (v. fls. 16, 17 e 18).

Além dos enguiços já apresentados e constatados (e não solucionados satisfatoriamente), a 09.01.95 o automotor retorna às oficinas da VENEZA VEÍCULOS S.A., depreendendo-se da Ordem de Serviço nº 66.817 (v. fl. 19) que apresentava imperfeições no funcionamento do ventilador, painel de instrumentos, direção e câmbio.

Em 19.01.95, mais uma vez o automóvel é reconduzido às oficinas da VENEZA VEÍCULOS S.A. Motivo: o “coxim direito do motor” apresentava deficiência e necessitava ser trocado (v. doc. de fl. 21); o que, contudo, não é feito ante a falta de peça para a substituição.

Em 07.02.95, o automotor retorna às oficinas da VENEZA VEÍCULOS S.A. Os “senões” se agravaram: o câmbio automático estava quebrado, não permitindo a mudança de marcha. Outrossim, ocorria “vazamento pela mangueira da caixa de marcha” (v. doc. de fl. 22). O problema, já bastante grave, toma uma dimensão ainda maior: o carro fica confiado à concessionária, que alega não dispor das peças necessárias para substituição. Assim, após oito (08) idas e vindas às oficinas autorizadas (tudo dentro do chamado “prazo de garantia”), a Autora fica impossibilitada de usufruir do veículo automotor novo, moderno, sofisticado, “top de linha”, caro e que adquirira há apenas seis (06) meses!

Do exposto, consoante o que ficou irretorquivelmente demonstrado nos autos, não sendo os vícios surgidos devidamente sanados dentro do trintídio legal (art. 18, § 2º, da Lei 8.078/90) – nem estando a consumidora satisfeita com as condições do automó-

vel –, cuidando inteiramente adequadas à espécie dos autos as alternativas oferecidas pelos incisos do parágrafo primeiro do citado art. 18, do Código do Consumidor.

Em nada socorre as demandadas a circunstância – consoante o alegado na contestação da primeira ré – de o automóvel, hoje, após um período nas oficinas da fabricante para sanção dos enguiços (o que apenas comprova a séria gravidade destes), estar à disposição da Autora, posto que, **in casu**, a extensão dos vícios e a substituição das partes defeituosas comprometeram as qualidades essenciais do produto, diminuindo-lhe, dessarte, o respectivo valor.

Parece-me inteiramente desarrazoado exigir da Autora – que contratou na convicção de estar adquirindo um bem de altíssima qualidade tecnológica, como, aliás, apregoam as milionárias campanhas publicitárias empreendidas pela fabricante e sua rede de concessionárias, para depois submeter-se a uma situação psíquica de profundo desgosto e frustração – permanecer com um produto seriamente comprometido em suas qualidades básicas, mormente após esgotado o prazo previsto no parágrafo primeiro do art. 18, do Código do Consumidor.

Por outro lado, como autorizado pela regra gizada no art. 18, parágrafo primeiro, inc. II, desse mesmo diploma legal, é legítimo à Autora haver perdas e danos, em decorrência daquilo que efetivamente perdeu por efeito direto do consumo do produto viciado. Essas perdas e danos compreendem, **in casu**, indenização pelas despesas efetuadas pela Autora com seguro do veículo viciado, emplacamento e licenciamento do mesmo, bem como diárias de hotel pela permanência forçada na cidade de Curitiba-PR e aluguel de táxi para

locomoção durante os dias em que o automotor se encontrava entregue a oficinas autorizadas para consertos.

Não deve ser confundida a devolução da quantia paga atualizada, quando da rescisão do negócio jurídico, por vício do produto, com a indenização oriunda de danos ao consumidor. Isto porque, como anota ARRUDA ALVIM, “o fato do produto trazer em si a idéia de indenização por quaisquer perdas e danos (art. 12, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor), enquanto que o vício implica em direito à sanção do mesmo ou no seu lugar, alternativamente, às possibilidades dos incisos I a III, do parágrafo primeiro, deste art. 18” (ob. cit., pág. 150).

Doutra parte, impende notar que na espécie dos autos está perfeitamente caracterizado, como elemento constitutivo da responsabilidade civil, o nexo de causalidade entre o vício do produto e os prejuízos experimentados pela Autora.

Isto posto, JULGO PROCEDENTE o pedido prefacial formulado pela Autora e, em consequência, com fulcro na regra erigida no art. 18, parágrafo primeiro, inc. II, da Lei nº 8.078/90, considerada a opção eleita pela consumidora, ao tempo em que decreto a rescisão do negócio jurídico, condeno as Rés (solidariedade civil passiva) a restituírem àquela a quantia paga para a aquisição do produto (veículo automotor descrito e caracterizado nos autos), monetariamente atualizada, a partir do respectivo desembolso, acrescida de juros de mora de 6% a.a., a contar da citação inicial.

Condeno as Rés, outrossim, a restituir à Autora, monetariamente corrigido a partir dos respectivos pagamentos, tudo que esta desembolsou com seguro,

emplacamento e licenciamento do veículo objeto da lide e as diárias de hotel na cidade de Curitiba-PR (desde que documentalmente comprovadas), bem como as despesas com os alugueres de táxi para locomoção nesta capital ao tempo em que o automóvel viciado esteve confiado a oficinas autorizadas para os serviços reclamados (v. art. 18, parágrafo primeiro, inc. II, última figura, Lei nº 8.078/90), esclarecido que esta última verba deverá ser depurada mediante liquidação por arbitramento, incidindo, por igual, juros de mora de 6% a. a., a partir da citação.

Arçarão as Rés, ainda, em homenagem ao princípio do sucumbimento, com o pagamento das custas processuais adiantadas pela parte autora e da verba honorária advocatícia, esta arbitrada em 20% sobre o total da condenação.

Custas *ex lege*, já satisfeitas por antecipação.

Recife, 22 de agosto de 1996.

Jorge Américo Pereira de Lira
Juiz de Direito

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO LEGISLATIVO. CÂMARA MUNICIPAL

Processo Cível nº 5 7 8 4 / 8 9

Mandado de Segurança

Impetrantes: José Carlos de França Lima, Artur da Silva Rêgo, José Hélio Barbosa Barros, Lucila Mercês Medeiros Silva, Jânio Fernando Piacó da Silva, Manoel Veiga de Lira Filho, Sizino Ferreira Lima Neto, José Vanildo da Silva, Gilberto Aguiar Interaminense e Jucilete Maria Gomes Cavalcanti.

Advogado: Bel. Glauco de Almeida Gonçalves

Impetrado: A Câmara Municipal do Município do Surubim

SENTENÇA

Vistos etc.

José Carlos de França Lima, brasileiro, casado, médico, atualmente exercendo a função de Vice-Prefeito do Município; **Artur da Silva Rêgo**, brasileiro, casado; **José Hélio Barbosa Barros**, brasileiro, casado; **Lucila Mercês Medeiros Silva**, brasileira, casada; **Jânio Fernando Piacó da Silva**, brasileiro, casado; **Manoel Veiga de Lira Filho**, brasileiro, casado; **Sizino Ferreira Lima Neto**, brasileiro, casado; **José Vanildo da Silva**, brasileiro, casado; **Gilberto Aguiar Interaminense**, brasileiro, casado e **Jucilete Maria Gomes Cavalcanti**, brasileira, viúva; todos vereadores no exercício constitucional de mandato eletivo na Câmara Municipal do Surubim, devidamente representados por Advogado constituído, com amparo nas dis-

posições dos artigos 5º, *caput*; 5º inc. LXIX; art. 37 *caput* e 37 inc XV da Constituição Federal de 05.10.1988, c/c o artigo 1º da Lei 1533 de 27.12.51, admitido o procedimento especial da lei referida, impetram “**MANDADO DE SEGURANÇA**” objetivando anular ato resolutivo de fixação de vencimentos e subsídios pela legislatura anterior para a atual, da Câmara de Surubim, representada hoje pelo seu Presidente, Vereador Cacildo de Souza Borba.

Articula, no petitório prefacial do **MANDAMUS**, o seguinte:

a) Que a Câmara Municipal do Surubim era constituída na legislatura anterior por nove vereadores, passando para dez na atual, dos quais apenas foi reeleita a Vereadora Lucila Mercês Medeiros Silva.

b) Que após se reunirem apenas dezoito (18) vezes no ano de 1988, e em data de 27.12.88, no apogeu de seus mandatos, os vereadores da legislatura anterior que não lograram êxito na reeleição, por maioria de votos, em ato de resolução de puro revanchismo político, valendo-se de disposição constitucional, de má-fé, com caráter personalista e imoral, em flagrante ofensa ao art. 37 da Constituição Federal, fixaram, vencimentos e subsídios para a legislatura seguinte, recém eleita e ainda não empossada naquela data, **reduzindo-os**, ou seja: o Prefeito que na legislatura anterior percebia NCZ\$ 2.294,00 (dois mil duzentos e noventa e quatro cruzados novos), pela Resolução passou a perceber NCZ\$ 468,00

(quatrocentos e sessenta e oito cruzados novos). O Vice-Prefeito que percebia NCZ\$ 1.147,00 (Hum mil cento e quarenta e sete cruzados novos), passou para NCZ\$ 108,00 (cento e oito cruzados novos) e assim sucessivamente, reduzindo também o dos vereadores impetrantes para NCZ\$ 200,00 (duzentos cruzados novos) de subsídio, parte fixa e variável.

c) Que a única vereadora reeleita para a atual legislatura, **Lucila Mercês Medeiros Silva**, absteve-se de votar o que também aconteceu com o então vereador **Luiz Antônio Medeiros**, que não foi CANDIDATO e, recebendo ainda a Resolução, voto contrário do vereador **José Augusto Cavalcanti de Farias**, que também não concorreu ao último pleito.

d) Objetiva-se anular a Resolução nº 0001/88 que fixou a remuneração do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, pela legislatura anterior para a atual, em ofensa aos princípios constitucionais do art. 37 da IMPERSONALIDADE, MORALIDADE, IGUALDADE E IRREDUTIBILIDADE de vencimentos que devem nortear os atos da Administração Pública.

Instruíram o pedido com os seguintes documentos:

1. Cópia autenticada da Ata da 18ª Reunião Ordinária do 4º período legislativo da Câmara em data de 27.12.88;

2. Certidão da Ata do item anterior fornecida pela Secretaria da Câmara;

3. Cópia autêntica da Tabela de Remuneração de Prefeitos e Vice-Prefeitos, elaborada pela FIAM com os critérios e limites estabelecidos na Lei 9.198/82; alterada pelas Leis nºs 9.322/83, 9.775/85 e Lei nº 9.909 de 28.10.86.

As informações foram prestadas no prazo legal e a Impetrada, em resumo aduziu:

I - Que em 27.12.88 às 20:00 horas, teve lugar a 18ª Reunião Ordinária do quarto período legislativo da Câmara Municipal do Surubim, com a presença dos senhores vereadores: **Gilvan Arruda de Souza** (Presidente), **Joacir Arruda**, **Lucila Mercês Medeiros Silva**, **Estanislau João de Santana**, **José Luiz de Lima**, **José Augusto Cavalcanti de Farias** e **Luiz Antônio Medeiros**, ocupando as 1ª e 2ª secretarias os vereadores **Paulo Antonio de Lima** e **José Geraldo Pereira**.

II - Foi apresentado Projeto de Resolução que dispõe sobre as remunerações de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores deste município que vigorarão durante o período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1992, fixado da seguinte maneira: A remuneração mensal do prefeito será constituída de vencimento fixado em NCZ\$ 360,00 (trezentos e sessenta cruzados novos) e de representação que terá o valor de 30% do seu vencimento perfazendo o valor de NCZ\$ 468,00 (quatrocentos e sessenta e oito cruzados novos).

O Vice-Prefeito será remunerado, e o valor de sua remuneração mensal será idêntico ao da representação fixado para o Prefeito no valor de NCZ\$ 108,00 (cento e oito cruzados novos). O Vereador será remunerado mensalmente sob a forma de subsídios, parte fixa e variável, sendo a primeira de NCZ\$ 100,00 (cem cruzados novos) e a segunda no mesmo valor, totalizando o valor de NCZ\$ 200,00 (duzentos cruzados novos). Ao Presidente da Câmara será atribuída uma verba de representação mensal, cujo valor será igual a 50% de seu subsídio.

III - O referido Projeto de Resolução obteve a seguinte votação: vereadores favoráveis: **Paulo Antonio de Lima**, **José Luiz de Lima**, **José Geraldo Pereira**, **Joacir Arruda** e **Estanislau João de Santana**.

voto contrário: Vereador **José Augusto Cavalcanti de Farias**.

Abstenções: Vereadores **Luiz Antônio Medeiros** e **Lucila Mercês Medeiros Silva**.

Ressalta por fim o informante que os vereadores que votaram favoráveis à Resolução foram os que não lograram êxito na reeleição do último pleito.

Dentro do prazo que lhe é facultado, o Órgão do Ministério Público emitiu parecer de notável conhecimento, favorável à concessão do WRIT, na conformidade dos sólidos e bem cuidados argumentos que desenvolveu em síntese diz o Eminent Promotor em seu excelente parecer que a AUTONOMIA consagrada pelo art. 29, V, da CF atribui à Câmara Municipal competência para fixar a remuneração do Prefeito, Vice-Pre-

feito e dos Vereadores de uma legislatura para a outra não é matéria nova, pois a Emenda Constitucional nº 01/69, em seu artigo 15 parágrafo 2º, já atribuía esta competência nos limites e critérios da Lei complementar em relação aos vereadores e a remuneração do Prefeito e Vice-Prefeito era regulada pela Lei Orgânica dos Municípios, (Decreto Lei nº 285/70). O que a novel Constituição Federal de 05.10.88, fez foi ampliar a autonomia das Câmaras atribuindo-lhes competência para fixar não apenas os próprios vencimentos, mas também o do Prefeito e Vice. Anteriormente, as Leis nºs 9.198/82, 9.322/83, 9.775/85 e 9.909/86, dividia o Estado em grupos de municípios, obedecendo os critérios de população e com essa regra fixavam os vencimentos do Prefeito e do Vice. Por essa legislação, o Prefeito Municipal de cidades do porte de Surubim, compreendidas no **GRUPO "D"**, com população entre 50.000 e 100.000 habitantes, percebia em dezembro de 1988, a remuneração equivalente a NCZ\$ 2.294,00, sendo NCZ\$ 1.147,00 de subsídio acrescido de representação de igual valor, cabendo ao Vice-Prefeito igual valor concernente à representação do Prefeito. Ao apagar de seus mandatos, vereadores da legislatura anterior que não lograram êxito na reeleição, aproveitando-se da ampla autonomia do artigo 29, inc. V da CF., fixaram vencimentos e subsídios para a legislatura seguinte bem inferiores aos seus o que chega a ferir até a princípio isonômico e praticando até casuísmo ao reduzirem o valor da representação para 30% quando a regra é atribuir representação em igual percentual ao vencimento. Por outro lado, pela Ata que foi juntada, a Câmara Municipal do Surubim, reuniu-se ordinariamente apenas 18 vezes afrontando a norma do artigo 17 e seu parágrafo único do Dec. Lei nº 285/70, disci-

plinando que a Câmara Municipal reunir-se-á ordinariamente em quatro períodos legislativos anuais, sendo que em cada um deles, haverá, no mínimo cinco e no máximo trinta sessões. Dessa forma, os vereadores da legislatura anterior deixaram de realizar duas sessões ordinárias, tendo encerrado seus trabalhos na 18ª reunião em que votaram, apressadamente, Resolução de grande importância para a nova legislatura que não poderia ser aprovada sem os pareceres das Comissões, numa única Sessão, a não ser que fosse subscrita pela totalidade dos seus membros, o que não aconteceu.

Contados e Preparados, ultimara-me os Autos conclusos. É o relatório. Passo a avaliar e decidir:

O artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal de 05.10.88, regrou definição mais conclusiva ao mandado de segurança que a prescrição do artigo 1º, da Lei nº 1533 de 31.12.51.

“Conceder-se-á MANDADO de Segurança para proteger **direito líquido e certo**, não amparado por **Habeas Corpus** ou **Habeas Data**, quando o responsável **pela ilegalidade ou abuso de poder** for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.”

O objeto do Mandado de Segurança será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo de Direito Individual, líquido e certo.

Direito Individual, para fins de Mandado de Segurança é o Direito próprio de quem invoca e que legitima a impetração. **Direito Líquido e Certo** é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da

impetração. É o Direito comprovado de plano que por esse motivo não autoriza instrução probatória no Mandado de Segurança. O Direito subjetivo do impetrante pode ser privado ou público, exclusivo ou pertencente a vários titulares, o que se exige é que o impetrante passa exercê-lo individualmente.

A segurança é requerida pelos atuais Vereadores e Vice-Prefeito do Município, objetivando anular ato de Resolução nº 001/88, da legislatura anterior da Câmara Municipal do Surubim vigente para a atual legislatura e no qual foi fixada a remuneração do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, em valores bem inferiores aos percebidos pelos vereadores que votaram e aprovaram, por maioria, a Resolução, já no apagar de seus mandatos, para os quais não conseguiram se reeleger.

O mandamus foi impetrado dentro do prazo do artigo 18 da Lei nº 1533/51, e os Impetrantes detêm legítimo interesse, pois são as pessoas, em razão do cargo, atingidas pela Resolução.

Com efeito, tratando-se a Resolução de Ato legislativo da Câmara Municipal, fixando vencimento de uma para outra legislatura em cumprimento à competência e autonomia que lhe foram consagradas pelo artigo 29, V, da Constituição Federal de 05.10.88, resta pois, situar o Direito Líquido e Certo dos Impetrantes para pleitearem o WRIT.

A princípio, aflora dos Autos, que a Resolução tem cunho de legalidade por tratar-se de Ato vinculado a competência consagrada pela Constituição às Câmaras Municipais. Mas não é bem assim que se apresenta este caso.

Não se admite MANDADO DE SEGURANÇA contra atos meramente normativos (lei em tese), con-

tra a coisa julgada e concreta os interna CORPORIS de Órgãos Colegiados. E a razão é óbvia para essa restrição: As leis e os decretos gerais, enquanto normas abstratas, são INSUSCETÍVEIS de lesar direitos individuais; a coisa julgada só é invalidável por Ação Rescisória (CPC, art. 485 e STF, súmula 268); e os interna CORPORIS, se realmente o forem, não se sujeitam à correção judicial. Somente as Leis, Decretos e Deliberações legislativas convertidas de norma abstrata em ato concreto, tornam-se passíveis de Mandados de Segurança pois o objeto normal do mandamus é o ato Administrativo específico.

Por Deliberações legislativas, atacáveis por Mandado de Segurança, Leciona Hely Lopes Meirelles (in MANDADO de Segurança e Ação Popular-8ª Ed. ampliada – Editora Revista dos Tribunais – São Paulo – 1982), “entendem-se as decisões do plenário ou da mesa ofensiva de Direito Individual de terceiros, dos membros da Corporação, das Comissões ou da própria mesa, no uso de suas atribuições e prerrogativas institucionais. As Câmaras Legislativas não estão dispensadas da observância da Constituição, da lei em geral, e do Regimento Interno em especial. A tramitação e a forma dos atos legislativos, são sempre vinculados às normas legais que os regem; a discricionariedade ou soberania dos corpos legislativos só se apresenta na escolha do conteúdo da lei, nas opções da votação e nas questões internas *corporis* de sua organização representativa. Nesses Atos, Resoluções ou Decretos legislativos caberá a segurança, quando ofensivas de direito individual público ou privado do impetrante, como caberá também contra a aprovação de lei, pela Câmara, ou sanção, pelo executivo, com infringência do processo legislativo pertinente, tendo legitimidade para a

impetração tanto o lesado pela aplicação da norma ilegalmente elaborada, quanto o parlamentar prejudicado no seu direito público subjetivo de votá-la regularmente. “No dizer de Castro Nunes” o ato legislativo pode ser objeto do mandado de segurança quando argúda sua inconstitucionalidade, em cuja execução é ele praticado. (Luiz Machado Guimarães, comentário ao Código de Processo civil, vol. IV, pág. 337).

O artigo 29, V, da Constituição, dá competência à Câmara Municipal, pois, de fixar, através de “Deliberação Legislativa” Resolução sobre os vencimentos de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador a vigorar na legislatura seguinte, mas esse ato é vinculado e não pode reduzir vencimentos ou subsídios, como aconteceu em virtude da vedação constitucional contida no artigo 37, V, da CF que dispõe:

“Os vencimentos dos servidores públicos, civis e militares, são irredutíveis...”

Assim sendo, se a competência da Câmara de fixar os vencimentos da legislatura seguinte é uma consagração no Direito Constitucional, a convenção da norma abstrata em ato concreto, reduzindo-se vencimentos, representação e subsídios torna-se um ato específico ofensivo ao princípio da legalidade e, portanto, inconstitucional que merece ser reparado pela concessão do *WRIT*.

Antônio Tito Costa doutrina: “ao intérprete da lei não será difícil, diante da situação concreta, avançar um entendimento que, embora não possa coadunar-se com a sua letra, ajustar-se-á, sem dúvida, ao seu espírito”. E é o caso, senão vejamos: Os vereadores da legislatura anterior que votaram e aprovaram a Resolução 001/88, não lograram êxito na disputa pela reeleição e ao apagar de seus mandatos, em 27.12.88,

data posterior ao pleito eleitoral quando os novos vereadores, eleitos, já estavam diplomados, resolveram numa única e apressada sessão deliberar sobre os vencimentos da legislatura seguinte, reduzindo vencimentos, representação, subsídios, denotando assim, puro revanchismo político, valendo-se de permissivo constitucional. Permissa Vênia, a medida foi esdrúxula e caracterizadora de abuso de poder, denotando despreparo para o cargo gerando pois Direito Líquido e Certo dos Impetrantes que foram penalizados com seus vencimentos reduzidos e com certeza não tinham culpa de terem sido escolhidos pelo povo para representá-lo na legislatura seguinte.. Se a intenção daqueles que aprovaram a Resolução reduzindo vencimentos foi a bem da moralidade pública, atentaram contra eles próprios. Por que assim não resolveram em data anterior ao pleito eleitoral? Por que a legislatura anterior, que não cumpriu o número mínimo de sessões previstas no parágrafo único do artigo 17 do Dec.Lei nº 285/70, aprovou por maioria, apressadamente, sem os pareceres das Comissões, a Resolução que tomou o nº 001/88?

Não tenho o menor fragmento de incerteza de que a Resolução tomada nessas circunstâncias caracteriza-se como ato de puro revanche político e nesse esteio, exsurge o Direito Líquido e Certo dos Impetrantes, resultado de Deliberação legislativa com base na Constituição mas inconstitucional por ofensiva ao princípio da legalidade. Atos políticos dessa natureza, mesmo que praticados com imediato fundamento constitucional, porém desbordado dela, sujeita-se ao controle da legalidade pelo mandamus, por lesar direito individual líquido e certo. Merece ser reparado.

Essa é também a linha de raciocínio do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco em sua Decisão nº 199/89, publicada no diário Oficial do Estado nº 78 de 29.04.89, no Processo nº TC 1372/89 – respondendo a consulta formulada pelo Prefeito Municipal do Moreno sobre a remuneração de vereadores, decidindo responder ao consultante que: “tendo, na presente legislatura, a Câmara Municipal anulado Resolução baixada pela legislatura anterior, relativa à remuneração dos vereadores na atual legislatura, sob o argumento de que o respectivo processo de elaboração legislativa foi eivado de vícios insanáveis, pela Ausência de pareceres prévios de comissões técnicas, tal como previsto no Regimento Interno, cabe ao Poder Judiciário, se provocado, e não ao Tribunal de Contas, responder sobre a legalidade da referida Decisão.

Forçoso é reconhecer, no entanto, que se a Deliberação legislativa fosse resolvida sem denotar revanchismo político e dentro da legalidade constitucional, fixando-se os vencimentos do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, pelo menos nos mesmos padrões vigentes na legislatura anterior, o ato legislativo não seria passível de apreciação judicial, mas no momento em que tornado ato concreto ofensivo a Direito consitucional ele é nulo e deve merecer o socorro reclamado.

Face ao exposto, julgo procedente o Mandado de Segurança em favor dos impetrantes, concedendo-o, para anular como anulo a Resolução nº 001/88, da legislatura anterior da Câmara Municipal do Surubim, que fixou a redução dos vencimentos, representação e subsídios, ao Arrepio da legalidade constitucional, do Prefeito, Vice- Prefeito e Vereadores, tornando sem efeito os atos por ela alcançados e produzidos.

Nos termos do parágrafo único do art. 12 da Lei 1533/51, combinado com o parágrafo único do artigo 475 do Código de Processo Civil, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, após decorrido o prazo para recurso voluntário, cumpridas as formalidades de praxe.

A decisão em Mandado de Segurança tem caráter mandamental e dispõe de auto-executoriedade provisória, vez que não ofenda à regra da lei 4348/64, e o recurso de ofício tem apenas efeito devolutivo.

Oficie-se ao Exmo. Senhor Vereador Presidente da Câmara municipal do Surubim, juntando cópia da presente Decisão para seu conhecimento, fazendo entrega pelo senhor Oficial de Justiça, mediante recibo.

Condeno a Câmara Municipal do Surubim, assegurando o direito de Ação regressiva contra os vereadores da legislatura anterior, nas custas deste processo, bem como em honorários advocatícios que fixo em 10% do valor atribuído à causa.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se

Em Surubim-PE., 10 de maio de 1989

a)Bel.

Fernando Cerqueira Norberto dos Santos
Juiz de Direito

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. PROCESSO DE ARROLAMENTO. IMPOSTO CAUSA MORTIS

Dr. Leopoldo de Arruda Raposo
Juiz de Direito da 1ª Vara de Sucessões e
Registros. Públicos da Capital e Professor de
Direito Civil da Esmape

Decisão interlocutória

Trata-se de apelação interposta pela Fazenda do Estado em processo de inventário sob a forma de arrolamento sumário.

Muito embora recebido o recurso, reexaminando os pressupostos de sua admissibilidade, *ex vi* da regra gizada pelo art. 518, parágrafo único, do Código de Processo Civil, não conheço da apelação interposta pela Fazenda Pública e nego-lhe seguimento.

É que, não apenas para propor ação como também para interpor recurso, faz-se necessário ter interesse e legitimidade.

No caso presente, tratando-se de arrolamento sumário, não integra a Fazenda do Estado a relação processual. Sequer tem ela vista dos autos.

A propósito tem a jurisprudência proclamado:

“Em processo de arrolamento, não cabe vista à Fazenda Pública” (RJTJESP 94/267).

“Não se dá vista, no arrolamento, à Fazenda Pública. Qualquer questão fiscal deve ser tratada na esfera administrativa” (RF 286/275).

Ora, se não participa da relação processual, sequer recebe os autos com vista, não se apresenta à Fazenda do Estado com legitimidade e interesse para interpor recurso.

Dispõe o art. 499 do Código de Processo Civil, que o recurso pode ser interposto pela parte vencida.

Portanto, legitimada para recorrer é a parte vencida.

“A parte que não foi condenada não pode recorrer” (RF 244/51).

“Só pode recorrer quem é vencido no pleito, isto é, quem sucumbe no todo ou em parte” (in Alexandre de Paula, O Processo Civil à Luz da Jurisprudência, nº 8.996).

Com efeito, não sendo parte não tem legitimidade para recorrer. A parte vencida sim. Esta é a regra.

Mas o Código também permite que o terceiro prejudicado apresente o seu recurso. Necessário se faz, contudo, segundo a doutrina e a jurisprudência, que o terceiro prejudicado demonstre que o ato decisório impugnável tenha-lhe causado algum prejuízo.

Ensina Moacyr Amaral Santos que “terceiro prejudicado, com qualidade para recorrer, é todo aquele, estranho à relação processual por ocasião do ato decisório, a quem este causou prejuízo”.

Por seu turno, tem a jurisprudência afirmado com ênfase:

“Para que fique caracterizado o direito de terceiro recorrer, é mister sejam demonstrados, desde logo, a legitimidade de seu direito e a prova do prejuízo” (RF 227/196).

“Em princípio pode recorrer como terceiro quem tenha sofrido qualquer gravame com a decisão independentemente de sua natureza. Torna-se necessária,

porém, a prova do prejuízo, não bastando a simples alegação de tê-lo sofrido" (Adcoas, 1981, nº 81.037).

Como se vê, é do prejuízo advindo do ato decisório que nascem para o terceiro o interesse e o direito para impugnar o ato. Daí a denominação: recurso de terceiro prejudicado.

Na hipótese dos autos, de procedimento sob a forma de arrolamento sumário, o ato de homologação da partilha não acarreta qualquer prejuízo para a Fazenda, pois não deixará ela de receber o tributo *causa mortis* que lhe é devido. O pagamento do tributo no entanto, *ex vi* da regra do art. 1.034 do CPC, dar-se-á na esfera administrativa, não ficando a autoridade fazendária adstrita ao valor que os herdeiros atribuírem aos bens para fins de partilha.

Com efeito, em que pese o respeito e o brilho da inteligência dos dignos Representantes da Fazenda, afigura-se desenganadamente improcedente o entendimento gizado pelo Fisco Estadual que fundamenta o seu recurso esgrimindo no arrolamento sumário o prévio pagamento do imposto devido de transmissão *causa mortis*, sem cujo recolhimento não pode a partilha amigável ser homologada por sentença.

Saliente-se, por oportuno, que o Código de Processo Civil é claro, expresso e taxativo ao dispor em seu art. 1.034 que:

No arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio.

Nos termos previstos no parágrafo segundo da precitada regra, o imposto de transmissão será objeto

de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não ficando a autoridade fazendária, repita-se, adstrita aos valores dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros.

Prescreve ainda o Código de Processo, em seu art. 1.031:

"A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos do art. 1.773 do Código Civil, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos arts. 1.032 a 1.035 desta lei."

Ao dispor que a partilha será homologada mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, refere-se o aludido artigo aos débitos anteriores à abertura da sucessão, e não aos decorrentes desta por ser fato gerador de nova tributação.

A propósito, interpretando o art. 1.031 do Código de Processo Civil, diz a Dra. Maria Berenice Dias Freire, Juíza de Direito em Porto Alegre/RS, no seu trabalho intitulado: "Considerações sobre o Arrolamento em face da Lei 7.019, de 31.08.82":

"Refere-se o artigo *sub examen* a necessidade da prova de quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, reproduzindo a exigência do art. 192 do CTN. Tais comprovantes, que buscam tão só dar certeza da disponibilidde plena dos bens do *de cuius*, referem-se somente aos débitos tributários existentes anteriores da abertura da sucessão, e não aos decorrentes desta, que é fato gerador de nova tributação, como o imposto de transmissão *causa mortis*, segundo o disposto no parágrafo único do art. 35 do CTN".

Diz mais a insigne Juíza:

“Com efeito, tendo em conta que o art. 1.034 expressamente afasta da apreciação judicial o lançamento, pagamento ou quitação da taxa judiciária e dos tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio, em não se adotar a compreensão acima exposta para o art. 1.031, forçoso seria o reconhecimento de evidente contradição entre este último dispositivo e o art. 1.034, o que parece inadmissível em face do § 2º, do mesmo art. 1.034, que estabelece a forma de lançamento e cobrança do imposto de transmissão”.

Em seus Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IX, 4ª ed. Forense, pág. 196 e 198, assevera Hamilton de Moraes e Barros que: “A Lei nº 7.019/82 excluiu a intervenção do Fisco nos procedimentos de arrolamento e a prova exigida pelo art. 1.031 se refere a débitos tributários existentes antes da abertura da sucessão.”

Pelo art. 1.031, por conseguinte, deverão os herdeiros instruir o processo com as certidões negativas de débitos anteriores à abertura da sucessão, isto é, com a certidão dos débitos municipais concernentes ao Imposto Predial e Territorial Urbano (tratando-se de imóvel urbano) e do Imposto Territorial Rural (tratando-se de imóvel rural), bem assim a certidão negativa de débito do Imposto de Renda, excluindo-se a prova de pagamento ou quitação do imposto de transmissão.

E nesta linha de entendimento é que têm os Tribunais decidido.

Trago a lume jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná publicada na RT nº 587/167-178, cuja ementa tem o seguinte teor:

“INVENTÁRIO – Quitação de impostos federais e estaduais – Exigência judicial – Matéria não apreci-

ável – Inteligência da Lei 7.019/82 – Processo com rito de arrolamento – Aplicação do art. 1.034 do CPC (AI 173/83 – 1ª C. – rel. Des Zeferino Krukoski)”.

Ao proferir o seu voto, assim se manifestou o Des. Relator:

“A exigência primeira é somente quanto ao imposto predial e territorial urbano – IPTU e imposto de renda, excluindo a lei a prova dos tributos resultantes da transmissão, seja causa mortis ou inter vivos”.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, assim decidiu:

Segundo a regra do art. 1.034, caput e seu § 2º do CPC, não impede a homologação da partilha no inventário, sob a forma de arrolamento, a falta de comprovação do recolhimento do ITBI. É facultada à Fazenda Pública Estadual o lançamento do tributo, na forma administrativa, como dispuser a legislação tributária (AI 25.423-9 1ª T. Julg. em 18.09.90, rel. Des. Rubens Berbonzi Bossay, in RT 670/153).

A anterior redação do art. 1.035 do CPC expressamente exigia o prévio recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis*. Hoje, porém, face à Lei nº 7.019/82, passou a matéria a ser regulada pelos arts. 1.031 a 1.035 do Código de Processo. Com a modificação, pela qual se introduziu a forma simplificada de se proceder ao inventário e à partilha dos bens da herança, não mais prevê o Código o pagamento ou quitação do imposto de transmissão, seja *causa mortis* ou *inter vivos*, para que os herdeiros possam obter a prestação jurisdicional almejada, isto é, a homologação da partilha.

Daf dizer Sérgio Sahione Fadel, in Código de Processo Civil Comentado, Forense, 6ª ed., p. 214:

“Não há, pois, necessidade de ser feita prova, no processo de inventário e partilha, do pagamento des-

ses tributos, não podendo o juiz exigir sua prova como condição para homologar a partilha”.

Desse modo, uma vez homologada a partilha e extraído o respectivo formal ou a carta de adjudicação, a quitação do tributo dar-se-á na esfera administrativa, devendo o Sr. Oficial do Registro Imobiliário proceder à transcrição do título no álbum registral, somente, quando atendidas todas as obrigações tributárias pelo pagamento, mediante procedimento administrativo próprio, do imposto de transmissão *causa mortis* e, se for o caso, também do *inter vivos*.

É ainda dos escólios de Hamilton Moraes e Silva:

“Extraído o formal de partilha ou carta de adjudicação, deverá o título ser levado à repartição lançadora para, em processo administrativo, proceder à constituição do crédito tributário e ao seu pagamento” (op. cit. pág. 196).

A Fazenda do Estado, no entretanto, invoca a regra gizada pelo art. 192 do Código Tributário Nacional para defender a sua injustificada tese no sentido de que subordina a lei à homologação da partilha ao prévio pagamento do imposto de transmissão *causa mortis*.

A propósito, se não reconhece a Fazenda que o art. 1.031 do CPC reproduz, no dizer da Dra. Maria Berenice Dias Freire, a exigência do art. 192 do CTN, não se pode admitir possível a incidência da regra do art. 192 do CTN às hipóteses de procedimento de inventário sob a forma de arrolamento sumário.

Estabelece o art. 192 do Código Tributário Nacional que nenhuma sentença de julgamento de partilha será proferida sem a **quitação** dos tributos incidentes sobre os bens do espólio.

Ora, como quitação entende-se o ato pelo qual o devedor fica inteiramente exonerado da obrigação, não assistindo ao credor qualquer outra exigência futura porque foi o devedor liberado de todo e qualquer pagamento acerca da obrigação.

Na terminologia fiscal a quitação é a prova integral do pagamento dos impostos a que se está sujeito.

Assim sendo, no inventário sob a forma de arrolamento sumário não há de se cogitar em **quitação** do imposto de transmissão antes de homologada a partilha. Antes de proferida a sentença de homologação da partilha não exige o Código sequer o **pagamento** desse imposto, muito menos a **quitação** dessa obrigação tributária.

Outro pressuposto determinante, necessário e suficiente à incidência da regra gizada pelo art. 192 do CTN, é a existência de uma sentença de julgamento de partilha, pois estabelece expressamente a precitada regra que “...**nenhuma sentença de julgamento de partilha será proferida sem a quitação dos tributos incidentes sobre os bens do espólio.**”

Sabe-se que no arrolamento sumário não há sentença de julgamento de partilha. A sentença proferida em autos de arrolamento sumário é sentença homologatória, sempre.

Afeia-se afirmar julgamento de partilha amigável. Partilha amigável não se julga, mas se homologa. A partilha amigável é homologável porque celebrada entre partes *inter volentes*, que querem a mesma coisa, que têm a mesma pretensão. De modo diverso, a sentença que julga a partilha está a decidir sobre matéria em que há litigiosidade, e dá-se *inter nolentes*, isto é, entre pessoas de querer oposto.

A regra do art. 192 do CTN aplica-se, efetivamente, aos processos de inventário sob a forma tradi-

cional ou solene, nos quais é feita a avaliação dos bens do espólio, confeccionados os cálculos do tributo e, somente após a quitação (e não simples pagamento) do imposto de transmissão é que se procede ao julgamento da partilha e não à homologação desta.

Diferentemente do que entende a Fazenda, não regulou a Lei Estadual nº 10.260/89, em seu art. 20, o imposto sobre transmissão *causa mortis* nos processos de arrolamento sumário, cuja regra não estabelece que a partilha amigável somente será homologada mediante o prévio atendimento da obrigação tributária. O mencionado dispositivo, conforme se infere do seu teor, aplica-se aos procedimentos de inventário em que se profere sentença de julgamento de partilha e não sentença homologatória de partilha amigável.

De outra parte, não obstante o elevado poder de persuasão de seus ilustres Representantes, não prospera o argumento esposado pela Fazenda no sentido de que, sem o recolhimento prévio do tributo, se tornaria difícil arrecadar qualquer valor referente ao imposto de transmissão *causa mortis*, haja vista que freqüentes são os casos em que, após a partilha, o imóvel deixa de ser registrado no intuito de se burlar o recolhimento desse imposto, e, tratando-se de bem móvel, restaria impossível o controle pelo Fisco do respectivo pagamento.

Devo dizer, a esse respeito, que os presentes autos tratam de um processo de inventário sob a forma de arrolamento sumário, em que foi homologada por sentença uma partilha de **bens imóveis** e não móveis. Ademais, uma vez homologada a partilha e cientificado o Fisco, caberá a este proceder aos lançamentos administrativos para fins de constituição do crédito tributário, sua exigibilidade e cobrança, processando-se esta, pelos meios próprios e legais. Aliás, a atividade admi-

nistrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, *ex vi* do art. 141, parágrafo único, do CTN.

Cabe considerar, de resto, inexistindo por parte da Fazenda suscitação quanto à ausência de prova da quitação dos tributos anteriores à abertura da sucessão, relativos aos bens do espólio e às suas rendas, há, quanto a essa matéria, o trânsito em julgado, valendo ressaltar que, conforme consta da sentença apelada, deferiu este Juízo a exibição das certidões negativas de débitos para a fase de registro do título no competente Cartório do Registro Imobiliário.

Conclusivamente, a tese defendida pela Fazenda, no recurso que interpôs carecedor de interesse e legitimidade, implica, na prática, afastar a possibilidade de aplicação do arrolamento sumário, cujo procedimento foi instituído pela Lei nº 7.019/82 com a finalidade de dar celeridade e simplicidade aos processos de inventário.

Isto posto, não demonstrando o Fisco o prejuízo que lhe adveio em decorrência da sentença que homologou a partilha de bens imóveis (e não móveis), celebrada entre herdeiros maiores e capazes, não é de se conhecer da apelação que interpôs, nem dar-lhe seguimento.

É como decido.

Intime-se a Fazenda do Estado.

Leopoldo de Arruda Raposo
Juiz de Direito

ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO – ESMAPE EM 96.1

- **05/02/96** – Início do Curso de Preparação à Magistratura Comum – turma 96.1.
 - Início do Curso de Preparação à Magistratura Trabalho – turma 96.1.
 - Reinício da turma 95.2
 - Reinício da turma 95.1
 - Retomada do Curso de Francês : Módulos I, II e Especial.
- **09/02/96** – Reunião do Conselho Técnico-Pedagógico da ESMAPE, aprovando as alterações encaminhadas pela diretoria recém-empossada no currículo e no conteúdo programático das disciplinas do Curso de Preparação à Magistratura, bem como estabelecendo as diretrizes para o ano letivo/96.
- **15/02/96** – Palestra proferida pelo advogado RAIMUNDO GOMES DE BARROS sobre o tema “ Aspectos Introdutórios no Direito do Consumidor ”, às 20:00 hs., na Sala 1 da ESMAPE.
- **04 a 08/03/96** – IV Semana de Atualização Jurídica, realizada no auditório G2 da Universidade Católica de Pernambuco -UNICAP, a qual contou com a participação de 355 (trezentos e cinquenta e cinco) inscrites, dentre profissionais e estudantes.
- **13/03/96** – Aula Inaugural proferida pelo PROF. ROMUALDO MARQUES, às 19:00 hs, na Sala 1 da Esmape.

- **21/03/96** – Seminário de Estrutura sobre as Infrações de Menor Potencial Ofensivo previstas na Lei nº 9.099/95, destinado aos Juizes Estaduais de 1ª e 2ª Entrâncias.
- **30/03/96** – Curso de Sentença para os candidatos habilitados à realização da prova prática no concurso público para provimento do cargo de Juiz Substituto de 1ª Entrância do Estado de Pernambuco. Orientadores: Des. Macedo Malta e Juizes Roberto Ferreira Lins e Jorge Américo Pereira de Lira.
- **17/04/96** – Palestra proferida pelo juiz norte-americano CARLOS BEA sobre o tema “Mecanismos Alternativos de Disputa em Tribunais”, às 19: 00 hs., na Sala 1 da Esmape.
- **18/04/96** – Palestra proferida pelo juiz norte-americano CARLOS BEA sobre o tema “Gerência de Tribunais – Assistência Legal por parte do Estado”, às 9:00 hs., na Sala 1 da Esmape.
- **25/04/96** – Palestra proferida pelo jurista italiano GIUSEPPE BEVENUTTI sobre o tema “Juízo Arbitral na Itália”, às 19:00 hs., na Sala 1 da Esmape.
- **27 a 31/04/96** – Curso de Aperfeiçoamento na Atividade Judicante, destinado aos juizes estaduais em processo de vitaliciamento.
- **16/05/96** – Palestra proferida pelo Des. ANTÔNIO MACEDO MALTA, sobre as inovações introduzidas no Código de Processo Civil no processo de cognição e em matéria de recursos.
- **16 e 17/05/96** – Palestras proferidas pelos juristas norte-americanos PAUL E. MASON e FREDERICK WOODBRIDGE sobre o tema “Arbitragem Internacional Cível e Comercial”, às 19:00 hs., na Sala 1 da Esmape.
- **20/05/96** – Lançamento do Edital de Inscrição para o Curso de Atualização em Língua Portuguesa.

- **20/05/96** – Lançamento do Edital de Inscrição para o Curso de Latim Jurídico.
- **20/05/96** – Lançamento do Edital de Inscrição para o Curso de Direito em Vídeo – Módulo I : Processo Civil.
- **23/05/96** – Celebração de Convênio de Cooperação Técnica com a UNIVERSIDADE DE PERNAMBUCO – UPE, tendo por objeto a realização do exame seletivo 01/96.
- **05/06/96** – Lançamento do número I da REVISTA DA ESMAPE, no Salão Nobre do Tribunal de Justiça de Pernambuco.
- **13 a 15/06/96** – Realização do III SIMPÓSIO DE DIREITO PROCESSUAL, no Auditório do Hotel do Sol, na cidade de Caruaru-PE.
- **22/06/96** – Divulgação da Relação de Aprovados no Exame Seletivo para Ingresso na ESMAPE no Curso de Preparação à Magistratura Comum e do Trabalho.
- **02 a 04/08/96** – Realização do ENCONTRO DE MAGISTRADOS DO SERTÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO, em parceria com o Tribunal de Justiça do Estado e Associação dos Magistrados do Estado de Pernambuco – AMEPE, no auditório do Hotel Castelinho, na cidade de Salgueiro – PE.
- **08/08/96** – Lançamento do livro “JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS – COMENTÁRIOS À LEI Nº 9.099/95”, de autoria do Juiz DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO, Coordenador dos Cursos de Deontologia, Atualização e Aperfeiçoamento de Magistrados da ESMAPE, onde leciona a disciplina Direito do Consumidor.
- **26 a 30/08/96** – Realização da V SEMANA DE ATUALIZAÇÃO JURÍDICA, realizada no auditório G2 da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

- **12 a 14/09/96** – Realização do ENCONTRO DE MAGISTRADOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO, em parceria com a Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Pernambuco, na Praia de Serrambi -PE.
- **21/09/96** – Curso Preparatório ao Concurso para Provedimento do Cargo de Promotor de Justiça Substituto do Estado – Com 180 h/a, duração de dois meses, das 08:00 às 11:30 hs., diariamente, na Sala I da ESMAPE.
- **30/09/96** – Palestra proferida pelo jurista norte-americano GERALD SCHUR sobre o tema “Desenvolvimento, Operação e Administração de Programa de Segurança de Testemunhas e Informantes”, às 19:00 hs., na Sala I da ESMAPE.
- **17/10/96** – Palestra proferida pelo advogado e Coordenador Nacional da “Operação Arbitrer” Dr. PETRÔNIO R. V. MUNIZ, sobre o tema “A Arbitragem no Direito Positivo Brasileiro – Lei nº 9.307 de 23.09.96 (“Lei Marco Maciel”)”, às 19:00 hs., na Sala I da ESMAPE.
- **22/10/96** – Palestra proferida pelo Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª Região Dr. LÁZARO GUIMARÃES sobre o tema “Internet: Comunicação e Pesquisa ao Alcance do Magistrado”, às 19:00 hs. Na Sala I da ESMAPE.
- **25 a 27/10/96** – Realização do ENCONTRO DE MAGISTRADOS DA MATA SUL DO ESTADO DE PERNAMBUCO, em parceria com o Tribunal de Justiça do Estado e Associação dos Magistrados do Estado de Pernambuco-AMEPE, na cidade de Tamandaré-PE.

norma só é válida se for justa) e H. Kelsen (para quem o direito apenas “é a norma”, a questão está apenas em saber se a norma está no campo da existência, da validade e da eficácia.).

O estar, uma norma, no campo da existência, da validade e da eficácia é que confere à regra de direito o seu caráter principal, tal seja: o de dar **certeza** às relações e, Via de consequência, conferir, ao Direito o poder de ser previsível. Isto, ressalvo, entretanto, como diria um físico, “nas CNTP”, ou seja, nas condições normais de temperatura e pressão – o que, neste mundo, deixa de acontecer no Brasil, onde, graças ao atual administrador público, “habitué” em alterar as “regras do jogo no curso do mesmo” faz com que o Brasil tenha a insegurança do direito aplicado como uma tônica subtraída, pois a esse Direito, seu caráter essencial do binômio CERTEZA/PREVISIBILIDADE. Mas isso vai passar, como quer a própria evolução histórica... Pena que tal situação se contraponha, faticamente, àquilo que se encontra insculpido no art. 1º da Constituição Federal – que tem a veleidade de rotular o Brasil como “**Estado Democrático de Direito**”, quando longe está de sê-lo, sendo mais prudentes os Legisladores constitucionais anteriores que definiam o Brasil, a exemplo da própria Emenda Constitucional nº 1 de 1969, como **República Federativa**, constituída, sob regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.

Essa questão da INCERTEZA e da IMPREVISIBILIDADE, inaugurada no Governo SARNEY, agravada no Governo COLLOR – principalmente pelo uso abusivo desse instrumento despótico criado pelo Constituinte de 1988 chamado MEDIDA PROVISÓRIA – e alcançando seu clímax no atual faz com que a Nação

comece a, sentindo a legitimação vinda do caos, em cada esquina, em cada praça, em cada rua de uma cidade, a trazer a lume um direito ectópico, tanto em sua formatividade como na aplicação do mesmo, o que se me afigura extremamente perigoso posto que se concretizam poderes paralelos. Um de Direito e outro de fato, a pretenderem gerenciar os destinos desse Brasil e, vai daí, buscam justificar um “direito” que vai surgindo, que vai ser aplicado imediatamente ao fato social que o gerou e, o que é grave, muitas das vezes com colidência a normas de Direito formalmente posto as quais são existentes válidos e eficazes e que, por isto, não tem que ceder espaço a um “direito” perigosamente espúrio. Ainda que o Direito formalmente posto seja lento e, por lento, em descompasso com o fato social o qual, pela via do “direito alternativo” e do “direito achado na rua” teria, por assim dizer, o seu “pronto atendimento”. (Quero, neste ponto deixar patente que não é a lentidão exagerada do processo legislativo cotejada com a velocidade do “pronto atendimento alternativo” que são o *leit motiv* das preocupações de que se revestem estas linhas e sim o que há nos bastidores de tudo isto, e que é o grande responsável pelo surgimento de formas anômalas de direito: o Congresso Nacional – ou melhor, grande parcela de seus componentes – que não legisla a contento, não atende ao fato social e mostra-se muito mais voltado para seus próprios interesses, o que já se constitui em tradição que vem do tempo dos “jetons” o que leva o deputado a faltar às sessões normais – que lhes eram pagas, fosse ou não à câmara – comparecendo, todavia, às extraordinárias, quando receberia os seus “jetons” por essa participação “extraordinária”.)

Para os apologistas desse “Direito achado na rua” tudo nele se justifica. Procuram demonstrar, inclusive, que a legitimidade é circunstância inerente e agridem a toda uma Doutrina secularmente assentada, espancam toda uma Teoria Geral de Direito e, numa suma, levam o jurista desavisado a ter de começar para DESAPRENDER o Direito para poder aceitar o direito achado na rua (De fato, ou se desprende o Direito ou não se consegue admitir essas formas de “normatização”, se assim pode ser chamado tal fenômeno de algo de caráter dogmático). Assim é que analisemos o Direito Regular e o Direito achado na rua e vamos perceber que, com todas as mazelas daquele, ainda é ele que confere às relações e, se isto não está a ocorrer neste momento, a culpa é do sistema – melhor, das pessoas nele envolvidas – nunca ao Direito...

Em realidade, ao examinarmos os escritos acerca do chamado “direito achado na rua”, não é difícil verificar que o direito ali colocado distancia-se do Direito que tem procurado servir à sociedade com sua dogmática, suas normas jurídicas com suas características próprias e cujo conjunto dessas características bem definem o que seja esse Direito tradicional e que sempre serviu para o refazimento da Paz Social, seu primacial objetivo. Assim é que o Direito (suas normas) apresenta características cujo conjunto é mais que suficiente para o definir e delimitar: a norma jurídica é dotada de exterioridade o que significa dizer que, diferentemente do campo da Moral, que parte da consideração das intenções, a norma jurídica tem o seu centro de gravidade na exteriorização dessas intenções. A norma jurídica é heterônoma (heteronomia é um fator externo de convencimento) no sentido de que é exte-

rior porque sua validade emana e decorre da coletividade em que o agente se integra, sendo ela independente da opinião desse agente. O Direito é heterônomo no sentido individual e autônomo no sentido grupal. A norma jurídica é dotada de alteridade – também elemento que a distingue das demais – segundo a qual o indivíduo é colocado diante de todos os demais, tenha ele o pensamento que tiver. Do ponto de vista formal as normas de Direito são dotadas de IMPERATIVIDADE, GENERALIDADE, CONDICIONALIDADE e sem alguma dessas qualidades a norma não será jurídica. (Ver, como referencial: “Filosofia do Direito”, MIGUEL REALE)

Segundo proposta dos criadores do chamado “Direito Achado na Rua”, trata-se de inserção “na conjuntura de luta social e de crítica teórica, como pensamento alternativo, heterodoxo e não conformistas, voltado para a formulação de uma concepção jurídica de transformação social”, tratando-se “de uma leitura dialética do fenômeno jurídico, cuja captação se dá num plano alargado de sua manifestação postivada, isto é, a partir da realidade plural de múltiplos ordenamentos sociais e do aparecer de seus respectivos projetos de organização política. “Em tal medida se explica ou se justifica que se fale num “poder popular legítimo e soberano” e que a partir daí – ao arrepiio de uma estrutura secularmente assentada e que é boa para os fins a que se destina – ruins são os homens que ocupam os espaços dessa estrutura e que, preocupados consigo mesmos, com locupletarem-se, não cumprem seus verdadeiros papéis e, por isso mesmo, melhor pensarem em formas de, utilizando elementos do Direito formalmente posto, cobrar dos que descumprem seus papéis

o fiel cumprimento de suas obrigações e deveres, tal como recentemente, a partir da eclosão dos “Cara-Pintadas” nas ruas e nas praças públicas, um Presidente da República, que longe estava dos anseios da massa de governados foi alijado do Poder com os elementos do Ordenamento positivado (bastando usá-lo sem distorções e com propósitos sem ambigüidades...).

A aceitação de um “Direito Achado na Rua” pode sugerir o estabelecimento de uma situação indesejável de choque com o Ordenamento regular. Tal choque não pode ocorrer, sob pena de, padecendo a Ordem Jurídica, sofrá a nação. Admitir esse “Direito Achado na Rua”, que muito tem de anárquico, é concordar não se sabe com quais tipos de ideologias e aceitar o exercício do “Direito de Mão Própria” quando, em realidade o que se deve fazer é cobrar dos poderes do Estado, através daqueles que os exercem, a postura que melhor se adequa às finalidades do Estado que é a de propiciar, através do governante a felicidade de seu povo e de sua Nação. Os instrumentos, dá-lhes o Direito Posto... (Neste ponto, é de se lembrar o discurso de Colucio Salutati em seu “*O direito de resistência*” quando assevera que “não só uma parte do povo, mas qualquer cidadão particular pode impunemente resistir a quem quiser, fazer-se tirano, esmagando sem piedade um tal monstro com as armas e com o sangue.” – Esta tendência radical é assustadora, deve ser rejeitada e substituída pelo uso regular dos próprios elementos de que dispõe o Direito para por cobro a esta ou àquela situação. Ademais, demonstra claramente a que ponto pode chegar o Estado por conta de certas ideologias.)

Ao cuidar do “Direito de Morar”, por exemplo, os apologistas desse “Direito Achado na Rua” asseve-

ram que “a reivindicação do Direito de Morar emerge da mobilização e da organização das ações comunitárias orientadas em movimentos de resistência contra a ação repressiva configurada na derrubada dos barracos” – o que decorre do entendimento e da admissão, no espaço social, da existência de outros direitos que não são exclusivamente os postos pela ação do Estado” (Claro que Direito deve vir do Estado, através de um de seus Poderes – O Legislativo, que, por sinal é composto por representantes dos Cidadãos que, se curtem as agruras de Leis ruins foi por que não souberam exercitar o direito de escolha de representantes através do voto).

O contexto geral dessa Introdução Crítica ao Direito nos leva a entender que o linchamento, face ao Direito formalmente posto, é crime, se legitima.

O entusiasmo de alguns por esse “Direito Achado na Rua” deve ser refreado. Tal “Direito” poderá, com certeza, ser manipulado por certas ideologias. A Ordem Jurídica brasileira é, no geral, boa, exequível. A questão são os homens que a orientam – seja a nível de Poder Legislativo, de Judiciário ou de Executivo. A ação corretiva, aí sim, poderá ser intentada, com os próprios meios que o Direito oferece, tais sejam: o exercício do voto, o uso do Direito de Ação... Use-se, de forma acertada tais meios e o “Direito Achado na Rua” e evitar-se-ão desnecessários choques que podem – e, com certeza não de fazê-lo – colocar em risco a proposta (apesar do que se encontra insculpido no art. 1º da Constituição Federal) de que o Brasil venha realmente (ainda não o é...) a ser um ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO e não será com os choques emergentes desse “Direito das Ruas” que isso irá

acontecer. Direito de muitas ideologias, o “das ruas” jamais concretizará aquela CERTEZA que é fundamental ao Direito e seu caráter eminentemente polêmico não contribuirá com um nada para o estabelecimento da PAZ SOCIAL.

Vão nossos pontos de vista, neste tema para meditação sobre os destinos do Direito no Brasil.

O DIREITO PENAL MILITAR E A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO

DA INSIGNIFICÂNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Ricardo de Brito A. P. Freitas

Mestre em Direito Público – Procurador da Justiça Federal Militar – Ex-juiz de Direito do Estado de PE. – Prof. de Direito Penal da UFPE e da ESMAPE

Sumário

1. Introdução - 2. O conceito de bem jurídico - 3. O Princípio da Insignificância - 4. O Direito Penal Militar e o Princípio da Insignificância (conclusão).

1. Introdução

A existência de um Ministério Público realmente atuante no campo criminal não implica absolutamente, como sabemos, vestir a roupagem do acusador implacável e sistemático, sequioso de ver processar, lograr condenações e penas as mais elevadas possíveis. Na atualidade, nenhuma dúvida resta de que o papel do Ministério Público deve voltar-se para a valorização da justiça, represente ela a condenação ou a absolvição do acusado. Neste sentido, é cediço, nada impede que o representante do Ministério Público requeira a absolvição do réu ou a desclassificação do delito a ele imputado.¹ Nada obsta, também, a que se deixe de

¹ "em geral o povo faz idéia errada do promotor, identificando-o não raro com o acusador implacável, imagem estereotipada, que, ao lado da do promotor do júri, muitos ligam à instituição (...). Antes de mais nada, incorreta a idéia do promotor público eterno acusador, pois que tem plena liberdade de consciência para pedir a condenação ou a

oferecer denúncia quando ausentes os seus pressupostos, para requerer o arquivamento dos autos do inquérito. Esta é a visão contemporânea do papel do Ministério Público, plenamente interiorizada por seus integrantes. Neste pequeno trabalho procuro refletir, à luz do exposto, sobre a posição do Ministério Público frente às situações possíveis de aplicação do denominado princípio da insignificância, pleno de implicações, mas, ainda, tão pouco estudado pela doutrina.²

Desde logo, esclareço não ter qualquer pretensão de esgotar o tema, tarefa impossível ante à multiplicidade de questões que teriam de ser enfrentadas e as escassas qualidades analíticas do autor. Isto posto, avulta, como qualidade única deste pequeno texto, a tentativa de contribuir para estimular a reflexão do assunto entre meus pares.

2. O Conceito de Bem Jurídico.

A norma penal existe com a finalidade de proteger determinados bens, os chamados bens jurídicos.

absolvição - fato este que parece desconhecer a população em geral. Não raro, do mesmo modo que sustenta a condenação criminal de um réu que acredita culpado, o promotor lança seu parecer em prol da absolvição do acusado cuja inocência o convenceu; outras tantas, recorre ou impetra um *habeas corpus* em seu favor, como fizemos concretamete em nossa vida funcional (...). O promotor deve ter zelo pela justiça e não pela condenação. Caminha na séria deformação profissional e pessoal o promotor quando não mais pensa assim, ou quando nem mesmo percebe que inverteu o sentido de seu trabalho" (Mazzili, Hugo Nigro; REGIME JURÍDICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO; pág.32).

² Poucos teóricos brasileiros do Direito Penal debruçaram-se com profundidade sobre o exame do princípio da insignificância. Existe um único livro dedicado exclusivamente ao tema, por sinal com edição já esgotada. Os estudiosos estrangeiros sim, porém suas obras mostram-se, em seu conjunto, de difícil acesso no Brasil.

Como sabemos, o Direito pretende regular a conduta humana, protegendo determinados bens e interesses de modo a assegurar a vida em sociedade. Essa proteção é viabilizada pela ameaça de impor sanções ao comportamento desviante que se revela perigoso à coexistência social por ameaçar ou lesar bens e interesses. Mas nem todas as sanções voltadas para a proteção de bens são jurídicas. As sanções possuem natureza variada e correspondem aos diversos tipos de violação das regras que permitem a convivência em sociedade. Sendo assim, a infringência a um preceito moral implica a aplicação de uma pena de natureza moral que se materializa nas críticas e censuras provenientes da coletividade e dirigidas ao infrator. A sanção moral objetiva o arrependimento daquele que desrespeitou a regra de moral para que, tomado pelo remorso, não volte a descumpri-la. Do mesmo modo, existem sanções aplicáveis a quem descumpre normas de caráter religioso ou normas de uso social. As sanções não-jurídicas, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, desempenham um importante papel na regulação das condutas individuais, chegando sua aplicação em algumas situações, raras decerto, a apresentar maior eficácia na função de controle social do que as próprias sanções jurídicas.

Caracterizam-se as sanções jurídicas por serem organizadas e predeterminadas. Organizadas porque não provêm difusamente da sociedade e sim, pelo menos na maioria dos casos, do Estado. Predeterminadas por serem estabelecidas com anterioridade em relação à violação da norma protetora do bem jurídico, de modo a enunciar as hipóteses da sua aplicação e dos seus efeitos. Mas, talvez a principal característica da sanção jurídica seja o seu caráter coercível que permite

sua aplicação coativa, conferindo-lhe maior rigor e segurança na produção dos seus efeitos. Mostra-se, assim, na maioria dos casos, mais eficaz a sanção jurídica que a sanção moral, por exemplo.

As sanções jurídicas encontram-se previstas em todos os ramos do Direito Público e do Privado. Quando o comportamento desviante atinge ou ameaça atingir bens jurídicos de elevadíssima importância e, por isso mesmo, carentes de uma maior proteção, é o Direito Penal o ramo do Direito encarregado de zelar pela sua integridade. Isto se explica pela natureza da sanção penal, dotada de um caráter mais gravoso que a sanção civil ou administrativa. O caráter especialmente aflitivo da sanção penal revela-se sobretudo na possibilidade de imposição das chamadas penas privativas de liberdade. Explica-se, assim, a necessidade da existência do Direito Penal pela insuficiência dos outros ramos do Direito em proteger os mais valiosos bens jurídicos existentes.³

³ Segundo Francisco de Assis Toledo, "bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais" (PRINCÍPIOS BÁSICOS DE DIREITO PENAL; pág.17). Ensina Aníbal Bruno que "o fato que se apresenta como contrário à norma de Direito, porque ofende ou põe em perigo o objeto de sua proteção, forma o ilícito jurídico, cuja espécie mais grave é o ilícito penal, que viola as mais fundamentais entre as leis da convivência. É este ilícito que se concretiza nos chamados fatos puníveis - crimes e contravenções. Compreende-se, então, que o Estado se arme contra esses fatos com a mais severa das sanções, que é a pena, e procure, por meio dessa e de outras medidas, combatê-los, prevenindo-os ou reprimindo-os, por necessidade de defesa social. Defesa que se resolve, em suma, na proteção de bens jurídicos essenciais, de condição que a vida coletiva reclama que sejam respeitadas e por isso recebem a tutela do Direito" (DIREITO PENAL; pág.25).

Saliente-se que os bens jurídicos, resguardados pelo Direito Penal, possuem, ao lado da individual, uma dimensão coletiva, ou seja, eles não são garantidos apenas por serem valiosos para o seu titular, mas, porque sua proteção é vista como necessária por toda a sociedade. Jamais o Direito Penal garantiria a integridade do patrimônio de um indivíduo se inexistisse um sentimento coletivo de que a proteção das coisas é relevante e merecedora de especiais cuidados. Quando a norma incriminadora prevê determinada pena a quem ofender à integridade física de outrem, não pretende com isso atentar apenas para o interesse do ofendido, mas estender o manto de sua influência sobre a sociedade toda, de modo a cumprir a sua função preventiva e exemplar, atemorizando os possíveis delinquentes e fazendo o infrator enxergar que, voltando a delinquir, sofrerá os rigores da lei. Desse modo, o Direito Penal cumpre a sua finalidade, pois protege um bem jurídico valioso e, mais amplamente, defende a sociedade, proporcionando segurança aos membros da coletividade. Exerce, assim, a função política de garantir a integridade da sociedade organizada em forma de Estado. Nesse sentido, afirma Aníbal Bruno:

"O fim do Direito Penal é, portanto, a **defesa da sociedade pela proteção dos bens jurídicos fundamentais** como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública, etc., entendendo-se por bem jurídico, conforme o conceito de Von Liszt, tudo o que pode satisfazer uma necessidade humana e, nesse sentido, é tutelado pelo Direito. **São interesses fundamentais do indivíduo e da sociedade, que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes elevam à catego-**

ria de bens jurídicos, julgando-os merecedores da tutela do Direito, ou, em particular, da tutela mais severa do Direito Penal. Interesses de valor permanente, como a vida, a liberdade, a honra; ou variável, segundo a estrutura da sociedade ou as concepções de vida em determinado momento.”⁴ (grifos nossos).

E é justamente porque o Direito Penal não protege todos os bens jurídicos, mas, apenas os essenciais que a doutrina afirma ter ele um **caráter fragmentário**.⁵

3. O Princípio da Insignificância.

Segundo Diomar Ackel Filho, o princípio da insignificância é “aquele que permite infirmar a tipicidade dos fatos que, por sua inexpressividade constituem ações de bagatela, despidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois, como irrelevantes. A tais ações, falta o juízo de censura penal.”⁶ Temos assim a noção de que os fatos inexpressivos, insignificantes, são destituídos de reprovabilidade, o que exclui a tipicidade, descaracterizando-os como crimes.⁷ E é essa a concepção predominante na doutrina. O simples fato da norma penal proteger determinado bem jurídico torna-o, em princípio, relevante. Porém, graças ao prin-

⁴ Bruno, Aníbal; Op.Cit.; págs. 28/30.

⁵ ver, por exemplo, Mirabete, Júlio Fabbrini; MANUAL DE DIREITO PENAL; pág. 23.

⁶ Princípio da Insignificância: Geringfügigkeits Prinzip no idioma alemão. Ackel Filho, Diomar; *O Princípio da Insignificância no Direito Penal*; pág. 73.

⁷ Diz Heleno Cláudio Fragoso que “desde logo se deve excluir do sistema penal a denominada criminalidade de bagatela e os fatos puníveis que se situam puramente na ordem moral. A intervenção punitiva só se legitima para assegurar a ordem externa.” LIÇÕES DE DIREITO PENAL; pág. 03.

cípio da insignificância, permite-se ao Judiciário e ao Ministério Público renunciar ao *jus accusationis e ao jus perseguendi in judicio*, desde que a lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido pela lei penal não tenha ocorrido, ou, mesmo na hipótese de ter ocorrido, revele-se muito pequena. Por tal razão, afirma Carlos Frederico Pereira que, “se a lesão não existe ou é insignificante, o tipo penal não se configura”, concluindo que “não se concebe a existência do crime se não há ofensa ao bem jurídico.”⁸

Esclareça-se que, independentemente da insignificância da lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico no campo penal, em nada obsta ao agente suportar as conseqüências de sua conduta no plano civil ou administrativo, por exemplo.

A finalidade do princípio da insignificância é a de evitar a prática de injustiças decorrentes de uma aplicação rígida da lei, quando a ação não acarretar qualquer conseqüência em termos penais. Mesmo aparentemente típica, na medida em que haveria formalmente uma adequação completa do fato ao tipo penal, a conduta do agente, em face do princípio da insignificância, não seria criminosa. Sendo irrelevante o resultado, em termos substantivos, por não ter sido afetado de modo significativo o bem jurídico, estaria excluída a tipicidade. A respeito, saliente-se o entendimento doutrinário no sentido de que o tipo “possui conteúdo material, incluindo aí o bem jurídico e a necessidade de que a ação humana seja apta a lesioná-lo sem o que não haverá tipicidade (tipo do injusto).”⁹

⁸ Pereira, Carlos Frederico; *O Conceito de Bem Jurídico e o Princípio da Insignificância*; pág. 50.

⁹ Toledo, Francisco de Assis, Apud Pereira, Carlos Frederico; Op.Cit.; pág. 49.

Exemplifica Mirabete, elencando situações em que estaria excluída a tipicidade da conduta em face do princípio da insignificância:

“Não há crime de dano ou furto quando a coisa alheia não tem qualquer significação para o proprietário da coisa; não existe contrabando na posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, que não cause uma lesão de certa expressão para o fisco; não há peculato quando o servidor público se apropria de ninharias do Estado (folhas de papel, caneta esferográfica etc.); não há crime contra a honra quando não se afeta significativamente a dignidade, a reputação, a honra de outrem; não há lesão corporal em pequenos danos à integridade física; não há maus tratos quando não se ocasiona prejuízo considerável ao bem-estar corporal; não há corrupção passiva quando o funcionário aceita um “mimo” de pequena expressão econômica, etc.”¹⁰

Observe-se ainda que a doutrina, apesar de enfocar predominantemente a insignificância sob o prisma da tipicidade, também a encara como causa que afasta a antijuridicidade. Ackel Filho, por exemplo, classifica a insignificância em absoluta e relativa. A primeira excluiria a tipicidade em virtude do fato ser ínfimo, inexistindo, assim, a reprovabilidade. Na segunda o fato insignificante seria formalmente típico, o que ensejaria a exclusão da antijuridicidade.¹¹

¹⁰ Mirabete, Júlio Fabbrini; Op.Cit.; págs. 113 e 114. Também jurisprudência coligida por Diomar Ackel Filho; Op.Cit.; págs. 94 e 95.

¹¹ Ackel Filho, Diomar; Op.Cit.; pág. 76. Pereira, Carlos Eduardo; Op.Cit.; pág. 50. “A insignificância no tipo indiciário se manifesta, como visto de regra na antijuridicidade material, pois é esta que contém o bem jurídico e exige sua lesão e acima de tudo que seja significativa, sem o que não se poderá conceber a existência de crime.”

Carlos Ismar Baraldi menciona algumas posturas teóricas que favorecem, à descriminalização das condutas, dentre elas, a teoria da adequação social de Welzel.

De fato, a teoria da adequação social possui vários pontos de contato com o princípio da insignificância. Cito apenas dois, por possuírem maior relevo para este trabalho.

A idéia força da teoria da adequação social é a de que existe um espaço de liberdade social onde a atividade do indivíduo é considerada lícita. Daí, pode-se dizer que “ações socialmente adequadas significam ações que, não contrastando com as exigências, os aspectos, as características, os fins da vida social num determinado momento histórico, não deveriam ser considerados como correspondentes a uma abstrata espécie delituosa, ainda se formalmente a ela pudessem ser reportadas.”¹²

Seriam condutas que, independentemente de serem exemplares, estariam inseridas no âmbito da liberdade conferida aos indivíduos pela sociedade.¹³

Assim, em face da adequação social, certas condutas aparentemente típicas, na verdade, não o são. De passagem, merece menção o fato de Welzel ter reformulado posteriormente a teoria da adequação so-

¹² Bettiol, Giuseppe; DIREITO PENAL. vol. 1.; págs. 353 e 354.

¹³ Francisco de Assis Toledo diz que “podem as condutas socialmente adequadas não ser modelares, de um ponto de vista ético. Delas se exige apenas que se situem dentro da moldura do comportamento permitido ou, na expressão textual de Welzel, dentro do quadro de liberdade da ação social (... im Rahmen der sozialen Handlungsfreiheit), o que, em última análise, como bem observa Mir Puig, se reduz a esta afirmação apodítica: ‘não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto’”. Toledo, Francisco de Assis; Op.Cit.; pág. 132.

cial, entendendo que a ação socialmente adequada impediria apenas a tipicidade de desempenhar o papel de indício da antijuridicidade.

A primeira semelhança entre as teorias da adequação social e da insignificância reside no fato de que ambas constituem pauta de conduta para a interpretação realizada pelo profissional do Direito. A respeito, entende a doutrina que o princípio da insignificância, do mesmo modo que a ação socialmente adequada, deve “ser adotado no Direito pátrio como regra de interpretação pelo juiz, desde o despacho de recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa, até a sentença final.”¹⁴ Assim, sugere Ackel Filho, nas hipóteses em que a insignificância seja relativa, “como há tipicidade, pode-se invocar a analogia *in bonam partem* para integrar a norma penal, como mais uma causa de exclusão da antijuridicidade, decretando-se a absolvição.”¹⁵

A segunda semelhança relevante para este pequeno trabalho decorre do fato de que a teoria da adequação social, assim como o princípio da insignificância, também exclui o caráter criminoso de certos fatos penalmente irrelevantes, desde que a sociedade considere-os não-reprováveis do ponto de vista criminal. Com relação a essa característica da teoria da adequação social, discorre Bettiol:

“A Welzel parece que toda esta série de hipóteses pode ser tranqüilamente eliminada do âmbito do direito penal mesmo para fins de um exame meramente formal. **Não já porque de minimus o penalista não se interessa**, mas porque as ações aventadas podem ser consideradas como ações não típicas: **sob a abs-**

¹⁴ Baraldi, Carlos Ismar; *Teoria da Insignificância Penal*; pág. 36.

¹⁵ Ackel Filho, Diomar; Op. Cit.; pág. 76.

trata espécie delituosa legal deveriam em verdade recair apenas aquelas ações que constituem verdadeira aberração do significado que a ação humana normalmente admite num determinado momento e num dado ambiente social.”¹⁶

Aí reside a segunda semelhança. Um fato insignificante é, necessariamente, socialmente adequado. Já um fato significativamente lesivo pode ou não sê-lo. No que tange à relação existente entre um fato insignificante e a posição da sociedade a seu respeito, afirma Baraldi: “**essas espécies de delito insignificantes, sem nenhum interesse para a sociedade**, deixam de ser condutas típicas, pela adoção deste princípio, aplicado pelo juiz como regra de interpretação.”¹⁷

4. O Direito Penal Militar e o Princípio da Insignificância.

Por sua própria natureza o princípio da insignificância exige especiais cuidados na sua utilização como regra de hermenêutica.

O princípio da insignificância é construção doutrinária que tem sido acolhida pelos tribunais. Assim, em nosso país, é sobretudo a jurisprudência que vem alicerçando as decisões da 1ª instância quanto à utilização do referido princípio. Desse modo, é de reconhecer-se a inexistência de qualquer contribuição de caráter dogmático na construção de uma prática de sua aplicação.¹⁸

¹⁶ Bettiol, Giuseppe; Op. Cit.; págs. 353 e 354.

¹⁷ Baraldi, Carlos Ismar; Op. Cit.; pág. 43.

¹⁸ Ackel Filho aconselha: “deve-se agir com cautela, considerando-se insignificante aquilo que realmente o é, sob contemplação objetiva. Em tal particular, o intérprete deve se louvar no critério do *homo medius* para considerar o que razoavelmente pode ser tido como delito de bagatela”. Op. Cit., pág. 75.

A repercussão do problema acima descrito revela-se na possibilidade do surgimento de decisões judiciais díspares e contraditórias além do normal. Aquilo que, em princípio, é natural no mundo jurídico, pluralidade razoável de interpretações do Direito, corre o risco de tornar a norma penal volúvel no desempenho do papel de proteção de bens jurídicos relevantes. Neste sentido, a aplicação do princípio da insignificância por parte de membros do Ministério Público e da Magistratura Militar, mesmo não devendo ser descartada já que possui inegável utilidade na concretização da justiça, deve atentar para alguns aspectos que consideramos especialmente importantes.

Desde logo, é a própria realidade concernente ao funcionamento da Justiça Militar Federal que nos leva a crer que o princípio da insignificância pode ser melhor aplicado em sua esfera do que no âmbito da Justiça Militar Estadual e Justiças Comuns Estadual e Federal. Ao contrário destas últimas, a Justiça Militar Federal lida com um número bem mais adequado de processos. Um dos argumentos que vem sendo utilizado para justificar o uso indiscriminado do princípio da insignificância é precisamente a excessiva carga de trabalho representada por centenas e, às vezes, milhares de processos que tramitam nas varas do Judiciário como um todo. Diante de problema de tal magnitude, torna-se grande a tentação de não enfrentar situações onde ocorrem lesões menos graves, sobretudo, a bens jurídicos de menor importância na escala das leis penais. Desse modo, aplica-se inadequadamente, o princípio recorrendo a uma justificativa de inegável importância prática: o acúmulo de processos. Tal risco não corre a Justiça Militar Federal por encontrarem-se juízes e membros do Ministério Público em melhores condi-

ções de trabalho para analisarem, satisfatoriamente, os fatos à luz do princípio da insignificância.

Por outro lado, o princípio da insignificância encontra-se, a meu ver, limitado muitas vezes pela própria norma penal. Daí não poder ser utilizado *contra legem*. Nessa hipótese, resta apenas ao operador do Direito o uso alternativo do Direito caso entenda poder fazê-lo. Nos crimes leves, por sua própria natureza, é grande o impulso de se aplicar, automaticamente, o princípio da insignificância, o que nos parece inadequado. Nos crimes que prevêm a repressão à prática de lesões leves por sua própria natureza, lesões de pequena gravidade cuja prática o próprio legislador optou punir através da criação de norma penal incriminadora, não nos parece cabível a utilização do princípio da insignificância, por tal motivo, sob pena dos aplicadores do Direito passarem também a criá-lo, tornando-se legisladores de fato. Prevista expressamente lesão levíssima a bem jurídico protegido pela norma penal, logo, bem jurídico valioso em maior ou menor grau, cabe tão-somente a aplicação da pena nos moldes estabelecidos em lei. Nada mais. Neste sentido, deve-se resistir ao impulso de confundir lesão levíssima ao bem jurídico, prevista em lei, como passível de redundar em punição a seu autor e lesão insignificante, abrangida pelo princípio da insignificância e, por isso mesmo, atípica.

Para uma correta aplicação do princípio da insignificância no âmbito da Justiça Militar deve-se atentar, também, para as peculiaridades dessa justiça especial.

A lei penal militar possui importantes diferenças em relação à da lei penal comum. Decorrem tais diferenças da condição de militar da maioria dos seus des-

tinatários. A norma penal militar é, em geral, mais rigorosa que a norma penal comum. Tal característica decorre do fato de possuir um conteúdo eminentemente disciplinar, o que não ocorre com as leis penais comuns. A natureza disciplinar das sanções penais existentes no Código Penal Militar está presente, sobretudo, mas não apenas, nos crimes propriamente militares, ou seja, naqueles que só por militares podem ser praticados. Mas, também, os crimes impropriamente militares possuem igualmente, mesmo de forma secundária, um conteúdo disciplinar na medida em que podem vir a ser praticados por pessoas investidas na condição de militar. A importância do caráter disciplinar das sanções previstas no Código Penal Militar é ressaltada por toda a doutrina. Vejam-se, como exemplo, Sílvio Martins Teixeira e Jorge Alberto Romeiro, cujos comentários, sobre esta matéria, tomo a liberdade de transcrevê-los a seguir:

“No rol e na definição dos crimes propriamente militares, procuramos atender, sobretudo, à necessidade do fortalecimento da hierarquia e da disciplina”.¹⁹

“A preservação dessa ordem jurídica militar, onde preponderam **a hierarquia e a disciplina**, exige obviamente do Estado, minando a seus possíveis violadores, um elenco de sanções de naturezas diversas, de acordo com os diferentes bens tutelados: administrativas, disciplinares, **penais**, etc.” (grifos nossos).²⁰

Por força de sua especial natureza, o Direito Penal Militar obriga a aplicação do princípio da insignificância com maior parcimônia. Condutas que podem

¹⁹ Teixeira, Sílvio Martins; NOVO CÓDIGO PENAL MILITAR DO BRASIL; pág. 25.

²⁰ Romeiro, Jorge Alberto; CURSO DE DIREITO PENAL MILITAR: Parte Geral; pág. 1.

ser consideradas “de bagatela” perante o Direito Penal Comum não o são perante o Direito Penal Militar justamente pela necessidade de manutenção da disciplina e hierarquia militares. Desrespeitando-se a hierarquia através da aplicação errônea ou açodada do princípio da insignificância, o aplicador da lei estará estimulando futuras condutas desobedientes por parte do infrator, terminando por vulnerar as próprias instituições militares, afetando-as na capacidade de cumprir eficazmente o seu papel constitucional.

São inúmeros os exemplos de condutas, socialmente aceitáveis fora dos quartéis, lesando de modo insignificante certos bens jurídicos, merecerem a reprovabilidade das leis penais militares. O delito capitulado no art. 157, “caput”, do Código Penal Militar, por exemplo, define a forma simples de “violência contra superior”. Na legislação penal comum, o referido delito, salvo melhor juízo, corresponde à contravenção penal prevista no art. 21: “praticar vias de fato contra alguém”. Diante da necessidade de manutenção da hierarquia militar e da disciplina nos quartéis, é evidente que a aplicação do princípio da insignificância, na hipótese de infringência do preceito contido no art. 157, “caput” do Código Penal Militar, será bem mais difícil que diante de condutas como as previstas no art. 21 da LCP. No mesmo sentido a prática de lesões corporais levíssimas, tais como as que importem em escoriações insignificantes ou pequeníssimas contusões, provocadas dolosamente podendo ser objeto de análise, sob o princípio da insignificância no Direito Penal Comum, não o será facilmente à luz do Direito Penal Militar sem que acarrete conseqüências danosas do ponto de vista da hierarquia e disciplina militares. No mesmo sentido outros delitos como desacato, de-

sobediência, etc. Aliás, já decidiu o Superior Tribunal Militar no tocante ao delito previsto no art. 290, "caput" do Código Penal Militar que: "a circunstância de ser mínima a quantidade de maconha em poder do acusado não descaracteriza o crime tipificado no art. 290 do CPM" (STM, AC nº0473815, j. em 02.03.95, DJ 18.04.95, Rel Ministro Aldo da Silva Fagundes).

Além disso, o grau de reprovabilidade das condutas aparentemente insignificantes ou realmente insignificantes para o *homo medius* (se quisermos utilizar conceito tão vago) é distinto do existente entre os integrantes das Forças Armadas. O que é socialmente aceitável entre civis muitas vezes merece a mais profunda repulsa da sociedade militar, fazendo com que um fato desinteressante do ponto de vista penal comum ofenda interesses muito relevantes sob a ótica militar. Também para este aspecto, deve estar atento o representante do Ministério Público Militar.

Em conclusão, entendemos que, não obstante a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no âmbito da Justiça Militar pelo Ministério Público Militar, deve ele ser utilizado com especial cautela e precauções em função das limitações impostas por uma das finalidades essenciais da legislação penal militar: a preservação da disciplina e hierarquia nas Forças Armadas.

ENSAIO SOBRE A TEORIA DO FATO DANOSO

SYLVIO NEVES BAPTISTA

Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito do Recife. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados de Pernambuco.

§ 1º - DO FATO JURÍDICO EM GERAL

A norma jurídica contém supostos jurídicos de cuja realização depende o surgimento de poderes e deveres. A chamada "lei da causalidade jurídica" de F. Schreier ⁽¹⁾ - sem querer reproduzir o paralelo que ele estabeleceu entre a lei natural e a norma jurídica - mostra que a norma não gera por si só efeito jurídico, pois enquanto o suposto jurídico não se realiza, a norma não passa do plano hipotético.

Pode ocorrer, e muitas vezes ocorre, que o suposto jurídico jamais venha efetivar-se. Isso não significa porém que existam normas jurídicas "abstratas", dado que todas elas são "concretas" e com conteúdos determinados, no sentido de que a vinculação da norma jurídica não pode separar-se do seu conteúdo, como falou Henkel ⁽²⁾, mas é que a norma não produzirá qualquer efeito se o suposto jurídico idealizado não for preenchido.

(1) - F. SCHREIER, *Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho*, tradução de E. Garcia Maynes, pág.146, Ed. Nacional, México, 1975.

(2) - in LOPES CALERA, *La Estructura Lógico-Real de la Norma Jurídica*, pág. 108, Editora Nacional, Madrid, 1969.

É a realização do suposto jurídico que constitui o **fato jurídico**. Noutras palavras, o fato jurídico é o acontecimento previsto na norma para o nascimento, modificação ou extinção de situações jurídicas.

Nesse sentido interpreta-se modernamente a ve-lha máxima *ex facto oritur jus*: é do fato (jurídico) que se origina o direito (no sentido eficaz). “Todo fato que produz efeito jurídico de qualquer classe, escreve Von Tuhr,⁽³⁾ denomina-se fato juridicamente relevante, ou dotado de eficácia jurídica, ou simplesmente, jurídico, em contraposição com a massa de fatos que são irrelevantes para o direito. Enquanto na natureza cada fato tem seu efeito, o direito por ser uma criação livre do homem, elege antes os fatos ou o conjunto de fatos aos quais atribui efeitos jurídicos”. Quando se fala de fato jurídico como o “acontecimento” a que o ordenamento atribui efeito jurídico não se alude apenas ao fato natural ou humano, porquanto o termo está aí com um vasto conteúdo abrangente, não só do fato material, natural ou humano, mas também de situações, estados ou qualquer circunstância que tenham interesse jurídico, tudo de forma simples ou combinada. Até mesmo a consequência, numa cadeia de relações, pode representar o suposto de outra consequência e assim por diante⁽⁴⁾. A suposição normativa, além disso, pode estar prevista em lei, ou em ato jurídico, conforme venha servir respectivamente para a normatização genérica ou específica.

(3) - A. VON TUHR, *Derecho Civil*, vol. II. pág. 07, e citação de Zitelmann, trad. espanhola de Tito Ravà, Editorial Delpama, Buenos Aires, 1947.

(4) - ARTURO ORGAZ, *Hechos y Actos o Negocios Juridicos*, pág. 14, Victor Zavalia Editor, Buenos Aires, 1963. Cf. também MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Teoria do Fato Jurídico* pág. 73 e segs., Saraiva, São Paulo, 1985.

Por outro lado, ainda que produzida a eficácia jurídica, surgindo poderes para uns e deveres para outros, esses poderes podem ser exercitados ou não, e os deveres jurídicos cumpridos ou não cumpridos. Por isso, convém distinguir os dois tipos de consequência jurídica: a consequência **anexa**, que compreende a formação de poderes e deveres e a consequência **reflexa**, que consiste no exercício do poder e cumprimento do dever.

A conexão entre o suposto jurídico e o fato jurídico é **eventual**, de vez que o suposto pode realizar-se ou não. No entanto, o enlace entre o fato jurídico e a consequência jurídica é **necessário**, pois dado o fato jurídico, surgem necessariamente poderes e deveres jurídicos, isto é: produz-se a consequência jurídica. Porém o vínculo que se estabelece entre a consequência jurídica (**consequência anexa**) e a sua concretização prática e efetiva (**consequência reflexa**) é de natureza **eventual**, porque o titular, de um modo geral, pode deixar de exercitar o direito ou o obrigado de cumprir o dever⁽⁵⁾. Dispõe, por exemplo, o art. 159 do Código Civil que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo o outrem, fica obrigado a reparar o dano”. O suposto (ação ou omissão que viola direito ou causa prejuízo a outrem) pode realizar-se ou não; mas se o suposto jurídico se realiza, ou seja, no caso, se houver direito violado ou o prejuízo de alguém, fatalmente produz-se a consequência jurídica que consiste de um lado, na pretensão de exigir a reparação, e de outro, na obrigação de reparar o dano. Todavia, não obstante, a

(5) - E. GARCIA MAYNEZ, *Introducción ao Estudio del Derecho*, pág. 175, 17ª Edição, Editorial Porrúa, México, 1970.

criação de poderes e deveres, eles podem eventualmente não ser exercitados ou cumpridos; pode ocorrer, no exemplo do art. 159, que a indenização não venha por qualquer motivo a ser paga, ou porque o credor da indenização deixou de exercitar seu direito ao crédito, ou porque o devedor não quis ou não tinha recursos materiais para saldar o compromisso.

§ 2º – DEFINIÇÃO DO DANO

Feitas essas considerações preliminares, podemos definir o dano como o fato jurídico causador de prejuízo ou violador do direito de outrem, em virtude do qual o ordenamento atribui a alguém o dever de reparação, quer tenha sido o prejuízo ou a violação do direito causado por um fato lícito ou ilícito.⁽⁶⁾

No sentido vulgar de prejuízo material ou moral sofrido por alguém, o dano é um fenômeno físico ou social que pode ou não ser valorado pela ordem jurídica: pode transformar-se em hipótese normativa ou não ultrapassar o chamado mundo fático. Quando passa a integrar o suposto jurídico da norma por ter sido eleito pelo ordenamento, qualifica-se o dano como “fenômeno” jurídico. Porém não basta a simples previsão hi-

(6) – A. DE CUPIS, *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad*, pág. 122; L. BARASSI, *La Teoría Generale delle Obligazioni*, vol. II, pág. 657, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1946; T. BRASIELLO, *I Limiti della Responsabilità per Danni nel Nuovo Sistema Legislativo Italiano*, pág. 304, 3ª ed., A. Morano Editore, Napoli, 1942; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, pág. 220, 18ª ed., Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1971. H. LAFAILLE confunde os conceitos de prejuízo com indenização ao definir aquele com “la compensación a que tiene derecho el acreedor por el desmedro sufrido en sus bienes y por la utilidad dejada de percibir, a causa del incumplimiento de la obligación por el deudor” (*Curso de Obligaciones*, tomo I, págs. 117 e 118, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1926).

potética do dano para que se opere a consequência, porquanto, a fim de que esta se produza, é preciso que o suposto jurídico do dano se realize efetivamente. A realização do fato jurídico danoso é que gera a eficácia da responsabilidade civil. “Aparecendo como fato jurídico, o dano não perde sua própria essência física, escreve A. de Cupis⁽⁷⁾”, pois a esta se acrescenta a jurídica. Dois elementos contribuem para integrar sua estrutura: o **primeiro** – o elemento material ou substancial, que representa o núcleo interior e que consiste no fato físico (fato considerado tanto em sua criação, em sua atuação – aspecto dinâmico – como em sua subsistência – aspecto estático); o **segundo** – o elemento formal, que provém da norma jurídica. O efeito jurídico causado pelo dano consiste numa **reação** que o direito facilita para lograr a **repressão** do dano. Age, conseqüentemente, no sentido contrário ao que opera o dano, opondo-se a ele; e com isto, o dano em si considerado no sistema dos fatos jurídicos, fica profundamente caracterizado. O processo de qualificação jurídica dos fatos que assume o direito em sua própria esfera, compreende a determinação de seu específico comportamento jurídico. E o específico comportamento jurídico do dano, no que se diferencia dos outros fatos jurídicos, alcançando uma situação particular, consiste precisamente na produção de tal reação” (Grifos do autor citado).

§ 3º – CATEGORIAS DO FATO DANOSO

O fato danoso não importa só numa ilicitude, podendo em determinados casos representar também fato lícito, ou permitido pelo direito. Isso significa dizer que a reponsabilidade por dano tanto pode resul-

(7) – A. DE CUPIS, *op. cit.* págs. 81 e 83.

tar: **a)** do ato ilícito; **b)** do fato ilícito no sentido estrito, **c)** do ato-fato ilícito, como resultar até mesmo **d)** do fato lícito.

a) A hipótese mais frequente é sem dúvida a da responsabilidade civil pela prática do **ato ilícito**, que tem no art. 159 do Código Civil sua regra fundamental: quem por dolo ou culpa violar direito ou causar prejuízo a alguém, fica obrigado a reparar o dano. Contudo, nem todo ato ilícito gera o dever de ressarcimento, porque a responsabilidade civil decorrente do ato ilícito, não resulta só da atitude ilícita, mas também do agir causador de dano a outrem ⁽⁸⁾.

A lei em geral imputa ao autor material do dano o dever jurídico da reparação. O agente que deu causa ao prejuízo deve arcar com as consequências dessa sua atuação. Mas algumas vezes o direito faz recair a imputação sobre um terceiro, responsabilizando-o pelo fato de outrem, ora exigindo do prejudicado a prova da culpa do responsável (*in vigilando ou in eligendo*), como na hipótese do art. 1523 do Código Civil, ora invertendo o ônus da prova para o imputado, ou ainda presumindo a culpa do terceiro (Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal) ⁽⁹⁾. Com base no princípio da imputabilidade, H. Kelsen ⁽¹⁰⁾ mostra que “a sanção

(8) - Usamos as expressões **ressarcimento** e **indenização** como sinônimas, embora alguns autores prefiram empregar o termo **ressarcimento** para a obrigação derivada do ilícito, e **indenização** para a obrigação decorrente do fato lícito danoso. Cfr. M. BRIGUGLIO, *El Estado de Necesidade en El Derecho Civil*, pág. 06, nota 6, trad. espanhola de Garcia Amigo, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971; A. TRABUCCHI, op. cit. pág. 206.

(9) - F. BRASIELLO, op. cit. pág. 15. ALVINO LIMA, *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*, Forense, 1973.

(10) - H. KELSEN, *Teoria Pura del Derecho* pág. 32 e 33, trad. espanhola de Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1960, Cfr. V. CARBONE, *Il Fatto Danoso nella Responsabilità Civile*, pág. 31, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1969.

prescrita por uma norma jurídica está condicionada por um ato ilícito, mas que ela (a sanção) pode alcançar um indivíduo distinto do autor do ato. Nenhum elemento da conduta daquele contra quem a sanção está dirigida figura entre as condições desta sanção. O indivíduo em questão é somente responsável da conduta de outro e como tal é o objeto da sanção, sem haver sido o autor do ato ilícito ao qual dita sanção é imputada”.

Os atos ilícitos dividem-se em dois grupos: **a)** o da violação dos deveres gerais que não provêm de qualquer relação jurídica entre o agente e o prejudicado (são os delitos do direito civil e do direito penal); **b)** o da violação de deveres oriundos de uma relação jurídica entre o agente e o prejudicado, quer resultem da obrigação de natureza contratual, quer resultem das demais situações jurídicas, como a tutela e a gestão de negócio. Esses atos são também chamados “relativos” porque somente importam ilicitude pela relação jurídica especial em que se encontra o agente ⁽¹¹⁾. Outros dividem os atos ilícitos em **delitos** ou **quase-delitos**, conforme o agente tenha praticado o ato com a intenção deliberada de atingir o resultado (dolo) ou tenha violado direito ou causado prejuízo a alguém por negligência, imprudência ou imperícia (culpa no sentido estrito), embora o conceito de delito e principalmente o de quase-delito, muito se distanciem na atualidade das respectivas noções que deles tinha o direito romano. A distinção hoje só se reveste de interesse teórico, já que o delito e quase-delito recebem atualmente o mesmo tratamento

(11) - A. VON TUHR, op. cit., vol II 1, pág. 136, vol. II, 2, pág. 143.

para fins de avaliar a indenização⁽¹²⁾. (O Código alemão, o suíço das obrigações, o italiano, o brasileiro, como a maioria das legislações modernas, regulam a matéria sem qualquer alusão à distinção entre o delito e quase-delito. O Código Civil argentino, contudo, mantém a diferença nos arts. 1072 e 1109)

A eficácia do ato ilícito é variada, pois pode consistir tanto na obrigação de reparar pecuniariamente o dano, ou no ressarcimento de certos direitos para o prejudicado, como na caducidade dos direitos do agente (art. 395) ou na prestação de garantia.

b) Mas a obrigação de indenizar não deriva apenas do ato ilícito. Estudos recentes sobre a teoria do dano têm demonstrado que a culpa deixou de ser o único critério de fixação da responsabilidade. Toda vez que alguém está obrigado a responder por força maior ou caso fortuito (art. 1058), a responsabilidade civil é originária do **fato ilícito no sentido estrito**, onde a culpa não entra como elemento configurativo da responsabilidade civil, a exemplo da responsabilidade do possuidor de má-fé, nas hipóteses dos artigos 511, 513, 515, 517 do Código Civil; do devedor em mora, ainda que a impossibilidade da prestação resulte do caso fortuito ou força maior, conforme dispõe o art. 957, expressamente destacado pelo art. 1058; do procurador que, apesar da proibição, substabelece os poderes outorgados, mesmo que o prejuízo ao representado tenha

(12) – R. DE RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, págs. 388, trad. portuguesa de ARY DE SANTOS, Saraiva, 1973; R. SALEILLES, *Étude sur la Théorie Générale de L'Obligations* pág. 354, 3ª ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1925), E. GAUDEMET, *Théorie Générale des Obligations*, pág. 296, Sirey, Paris, 1965; ANTÔNIO CHAVES, *Responsabilidade Civil*, págs. 20 a 22, J. Bushatsky editor, São Paulo, 1972; AGUIAR DIAS, *Da Responsabilidade Civil*, vol. III, pág. 339, 5ª edição, Forense, Rio, 1973.

sido causado por caso fortuito (art. 1300, § 1º); a do gestor que havendo iniciado a gestão contra a vontade manifesta ou presumível do interessado, responde pelos prejuízos sofridos pelo dano (art. 1332); a responsabilidade pelo dano proveniente da queda fortuita de objetos de um prédio sobre outro (art. 1529).

c) Outras vezes o dever jurídico de ressarcir prejuízo origina-se do **ato-fato ilícito**. Dentro de uma concepção genérica o ato-fato é o ato que não foi querido pelo agente, ou mesmo se querido, o ordenamento jurídico considera a vontade irrelevante, dado que a ação ou omissão entra no mundo jurídico apenas como fato, resultante deste a sua eficácia. Explica Pontes de Miranda⁽¹³⁾ que, “quando o ato não foi querido, ou se abstrai de ter sido, mas a regra jurídica incide, fazendo-se jurídico e, pois, produtor de eficácia jurídica, não produz negócios jurídicos, nem ato jurídico *stricto sensu*, mas sim atos-fatos jurídicos. Os atos humanos jurisdicizáveis são, portanto, ou declarações de vontade, ou manifestações de vontade (negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*), ou atos-fatos jurídicos. Nesses, a vontade não é a causa deles; a regra jurídica incide sobre eles, **sem ver neles declarações ou manifestações de vontade**; são atos-fatos, atos a que se dá a entrada no mundo jurídico como fatos jurídicos, e não como atos jurídicos” (grifos do autor citado).

Nessa categoria se incluem os casos de responsabilidade fundada na **teoria do risco**, onde muito embora o agente exerça uma atividade de acordo com o seu interesse e sob seu controle, a responsabilidade

(13) – PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo I, págs. 82 e 83; Também CLÓVIS DO COUTO E SILVA, *A Obrigação como Processo* pág. 76, J. Bushatsky Editor, São Paulo, 1976.

civil do mesmo se caracteriza independentemente do elemento culpa ⁽¹⁴⁾.

Aqui a imputabilidade se estabelece entre a ocorrência do dano produzido pelo exercício de atividade especiais, ditas “perigosas”, e o dever jurídico de reparação daquele que exerce a atividade. Demonstra K. Larenz ⁽¹⁵⁾ que para a conexão da responsabilidade basta que o dano tenha sido gerado pela atividade fonte de perigo, sem nenhuma referência acerca do ato.

A doutrina descobriu ao fim do século passado que a pessoa que desempenha uma atuação susceptível de manter uma fonte de perigos para outros, deve arcar com os “riscos” dessa atuação e suportar a responsabilidade proveniente dos danos gerados pelo exercício da atividade. Por isso é que se fala em responsabilidade por risco.

No direito brasileiro situam-se entre os casos de responsabilidade oriunda do ato-fato ilícito, o das estradas de ferro pelos danos que a exploração de suas linhas causar aos proprietários marginais; a dos empregadores pelos acidentes de trabalho experimentados pelos empregados; a responsabilidade do proprietário das aeronaves por danos causados a pessoas em terra, por coisas delas caídas ou prejuízos provenientes de manobras. *De lege ferenda* poderíamos incluir também nessa categoria os danos provocados por animais, posto que no rigor científico, a responsabilidade conseqüente não deveria fundar-se na culpa, nem na

(14) – R. SAVATIER, op. cit. vol. I, pág. 355, SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, vol. 4, pág. 160, Saraiva. São Paulo, 1975.

(15) – K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II, pág. 533, 10ª edição, C.H. Bech'she Verlagsbuchhandlung, Muenchen 1972.

presunção de culpa (*juris tantum ou juris et de jure*), mas, segundo afirma Chironi ⁽¹⁶⁾ no princípio de “que convém que responda pelos fatos ilícitos de que são causa os animais quem explora seus serviços”. Porém o nosso Código Civil preferiu vincular ao ato ilícito a responsabilidade pelos danos causados pelos animais, tanto que se o proprietário do animal provar que o prejuízo causado não decorreu de sua culpa, não estará obrigado a ressarcir o dano, nos exatos termos dos incisos I e IV do art. 1527.

d) A responsabilidade pode derivar-se também de um **fato lícito**, ou seja, o dano, gerador da responsabilidade, constitui em determinados casos, violação permitida pelo ordenamento jurídico. É o dano tolerado, ou “não-antijurídico” como prefere A. de Cupis ⁽¹⁷⁾. Mas a despeito de ser fato tolerado, a lei impõe o dever de reparação por parte de quem se utiliza desse poder de lesão do interesse alheio. Trabucchi ⁽¹⁸⁾ intitula esse dever de reparação de “*responsabilità legali per fatto lecito*”. K Larenz ⁽¹⁹⁾ subdivide o capítulo da “responsabilidade por risco e responsabilidade por violações lícitas” em dois parágrafos: no **primeiro** ele trata da responsabilidade por risco – *die Gefaehrdungshaftung* – no **segundo**, das transgressões lícitas – *die Haftung fuer erlaubte Eingriffe*.

Nessa última categoria do fato danoso a lei admite situações especialíssimas em que o interesse predominante de um venha sobrepor-se ao interesse de outro, impondo a este o dever de “suportar” a ofensa

(16) – in ALVINO LIMA, *Culpa e Risco*, pág. 157, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1960.

(17) – A. DE CUPIS, op. cit. pág. 92.

(18) – A. TRABUCCHI, op. cit. pág. 211 n. 1.

(19) – K. LARENZ, op. cit. vol. II. pág. 533.

ou negando-lhe a faculdade de defesa quando do ataque do ofensor. Em contrapartida o direito oferece ao prejudicado o poder de pleitear indenização pela ofensa tolerada, exigindo o dever de reparação da pessoa que viola o interesse do outro, embora o dano resulte de uma fato permitido pelo ordenamento jurídico. Não é propriamente uma sanção, porém uma mera “compensação” ao titular pelo interesse sacrificado. A obrigação de indenizar surge em razão da autorização legislativa para lesão do interesse de outrem. O fundamento lógico desse dever de reparar e do poder de pleitear a reparação está, como afirma K. Larenz ⁽²⁰⁾ na exigência da justiça comutativa, no justo equilíbrio daquele que em defesa do seu interesse lesa o interesse alheio, se bem que de forma permitida – e por isso deve ser indenizado aquele que for compelido a tolerar a violação.

Como exemplos da responsabilidade pelo fato lícito temos a do agente que deteriora ou destrói a coisa alheia a fim de remover perigo iminente (arts. 160, II, 1519, 1520 do Código Civil); a do dono do prédio encravado que deve pagar indenização cabal ao proprietário vizinho que suporta o encargo da passagem forçada (art. 560, 561); a daquele que em proveito agrícola ou industrial canaliza através de prédios rústicos alheios águas que tem direito (art. 567 e parágrafo único); a responsabilidade do proprietário que entra no prédio vizinho quando indispensável à reparação ou limpeza, construção ou reconstrução, bem como quando for preciso decotar cerca ou reparar muro divisório (arts. 587 e 588 § 4º); o direito à indenização daquele que sofre os danos da especificação (arts. 611,

(20) – K. LARENZ, op. cit. vol. II. págs. 561, 562.

612, 613 e 614); o dever que tem o dono da coisa principal de indenizar os proprietários das coisas acessórias confundidas, misturadas ou ajuntadas (art. 615, § 2º); a do proprietário que tendo direito a estrear um imóvel com paredes, cercas, muros, valas ou valados, e a adquirir meação na parede, muro, vala, valado ou cerca do vizinho, tem, por outro lado, o dever de indenizar o vizinho da metade do valor da obra e do terreno por ele utilizado; também tem direito à indenização o editor pelos gastos extraordinários que lícitamente lhe impuserem as alterações da obra pelo autor (art. 71 da Lei nº 5988/73). Trabucchi ⁽²¹⁾ cita como hipótese de responsabilidade pelo fato lícito, a decorrente da rutura dos esponsais e da revogação da proposta contratual. Para Pontes de Miranda ⁽²²⁾ os exemplos mais expressivos são os que contrapõem o interesse público ao interesse privado: nas desapropriações, nas requisições em tempo de guerra ou comoção intestina, nos prejuízos causados por manobras militares, no sacrifício de animais ou na destruição de gêneros deterioráveis perigosos à saúde pública. Numa palavra, há responsabilidade pelo fato lícito danoso toda vez que a lei, ao mesmo tempo que autoriza a violação do interesse de outrem, atribui ao prejudicado o poder de exigir indenização.

A análise dos casos acima referidos nos permite constatar a relatividade do princípio *nemo damnum facit, nisi qui id facit quod facere jus non habet*, pois, como vimos, o danonem sempre é ato ou fato ilícito. Em certos casos, própria ordem jurídica autoriza o fato danoso, conquanto estabeleça a simultaneidade do ressarcimento.

(21) – A. TRABUCCHI, op. cit. pág. 221, n.1.

(22) – PONTES DE MIRANDA, op. cit. tomo II, pág. 389.

FORMAS ALTERNATIVAS PARA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS

A TRADUÇÃO DA CIDADANIA EM BUSCA DE UMA JUSTIÇA RÁPIDA E ECONÔMICA

Maurício Gomm Santos
Advogado

ARBITRAGEM INTERNACIONAL:

Pretende-se com este trabalho apresentar singelos comentários acerca do estágio de maturidade do instituto da arbitragem internacional entre nós.

Para tanto, dividirei o tema em 4 tópicos:

Sumário

I – Novo cenário internacional: a necessária mudança de mentalidade. II – A arbitragem comercial internacional: saindo da contra-mão da história. III – Considerações no âmbito do Mercosul e o papel do COADEM. IV – O Suporte do Poder Judiciário.

I. NOVO CENÁRIO INTERNACIONAL: A NECESSÁRIA MUDANÇA DE MENTALIDADE

O Sistema Internacional Contemporâneo vem se desenhando através da intensificação de intercâmbios econômicos, da instantaneidade da transmissão de informações e da cada vez maior participação dos Estados em densa rede de Organizações Internacionais de caráter regional ou universal. Estas e outras descrições que possam ser feitas, sobre a realidade em que vivemos, são várias faces de um mesmo fenômeno: a integração dos povos!

Inafastável fruto do processo de integração é, para exemplificar, o aumento considerável nas transações comerciais propiciando, tanto para grandes conglomerados econômicos, como também para pequenas e médias empresas, a conquista ou consolidação de novos mercados. O impacto do MERCOSUL, bem assim o aumento do intercâmbio comercial com países de outros blocos, inegavelmente está a provocar maiores conflitos de natureza jurídica. O recurso à arbitragem revela-se, dentro do contexto, como um instrumento extremamente eficaz para a solução das controvérsias daí advindas.

Como bem resumiu o insigne relator do Projeto de Lei Sobre Arbitragem no Brasil, em palestra proferida na FIEP em meados do ano passado: *“O Brasil está intensificando o seu comércio exterior e ampliando as suas relações econômicas e financeiras, com a abertura econômica que data já de alguns anos. Mais do que isto estamos participando, ativa e fecundamente, de um novo bloco econômico que busca integrar um mercado econômico com países do Cone Sul e, futuramente, com todo o continente americano. Essas questões multilaterais ou bilaterais tendem necessariamente a se expandir, a se intensificar e a se generalizar. Não vejo outra saída para o dinamismo do comércio e das relações financeiras internacionais, que o processo arbitral, em que o Direito Nacional das partes envolvidas pode, sem constrangimentos, ser levado em conta. Esta, aliás, é a solução recomendada pelo Protocolo de Brasília de 17.12.91 para a Solução das Controvérsias no âmbito do Mercosul.”*

Assim, a desejada integração de qualquer país na comunidade negocial internacional há de passar

obrigatoriamente por uma sintonia com os modos correntes de solução de conflitos comerciais, dentre os quais a arbitragem é um de seus instrumentos inarredáveis.

Para que se receba o instituto com a compreensão e importância necessárias, permito-me mencionar dois pontos de ordem cultural que merecem ser objeto de reflexão:

O primeiro diz respeito à mudança da mentalidade da sociedade em geral, em especial da comunidade empresarial, no sentido de afastar a idéia de que os Tribunais arbitrais não de substituir o Poder Judiciário. A arbitragem não tem, aliás nunca teve, a pretensão de substituir ou remediar as eventuais imperfeições do Poder Judiciário. Como costuma dizer o des. Cláudio Vianna, *“não se deve denegrir a imagem do Judiciário para enaltecer as qualidades da arbitragem”*. (Celeridade, sigilo, menor custo, flexibilidade, continuidade, especialidade, etc). Além do mais, o árbitro necessita, em várias ocasiões, de suporte judicial, pois os seus poderes são mais limitados do que os de um juiz togado.

O segundo ponto repousa na necessidade de se perceber que determinada forma alternativa para a solução de litígio, porque **soa** inovadora, merece, ao menos, um crédito de toda a sociedade, mormente, quando esta alternativa não representa uma ofensa aos princípios tradicionais. Entre nós, porque o Juízo Arbitral, tal como previsto no Ordenamento Jurídico, não funciona a contento, nem por isso deva-se rotulá-lo de método anacrônico, inadequado, quando não exótico. A realidade mundial tem provado, com fortes pinceladas, o contrário.

II. A ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL: SAINDO DA CONTRA-MÃO DA HISTÓRIA

Principalmente, ao longo dos últimos anos, tem se reparado uma maior aceitação da arbitragem por parte dos países latino-americanos. Exemplo inconteste é a ratificação da Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais e da Convenção Interamericana Sobre Arbitragem Comercial Internacional realizada no Paraná em 1975. (Brasil, Chile, Colômbia, Argentina, Paraguai, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Paraná, Uruguai, Venezuela).

Ademais, os desenvolvimentos experimentados pelos países que compõem o Pacto Andino, bem como pelos nossos parceiros do Mercosul, aliados à expectativa cada vez mais concreta de uma mudança na legislação brasileira, prova que a América Latina de um modo geral vem considerando (e não poderia ser diferente pelos motivos rapidamente expostos acima) o instituto da arbitragem, com crescente e concreta simpatia.

A propósito, o Congresso Nacional Brasileiro, pelo Decreto Legislativo nº 90, dd. 06.06.95, aprovou o texto da Convenção do Panamá, o qual foi promulgado pelo decreto presidencial nº 1902 de 19.05.96, diante do que se pode afirmar que a referida convenção já se encontra incorporada ao nosso Ordenamento Jurídico, razão pela qual demanda alguns comentários.

Ao contrário da Convenção de Nova Iorque, que sem dúvida consiste no mais bem acordado e universal tratado sobre arbitragem internacional, a Convenção do Panamá é de caráter regional tendo em vista que,

de acordo com seu art. 7º encontra-se aberta à assinatura e ratificação dos Estados Membros da OEA. (Organização dos Estados Americanos).

Tal convenção não menciona as palavras cláusulas compromissórias nem compromisso, mas trata os institutos sob o conceito de *acordo das partes* definindo-o, no art. 1º, “em virtude do qual se obrigam a submeter à decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas, com relação a um negócio mercantil”. A exemplo da maioria das legislações e convenções internacionais, o acordo deve ser por escrito.

O art. 2º contempla a arbitragem institucional, pois a nomeação dos árbitros será feita na forma em que convierem às partes, podendo ser delegada a um terceiro, seja esta pessoa física ou jurídica. Quanto às normas procedimentais da arbitragem serão aquelas fixadas por acordo entre as partes e, na sua audiência, de conformidade com as regras da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial.

O art. 4º esclarece que as sentenças arbitrais, quando não impugnáveis segundo a lei ou as normas processuais aplicáveis, terão força de sentença judicial executiva. O art. 5º traz as unanimemente aceitas hipóteses de rejeição ao pedido de homologação para reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira. Vide arts. 38/89 do Projeto de Lei 4018/93 e art. 5º da Convenção de Nova Iorque. Sem dúvida alguma, a ratificação da Convenção do Panamá significa um grande e sólido passo para uma melhor e maior utilização do instituto.

Considerando que foi objeto de consulta quando da elaboração do Projeto de Lei brasileiro, cabe fazer um pequeno registro acerca da Lei Modelo Sobre Ar-

bitragem Comercial Internacional da UNCITRAL. Este padrão legislativo internacional nasceu de discussões de diversos representantes diplomáticos de todos os países membros das Nações Unidas. Vale dizer, representantes de diversos sistemas jurídicos, à maneira da Common Law, do romano-germânico, do religioso, dos socialistas. É inegável, portanto, o seu caráter consensual e universal. O intuito da elaboração de uma Lei Modelo foi o de provocar uma maior uniformização sobre a matéria e tem produzido os resultados esperados. Efetivamente tem ela servido como paradigma ou fonte de pesquisa para todos aqueles que, a exemplo do Brasil, intencionam instituir ou reformar suas leis nacionais sobre arbitragem.

III. CONSIDERAÇÕES NO ÂMBITO DO MERCOSUL E O PAPEL DO COADEM

O Mercosul é um organismo de caráter intergovernamental de alcance regional no âmbito da integração. A arbitragem foi efetivamente contemplada para as controvérsias entre Estados após fracassadas as vias de negociação direta. Trata-se de uma arbitragem internacional, própria do Mercosul, não extensiva diretamente aos particulares, aplicável às contendas entre Estados dentro dos limites indicados no tratado.

O Anexo III, do Tratado de Assunção, dispõe que as controvérsias entre os Estados serão enfrentadas: primeiro por negociações diretas entre os Estados Partes, depois uma intervenção conciliadora do Grupo Mercado Comum e do Conselho do Mercado Comum respectivamente (art. 1).

Quanto aos particulares – pessoas físicas ou jurídicas, não houve previsão expressa no Protocolo de Brasília quanto à forma direta de juízo ou procedimento

arbitral senão mediante a reclamação à Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado Membro onde a parte tenha sua residência habitual ou sede de negócios. (art. 26, I).

De qualquer sorte, iniciativas legislativas comuns amplamente vêm apoiando a solução entre particulares. (Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual de 05.08.94. Protocolo de Cooperação de Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial e Trabalhista e Administrativa, firmado em Las Lenas aos 27.06.92 (Decreto Legislativo nº 55 de 1995).

Uma das conclusões do IV Encontro Internacional de Direito da América do Sul, realizado em Montevideo em Maio de 1995 foi de que “*o acesso das pessoas privadas a um sistema de solução de controvérsias que brinde uma solução justa e oportuna resulta fundamental para a segurança dos particulares e a credibilidade do processo de integração*”.

O protocolo de Outro Preto previu que os Estados Membros efetuarão uma revisão do atual sistema de solução de controvérsias o que implica dizer uma tomada de consciência do caráter provisório do atual sistema.

O PAPEL DO COADEM (COLÉGIOS E ORDEM DOS ADVOGADOS DO MERCOSUL) NO PROCESSO E INTEGRAÇÃO.

O COADEM que congrega advogados dos países integrantes do MERCOSUL nasceu com o objetivo de defender as prerrogativas básicas do advogado em um mercado sem fronteiras.

A primeira reunião realizou-se na cidade de Concórdia/Argentina em Dezembro de 1992 já com a finalidade de estabelecer as bases iniciais para a atuação

dos advogados no processo de integração dos países do Cone Sul. A reunião serviu ainda para detectar a importância da realização de estudos especializados a respeito de variados temas, tais como:

- a) direito à integração;
- b) incumbências profissionais;
- c) sistema de solução de controvérsias;
- d) exercício da profissão de advogado nas distintas jurisdições;
- e) estudo do direito comparado e propostas de unificação legislativa, quando e na extensão possível.

Em 1993, em Assunção, foi oficialmente criado o COADEM que já se encontra reconhecido pela OAB e pelos Colégios de Advogados de nossos parceiros do MERCOSUL.

Recentemente, em reunião realizada na cidade de Buenos Aires foi aprovada a criação do Tribunal Permanente de Conciliação e Arbitragem do COADEM cuja cópia está sendo franqueada aos participantes deste Simpósio.

IV. O SUPORTE DO PODER JUDICIÁRIO

O Brasil, em arbitragens internas, a inserção da cláusula arbitral somente é eficaz após o compromisso arbitral ter sido assinado. A cláusula arbitral não dá margem atualmente a permitir que se excepcione o Juízo Estatal, sendo considerada como um simples *pacto de contrahendo*, cujo cumprimento compulsório só é possível pela via indireta das perdas e danos por uma obrigação de fazer não cumprida. Esta é uma das principais razões pelo desuso da arbitragem entre nós.

Pelo Projeto de Lei nº 4018/93 facultava-se o ingresso no Judiciário com vista a obter o compromisso no lugar da parte relutante. Alguns países que não exigem a formalidade do compromisso autorizam à parte interessada a obtenção da nomeação dos árbitros diretamente pelo Poder Judiciário (v.g. Inglaterra) que se declarará incompetente caso a parte relutante inicie processo judicial.

No campo internacional, o Brasil tem dado guarda à cláusula arbitral como se pode extrair da histórica decisão do STJ, no início da década de 90, no famoso caso “*Lloyds x Ivarans*”. A linha da decisão pode ser resumida da seguinte forma: Contrato internacional que previa recurso à arbitragem através da presença da cláusula compromissória. A arbitragem foi realizada no Brasil e nela as partes participaram ativamente. Quando o laudo foi encaminhado para homologação judicial, em obediência à legislação processual brasileira, uma das partes (a sueumbente) impugnou o pedido de homologação sob o fundamento de que o laudo era nulo visto que inexistente o compromisso assinado pelas partes e duas testemunhas.

Contudo, o laudo foi homologado por sentença o que propiciou recurso de apelação para o TJRJ que lhe deu provimento pois “*a cláusula arbitral não supre o compromisso que é ato formal, constitutivo do Juízo Arbitral.*” Em sede recursal, em decisão memorável, foi reconhecida a validade da instituição do Juízo Arbitral em contatos internacionais, a partir da cláusula compromissória.

O prof. Paulo Borba Casella, em artigo publicado na RT 668/239, pouco após o julgamento, comentou, com muita propriedade, o acerto da decisão do STJ pois *ela consiste num passo altamente significati-*

vo, não somente quanto à viabilidade da utilização e prestígio da arbitragem como modalidade de solução de controvérsias em matéria de comércio internacional, mas também elimina a possibilidade de fraudes legais, como vinha acontecendo em razão de exigências formais estipuladas pela lei brasileira. Tais exigências acabavam por amparar fraudes deliberada e cuidadosamente tramadas. Nestas decisão do STJ, continua o citado professor, “*pode estar colocado o possível marco inicial de radical e extremamente benéfica mudança de orientação do Poder Judiciário, visando a evitar inaceitáveis distorções que, inevitavelmente, decorreriam de interpretação excessivamente formalista da lei, atentando contra os fins, em nome de duvidosa observância dos meios.*”

É de se notar que, como ensina o professor Guido Soares, “*a execução compulsória das sentenças arbitrais não deve ser o elemento fundamental e característico da arbitragem como um todo. O que se verifica, na prática do comércio internacional é que as sentenças arbitrais, em particular, aquelas que contêm uma condenação, são executadas de boa-fé com base no respeito à própria palavra e com receio das sanções de ordem corporativa.*” (RT 642/39)

Merece também destaque, entre nós, o incentivo à arbitragem institucional verificado em diversas passagens do Projeto de Lei nº 4018/93 cuja finalidade, conforme ressaltado por sua comissão relatora, não se restringe ao apoio à implantação e crescimento de instituições arbitrais, mas sobretudo transformá-las em centros de soluções de controvérsias que hoje acabam sendo levadas a entidades estrangeiras. Os exemplos mais significativos são a Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI), a Associação de Arbitragem

Americana (AAA) e a Corte Internacional de Arbitragem de Londres (LCIA).

V – CONCLUSÃO

É das lições do prof. Paulo Casella que encerro este pequeno trabalho. Defendia o renomado doutrinador brasileiro que nossa meta consistia-se em “*superar a curiosa dicotomia que caracterizava a abordagem da arbitragem comercial internacional entre nós, onde se oscila entre o entusiasmo acadêmico e o ceticismo, corroborado pela visão lamentável do não funcionamento na prática.*”

Hoje, temos fortes e concretas razões para afirmar que este quadro faz parte do passado.

“A JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL E SEU PAPEL

DIANTE DAS TRANSFORMAÇÕES NO MUNDO DO TRABALHO”

Eneida Melo Correia de Araújo
Juíza do Trabalho – 6ª Região

Sumário

Apresentação - 1. A Ciência Jurídica como elemento de criação do Direito, 2. O Magistrado no Terceiro Milênio, 3. As transformações sociais no mundo do trabalho: soluções extrajudiciais dos conflitos trabalhistas, 4. Conclusão, 5. Bibliografia

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho objetiva propiciar uma colaboração jurídica em face das transformações no mundo do trabalho.

Mais precisamente, procura-se trazer à discussão o que representa a Justiça do Trabalho no seu papel histórico, voltada para hoje e para o novo milênio.

Neste quadro, será demonstrada a análise acerca da ciência jurídica e sua eficácia, como fonte indireta do direito. É que aquela idéia do Direito por trás da lei, a ser descoberto e que não é, necessariamente, “a vontade do legislador”, faz-se sentir fortemente no Direito do Trabalho. E isso se deve à natureza jurídica desse ramo do direito, ao seu escopo. Consta-se nele o viver da sociedade que impõe a aplicação intensa, irrequieta, renascida de formulações que não se contêm, sempre, no texto legal, ou que já não mais o integram, dada a mutabilidade das relações jurídicas trabalhistas.

Em virtude das graves e crescentes desigualdades e injustiças sociais geradas pelo progresso tecnológico que se abatem sobre os povos, mais precisamente, sobre a classe trabalhadora, é que se tenta mostrar qual deve ser o posicionamento do jurista e, em especial, do magistrado.

O estudioso e aplicador do direito precisa conhecer as necessidades do momento, quais as idéias supralegais que reclamam consideração e estão suficientemente amadurecidas para serem juridicamente aplicadas.

A propósito, a lição de *Karl Engisch*:

“Pondo de parte as idéias preconcebidas, ele tem de considerar-se e sentir como servidor das concepções sociais, éticas e culturais dominantes, não pode pretender ser reacionário, nem revolucionário” (Introdução ao Pensamento Jurídico, pg. 324).

Por fim, não há recusa à abordagem do significado das soluções extrajudiciais dos conflitos trabalhistas no moderno Estado de direito e particularmente, no Brasil, como vertente auxiliar da Justiça do Trabalho nos anos que se avizinham.

Com esse enfoque tríplice, busca-se oferecer uma visão crítica da Justiça do Trabalho, como estamento institucional, das soluções de conflitos trabalhistas sobre o papel que neles desempenha o magistrado, dentro de uma projeção para o novo milênio.

1. A Ciência Jurídica como elemento de criação do Direito

É de opinião corrente, no seio dos estudiosos da Ciência do Direito, a de que a ciência jurídica, ou seja, as opiniões, estudos, pesquisas, pareceres e obras doutrinárias dos juristas e tratadistas, não se constituem

fonte de direito, salvo se determinado ordenamento jurídico reconheça-a como tal.

E, efetivamente, do ponto de vista teórico, nada obsta a que seja possível o acolhimento da Doutrina como fonte formal de Direito, por expressa disposição do Poder Legislativo. Esta é, inclusive, a posição de Legaz Y Lacambra e a de Garcia Maynes.

Realmente, não ocorresse a consagração legislativa da doutrina como fonte formal do Direito e, se pudéssemos admiti-la como tal, seria o mesmo que atribuir aos juristas aquela competência criadora do Direito, da qual são detentores os órgãos especialmente qualificados pela Constituição para esse papel.

A eficácia da ciência do Direito como fonte indireta é indiscutível. Todavia, quer o estudioso do direito, quer os órgãos que o aplicam, quer o próprio Poder Legislativo, inspiram-se reiterada e incessantemente nas concepções jurídicas.

Daí, pode-se afirmar que, embora seja certo ter, em alguns momentos da História, a ciência jurídica acompanhado a legislação, não é menos verdadeiro que esta sofra fortemente as suas influências.

Há de se registrar que todo legislador consciente preocupa-se em colocar o seu trabalho em nível da ciência jurídica do momento histórico em que cria o Direito Positivo.

Essa inspiração da ciência jurídica no trabalho interpretativo dos Juizes e Tribunais também é muito expressiva. Tal ocorre porque a decisão provém de uma exaustiva tarefa de interpretação, na qual o magistrado pesquisa e colhe no interior do sistema jurídico, o preceito que se coaduna ao caso concreto, para sobre ele fazer incidir o direito. Nesse processo lógico-jurídico, absorve o intérprete os elementos da ciência jurídica,

a que o guia em direção à norma mais adequada à espécie sob exame.

Por outro lado, sendo a ciência jurídica uma ciência do espírito, o seu valor na determinação dos princípios gerais do direito é, por igual, relevante, posto que, muitas vezes, em uma hipótese fática, na ausência de norma escrita ou consuetudinária.

Ademais historicamente, a ciência do Direito foi fonte de grande importância. Em Roma, as opiniões de *Paulo, Ulpiano, Papiano, Gayo e Modestino*, por exemplo, eram referendadas como fonte de Direito em certos casos de lacuna.

A ciência jurídica vê, do alto, os fenômenos, estando apta a compreender os fatos e apontar para eles as soluções, de acordo com os objetivos superiores da sociedade e as exigências do chamado bem comum.

Assim, pode-se afirmar que a doutrina atua como elemento relativamente criador, capaz de suprir lacunas existentes no texto legal, e, ao mesmo tempo, exerce função de coordenação e exegese, auxiliando afastar contradições aparentes no bojo do ordenamento jurídico-positivo.

As dúvidas e incertezas que persistem em torno de temas ou de disposições normativas não são insolúveis. Em todos os ramos do saber jurídico e, na própria jurisprudência, temos exemplos de questões que foram alvo de discussões por marco temporal considerável. Finalmente, graças às interferências e colaboração dos que pesquisam o Direito, obteve-se uma resposta satisfatória àquele momento e realidade histórica.

E, quanto mais próxima for a ligação do estudioso do Direito com a realidade social, mais viável será a indicação das possíveis soluções para os conflitos.

As palavras não são dotadas de rigidez intransponível. Na verdade, são elásticas, maleáveis, variando, muitas vezes, de significado, com o transcorrer do tempo e de acordo com a civilização. E, porque assim se apresentam, podem traduzir múltiplas e sucessivas realidades jurídicas.

A par desse aspecto, é inequívoco que a interpretação atenda, igualmente, ao dado de valor e à razão. A liberdade, conferida ao intérprete na busca de norma adequada à hipótese, tem seu limite nos processos lógicos e nas fronteiras traçadas pelo Direito Positivo. A unidade sistemática, a referência ao todo, ao conjunto do ordenamento jurídico é dado inafastável.

É importante ser observado o aspecto objetivo, teleológico de um preceito legal. A lei e o seu conteúdo interno são dinâmicos, suscetíveis de adaptação, por força da necessidade de atender à unidade da ordem jurídica.

Tendo em vista que os atos normativos objetivam a realização de determinado fim social e que o Direito é uma ciência normativa ou finalística, a interpretação deve ser, também teleológica.

Ademais, a preocupação dos fins perseguidos pelo Direito tem sua consagração expressa no Direito Positivo Brasileiro. O art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, dispõe que: “*na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”.

Trata-se de integração da regra hermenêutica ao sistema jurídico positivo.

Pretende, assim, o legislador, que a regra jurídica seja interpretada da maneira que melhor corresponda aos fins sociais e à exigência do bem comum.

E, sem dúvida, a história da Justiça do Trabalho tem plena adequação aos objetivos constitucionais e legais de reservar-lhe o conhecimento das questões e conflitos de trabalho, qualquer que seja a natureza do vínculo jurídico estabelecido entre as partes.

A valorização da força de produção do País atende o interesse social. O Estado e as Categorias Econômica e Profissional são os artífices dessa construção na composição dos objetivos da sociedade.

Em sendo a interpretação um método que conduz a soluções distintas, entre as quais se elege, voluntariamente, uma, a escolhida deve aproximar-se o mais possível dos padrões de Justiça, ainda que relativa.

A harmonia de interpretação com padrões da Justiça realiza-se, quando atendidas as exigências de uma época. E, para atingir tal eficácia deve o intérprete caminhar com o seu povo e sua época, jamais contra eles.

Não poderia ser a tarefa do intérprete deixar de atender aos problemas do presente, apegando-se às soluções jurídicas inadequadas ao momento histórico. Sem dúvida o intérprete pode e deve conhecer a norma melhor e mais intimamente do que o próprio legislador histórico. Isto sucede porque ele se acha inserido numa área de pressões sociais a exigir-lhe respostas sociais que não se configuram em mera formulação teórica, mas em solução de vida.

Conforme ensina *Lourival Vilanova*, em sua obra “Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo”, há uma concepção funcional do ordenamento, tendente a substituir o racionalismo. Isto, porque o ordenamento regra situações sociais concretas, ainda que os esquemas tipificados da norma sejam abstratos. As notas selecionadas no esquema típico são tiradas do concreto existencial, como mostra a experiência sociológica e a histórica.

É nesse contexto que os ideais valorativos do ordenamento jurídico debatem-se, travando luta para harmonizar, segurança e justiça. A segurança, via de regra, inclina-se pela permanência de um padrão de soluções estáveis, repetidas ao longo dos tempos, administráveis do ponto de vista de uma política jurídica. A Justiça busca, sofregamente, alterar as estruturas e as categorias jurídicas sem correspondência com a dinâmica social, redimensionando a sociedade em novas formas de organização.

O próprio *Radbruch*, citado por *Engisch*, às páginas 262/263, da obra “*Introdução ao Pensamento Jurídico*”, diz:

“*Onde a injustiça do Direito Positivo atinge um grau tal que, em face dela, a segurança jurídica, garantida pelo mesmo Direito Positivo, deixa mesmo de ter relevância – num caso deste o Direito Positivo injusto tem de ceder o passo à justiça*”.

A igualdade formal de tratamento conferida a todos os trabalhadores também propicia o resguardo da justiça, quando se permite que possam provocar, fazendo atuar, em questões de trabalho, o mesmo órgão jurisdicional. Configurar-se-ia uma ética comum para todos aqueles que vivem do seu trabalho de forma remunerada, qualquer que seja o regime jurídico e fonte pagadora.

A consagração de um postulado de justiça atende à própria segurança jurídica, harmonizando os dois ideais que nem sempre caminham juntos, embora busquem equilíbrio.

O Direito tenta realizar a Justiça. Esse deve ser o seu objetivo. Não se deve afastar a necessidade de o Direito Positivo ser justo, ainda que a Justiça e o Direito Positivo, conceitualmente, sejam diversos. Em-

bora, operacionalmente, possa a norma legal consagrar injustiças, não deve o sistema jurídico oprimir a sociedade, impedindo a realização do bem comum.

2. O Magistrado no Terceiro Milênio

O atual modelo de Estado brasileiro revela sua consciência acerca da capacidade de definir e solucionar os problemas de uma sociedade multifacetária.

Faltam-lhe, ao lado de um fundamento político institucional sólido, mecanismos representativos das várias camadas sociais.

No campo da atividade jurisdicional as dificuldades são da mesma ordem, o que vem exigindo o aguçamento das pressões em torno da democratização do Poder Judiciário e, portanto, do Estado. Pugna-se pela adoção de um modelo mais evoluído, mais aperfeiçoado e representativo da função jurisdicional.

Existe, no seio da comunidade e da própria magistratura, um razoável consenso de que o acesso à justiça só se viabiliza com o aprimoramento desse quadro institucional.

Daf, vem sendo constatado em alguns ramos do Direito, tais como: do Trabalho, do Consumidor, do Penal (crimes alusivos aos pequenos furtos), no Cível (relações do inquilinato, de família, de posse e de uso da terra), uma tendência nova do judiciário, de reequilíbrio da balança.

Partindo do pressuposto de que as leis são ditadas pelo resultado da correlação das forças dominantes, confronta-se a sociedade com um quadro posto de legalidade. Essa não é de todo má ou injusta, ou mesmo inadequada. Ela oferece espaços à interpretação, recursos à analogia, aos princípios gerais do direito. A ocupação desses pontos deve ser efetivada por uma

interpretação acerca do sistema que se aproxime de padrões de justiça e de equidade perseguidos pela comunidade. É a adequação da regra jurídica às exigências da sociedade, aos fluxos democráticos reinantes. É a pressão teórica e prática do intérprete no sentido de ampliar um privilégio ou restringir uma sanção, ou inversamente, quando o privilégio demonstra ser odioso e a aplicação da sanção restauradora.

Como se vê, não se trata do papel do aplicador do Direito, de simplesmente, captar o sentido dos preceitos expressos no sistema jurídico, ou seja, ir até onde o teor literal do dispositivo autoriza-lhe. O magistrado vai mais adiante: ele recorre, na interpretação, aos princípios de justiça e de liberdade.

É lição do constitucionalista *J.J. Gomes Canotilho* que os defensores do sentido substancial da Constituição devem apelar para valores como a justiça, a liberdade e a igualdade (Direito Constitucional, pág. 199).

Neste quadro, é preciso que a compreensão seja dirigida no sentido de que o Direito não pode ser visto como mero instrumento de poder, fruto de um dado momento histórico.

Como sistema aberto, dinâmico, dotado de incompletude, suscetível a valores, deve o ordenamento jurídico propiciar uma interpretação mais democrática de seu conteúdo.

As antinomias e tensões que existem na ordem jurídica clamam pelo respeito ao princípio democrático da maioria com atenção aos direitos das minorias, bem como exigem o equilíbrio entre preceitos de segurança e justiça. Trata-se de descobrir o direito nas possíveis brechas que o ordenamento jurídico contém e de revelá-lo onde ele se expõe claro.

Paralelamente, é necessário que a nova proposta para o futuro que se aproxima, assegure ao magistrado o exercício efetivo do monopólio jurisdicional, com seus corolários: a independência, a inamovibilidade, a estrita juridicidade e a imparcialidade. Mister se faz, ainda, coibir juizes e tribunais de exceção a primar pela garantia do Juízo Legal.

É valioso, para a reformulação da sociedade e, do direito que a informa, constatar venha o magistrado sendo deslocado, pouco a pouco, do lugar que ocupa, como egresso das classes dominantes para as camadas médias e populares da sociedade. Recente pesquisa elaborada pela Associação dos Magistrados do Brasil revelou um novo perfil do magistrado: um cidadão oriundo das classes médias e até inferiores da população, o qual, através da razoável democratização do acesso ao ensino (universidades públicas, bolsas de estudo fornecidas pelas universidades particulares), pode disputar espaço no quadro – *antes hermético* – do Poder Judiciário.

Esse novo rosto do magistrado brasileiro propicia à ampla população dos marginalizados, dos excluídos, poderem, ainda de forma embrionária, caminhar no sentido de ver realizada a distribuição da justiça.

O magistrado, assim, coloca-se mais sob o controle da sociedade, da opinião pública, do que do próprio Estado, através de seus estamentos. Ele deve caminhar em razão de suas origens, de sua formação cultural, de sua visão política, ao lado do povo.

O compromisso que o cidadão-juiz assume com a justiça impõe-lhe que adapte a lei ao caso, corrigindo ou completando o conteúdo daquela.

O poder criativo do magistrado, muito utilizado nos sistemas anglosaxões, mas visto com reserva nos

de tradição romana, como é o nosso, permite a eliminação de antinomias e lacunas.

Outrossim, não é raro deparar-se, no ordenamento jurídico, com normas abertas ou com regras que significam um compromisso do poder estatal para com as lutas populares. O Direito do Trabalho, por exemplo, acha-se permeado dessas normas, notadamente de nível constitucional, revelando-se como juntas elásticas, verdadeiras autorizações para que o Juízo possa trabalhar pela implementação de uma ordem mais democrática.

O que se propõe para os próximos anos é um exercício crítico de uma função interpretativa, possível de permitir o surgimento de uma nova (diversa) instância jurisdicional. Nesse trabalho, o hermeneuta tem presente que a ordem jurídica consagra desigualdades e o papel crítico do magistrado pode dar ensejo a uma nova jurisprudência. Uma jurisprudência em sintonia com as forças vivas da sociedade, que, por sua pujança imponha a criação de um Direito Positivo fundado em um sentido axiológico agregado à comunidade.

Esta questão que compete ao magistrado dar solução notadamente no milênio que se avizinha, muito tem a ver com o problema da lei injusta. E, seguindo as lições do jurista e Procurador do Trabalho *Atahualpa Fernandes Neto*, entende-se, que a lei injusta “será toda norma legal positiva que não realize ou não permita realizar concretamente a idéia do Direito”. Acrescenta o mestre da Universidade da Amazônia: “*não teriam qualquer caráter juridicamente vinculante – careceriam totalmente de legitimidade e obrigatoriedade – tanto as leis que porventura recusassem a dignidade da personalidade moral a qualquer pessoa, grupo, classe ou raça humana, isto é, que lhes excluíssem a qualidade de sujeitos autônomos de direito – como os direitos e deveres*

implicados pela sua válida integração na comunidade – para os reduzirem a meros objetos de coação política ou administrativa". (in Revista Ltr. 59.-09/1205, "O Direito e a Função do Ministério Público").

Também o ilustre jurista *Karl Engisch*, em sua "Introdução ao Pensamento Jurídico", nos adverte para a questão da lei injusta.

Diz ele:

"A questão da invalidade das leis injustas, impostada com tanta energia depois de 1945, nunca mais até hoje deixou de ser posta – apesar da vinculação expressa do poder executivo e da jurisdição à Lei e ao Direito. Como já vimos, tem-se discutido, mesmo por último, a questão de saber se até as normas constitucionais não poderão ser ineficazes por ofensa ao Direito supralegal, e esta questão foi fundamentalmente respondida no sentido afirmativo tanto pelo Tribunal Federal como pelo Tribunal Constitucional" (pág.274).

O pensamento de *Santo Agostinho*, extraído da obra de *Tomás de Aquino*, "Suma Teologia", in "Textos Clássicos de Filosofia do Direito", ed.1981, pág.21, dirige-se no sentido de que não deve ser considerada lei o que não for justo, com o que o justo faria parte integrante da conceituação da lei.

Platão, em sua obra "Da Lei", também fala: "a verdadeira lei é somente a lei justa".

Amilton Bueno de Carvalho, ressalta: "Desembargadores do Tribunal de Justiça Gaúcho têm reiterado seu compromisso com o justo no caso concreto". (Silvério Joaquim Lopes Neto, RJTR Rgs, 102/467; Oswaldo Proença, RJTJ Rgs, 110/420; Galeno Lacerda, em inúmeras palestras; Cristovam Daiello Moreira, para quem o juiz é o legislador da situação concretizada" ("Magistratura e Direito Alternativo").

E, menciona ainda aquele jurista, que a jurisprudência gaúcha vem decidindo inúmeras vezes, negando a vigência da lei por reputar que a sua aplicação, em caso concreto, não é justa. Daí, traz exemplo de decisões do Tribunal de Alçada, no sentido da descriminalização do jogo do bicho. De acordo com um dos julgados, "o Estado carece de autoridade para punir as contravenções relacionadas com os jogos que ele tolera ou explora", numa explicação de que a lei não pode se divorciar da realidade social" (Julgados dos TARgs, 45/148); a 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça considerou "válido o legado de homem casado à sua concubina", em afronta ao inciso III do art. 1719 do Código Civil. E a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, ainda segundo *Amilton Bueno de Carvalho*, autorizou o casamento de menor de dezessete anos, sob fundamento de que o fazia "sem apego excessivo à literalidade da lei" (RTJT Rgs, 117/387).

Ainda na lição de *Amilton Bueno de Carvalho*, o juiz gaúcho *Sérgio Gischkow Pereira* e o jurista *Luiz Fernando Coelho*, este, autor do livro "Lógica Jurídica e Interpretação das Leis", falam sobre como deve conduzir-se o magistrado em face da lei injusta, no sentido de dar-se prevalência à justiça, o que possibilita ao mesmo corrigir a lei ou declará-la inaplicável. Não se teria, então, uma sentença *contra legem*, pois, sendo a norma jurídica portadora de valoração independente, importa descobri-la no contexto dos demais valores sociais, conduzindo, assim, a norma de direito ao seu lugar no quadro geral. Desta forma, diferentemente do que a hermenêutica tradicional concluiu, uma decisão nesta linha não seria *contra legem*, mas, sim, uma exclusão de valores estranhos que a norma possa

constituir, por parte do juiz, porquanto contrários aos princípios gerais do direito (fls 24).

O magistrado detém não só o papel profissional de perito técnico-jurídico, mas, também, acha-se envolvido, institucionalmente, com uma tarefa de mediação, que não diz respeito apenas ao processo, mas à comunidade. Ele oferece uma visão do direito, uma perspectiva do sistema à sociedade, quando atua no caso concreto. Aí, o papel crítico, a função axiológica do Poder Judiciário.

O resultado do processo não é estranho ao interesse público.

Nele encontra-se em jogo a aplicação da lei e o respeito à vontade coletiva em face da concepção publicista do processo.

A Justiça somente pode advir do trabalho do bom intérprete do Direito, do profissional ético e imbuído do espírito de servir à coletividade.

A propósito lembro o pensamento de *Bernard Schwartz*, de que *a qualidade da Justiça depende mais da qualidade dos homens que aplicam a lei do que do conteúdo da lei aplicada*. “*América Constitucional Law*”, pág.10.

Neste trabalho, a Jurisprudência tem a expressão de um verdadeiro “direito consuetudinário judicial, de natureza normativa”, no dizer de *Spota*. E, conclui que a Jurisprudência, a prática forense, esse Direito que, ao lado dos códigos vai se formando, origina uma inesgotável fonte jurídica, que ora restringe, estende, altera a norma produzida pelo legislador.

O magistrado capta, através da lei, o objetivo do direito, tendo em consideração que este se alicerça no bem comum, na conservação dos mais caros valores humanos, atendendo às exigências sociais e morais que

residem na coletividade, sempre guardando equilíbrio com a segurança jurídica.

O aspecto da segurança jurídica deve ser atendido pelo magistrado. É que, a eterna dialética social a que alude *Betti*, ou seja, a existência de sérios conflitos de interesses deve convencer o magistrado de que não pode suprimi-los do contexto social. Seu papel é o de compô-los processualmente.

Cabe ao Juiz cumprir essa tarefa desprovido de uma postura arbitrária, apoiando-se na correta avaliação oferecida pela realidade social. Debruçar-se sobre tais valores, a par do conhecimento doutrinário e da correta compreensão dos princípios, permite ao magistrado, não só integrar o Direito, como impedir que a Lei mantenha-se inerte, servindo de instrumento de opressão e não de liberdade e de realização da Justiça.

Só desse modo o Direito representará a garantia das condições de vida da sociedade asseguradas pelo poder do Estado, conforme ressalta *Ihering* em “O Fim do Direito”.

No Direito do Trabalho, a Jurisprudência vem se recusando em desempenhar o papel de autômato na aplicação da Lei ao caso concreto. Ciente do permanente drama entre a Lei e o Direito, nesse dualismo, o segundo prepondera sobre o primeiro, uma vez que o Direito não se esgota na obra do legislador.

A Jurisprudência tem sua primeira elaboração no trabalho dos advogados. Complementam a tarefa os pareceres do Ministério Público e as Ações Especiais de competência desse Órgão. Esse conjunto propicia a criação de decisões, fonte de Direito ainda que não sedimentada em Súmulas dos Tribunais.

Parte-se, portanto, da concepção da submissão à Lei, vez que o ordenamento jurídico-positivo não

consagra o Direito livre. A segurança jurídica e a ideologia do Estado de Direito estariam feridos se pudéssemos afastar a previsão legal. Essa sujeição do Juiz à Lei significa sua subordinação ao sentido e ao fim perseguidos pelo Direito. Desta forma, a declaração da vontade da Lei exige uma interpretação pelo magistrado não exclusivamente gramatical, aproximando-se de um ideal de Justiça.

Ensina Karl Engisch na obra já mencionada:

“O jurista se quer dar incidência prática à idéia do Direito (fazê-la vingar), há de prestar ouvido atento à voz do “espírito objetivo”. Ele precisa saber o que as “necessidades atuais” imperiosamente exigem, quais as idéias supralegais que reclamam consideração e estão suficientemente amadurecidas para serem juridicamente aplicadas. Pondo de parte as idéias preconcebidas, ele tem de considerar-se e sentir-se como servidor de concepções sociais éticas e culturais dominantes, não pode pretender ser nem reacionário nem revolucionário”. (Pág 324)

É nesse caminho que os operadores do Direito devem seguir a fim de atenderem às crescentes exigências sociais, num trabalho de interação e cooperação tanto mais ético quanto mais adequado ao aperfeiçoamento das Instituições e da formação de um Direito mais justo.

3. As Transformações Sociais no Mundo do Trabalho: Soluções Extrajudiciais dos Conflitos Trabalhistas.

As soluções extrajudiciais devem ser concebidas como instrumento de Justiça Social no bojo do Estado Democrático.

A percepção de que é possível dirimir conflitos trabalhistas sem a intervenção do Estado, através do Poder Judiciário, atende a compreensão de que devem ser fortalecidas as instituições civis e propiciados o desenvolvimento e autonomia do sindicalismo.

É que os pressupostos de hiposuficiência do trabalhador, enquanto indivíduo que se relaciona com o empregador, não podem ser afastados nem mesmo no mais bem articulado quadro de democracia social.

O papel prevalente, definidor de poder, que o capital detém no Estado capitalista não se atenua diante do contrato individual de trabalho. Diversa, todavia, é a correlação de forças econômicas, sociais e jurídicas, quando nessa mesma relação intervém o sindicato.

Em vários dispositivos, a nossa Constituição Federal realça o valor do trabalho e, por conseqüência, o de uma de suas expressões naturais: o emprego. Assim, é que destaca o trabalho como um dos seus princípios fundamentais, no inciso IV do art. 1º. Mais adiante, no inciso XIII do art. 5º, assegura a liberdade do seu exercício e, finalmente, nos arts. 6º e 7º, dedica-lhe um longo elenco de garantias, objetivando a melhoria das condições sociais.

Todavia, o sistema legal tuitivo brasileiro que o Direito do Trabalho erigiu de forma qualitativa e quantitativamente progressiva, ao longo dos anos, convive com outros preceitos que nos fazem ter presente a existência de um Estado no qual o capital, a livre iniciativa, a propriedade privada e a concorrência também são princípios gerais.

A possibilidade de organizar e compatibilizar capital e trabalho é a tarefa maior, no campo das relações de produção do Estado Democrático, notadamente

quando tem por princípios fundamentais o valor social do trabalho, a dignidade da pessoa humana e a cidadania.

No campo das relações individuais de trabalho, as possíveis soluções extrajudiciais deverão ter como pressuposto o papel ativo do sindicato, sob pena de retrocesso ao Estado liberal do passado, voltando a conferir ao Direito do Trabalho a regulação própria das relações de natureza civil.

As propostas de não-intervenção do Estado, como de resto as de privatização exacerbada atendem a uma retórica liberal, que pretende contrapor o homem, enquanto indivíduo, aos entes coletivos não estatais. Na realidade, é da aglutinação de forças, decorrentes da unidade de interesses, que se acha a pujança das relações de trabalho. E o trabalhador, sujeito de direito, cidadão, não perde sua individualidade ao se integrar a um ente coletivo.

Não se pode perder de vista que o liberalismo ou o neo-liberalismo guiam-se através de regras de mercado, de leis de competição que se põem acima do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana. E o exercício da cidadania, nestes casos, estará na proporção direta do resultado do certame ou disputa no mercado. Ora, perde, ontologicamente, a cidadania o sujeito desprovido de trabalho, a par de ter sua dignidade pessoal aviltada.

Dentro de uma visão de que somente a democracia conduz à paz e à justiça social, é que se compreende a possibilidade de ampliação das formas de soluções dos conflitos de trabalho.

A propósito, ressalta *José Martins Catharino*: os planos de desenvolvimento econômico, em países como o Brasil, exigem a participação do Estado e permanen-

temente dos trabalhadores por intermédio de seus sindicatos. Esclarece, ainda, que a tarefa dos órgãos sindicais deve ser também direcionada na luta contra as forças econômicas capitalistas, principalmente contra os abusos cometidos pelos grandes grupos econômicos e pelas “multinacionais” ou apátridas. Clama por um novo perfil de empresa, não autoritário, sob pena de agravarem-se as contradições entre uma estrutura político-democrática e a econômica, contrárias a um desenvolvimento integral.

No Brasil, há uma prevalência legislativa no Direito do Trabalho, quanto à regulação das relações entre os empregados e empregadores, suas formas estruturais, bem como da aplicabilidade, exegese, criação e reexame dos direitos, em detrimento da autonomia privada. É que o ordenamento segue a linha do sistema jurídico romano-germânico, afastando-se do anglo-saxão.

O sistema jurídico brasileiro igualmente vem adotando, ao longo dos anos, a preferência judicial de solução dos conflitos de trabalho, construindo uma série de normas para reger o processo trabalhista, quer o individual, quer o coletivo.

Em face da abrangência da legislação trabalhista, ela ocupa a regulação quer dos interesses individuais, quer dos interesses coletivos, sejam estes últimos de natureza econômica ou de interpretação.

Ensina a professora *Ada Pellegrini Grinover*: há uma tendência contemporânea de descobrirem-se meios alternativos que atuem como instrumentos de política judiciária. Segundo a insigne jurista, os atuais processualistas trabalham no sentido de viabilizarem, tanto a vertente jurisdicional quanto a extrajudicial. Com relação à primeira, há a preocupação de desformalizar o processo, tornando-o mais simples,

mais rápido, mais econômico, em suma, mais acessível às partes. E no campo extrajudicial, ter-se-ia a desformalização das controvérsias, submetendo-se certos conflitos a meios alternativos, que não sejam exclusivamente processuais. E afirma:

“É assim que a conciliação extrajudicial e a própria conciliação endoprocessual tomam uma importância muito grande, é assim que se tentam reavivar as vias de arbitragem”.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 114, parágrafos 1º e 2º, abriu espaço formal ao instituto de arbitragem nos conflitos coletivos, elegendo, assim, uma forma de autocomposição inicial, sem abdicar, contudo, do pronunciamento judicial, caso malograda a conciliação.

Esta previsão constitucional atribuiu ao chamado “processo negocial”, via arbitramento, a condição de fato de produção jurídica, como, de resto, já conferira força normativa aos acordos e às convenções coletivos.

As soluções extrajudiciais, no processo coletivo, através de acordos e convenções coletivas, com seu caráter vinculante para as partes envolvidas no conflito, significam a libertação do Direito Coletivo da indesejável intervenção permanente do Estado. Deve ser afastado o poder normativo da Justiça do Trabalho na solução dos conflitos coletivos de natureza econômica ou de interesse. O Poder Judiciário poderá interferir quando provocado nos conflitos de natureza interpretativa ou jurídica.

Por seu turno, a adoção da arbitragem, de forma facultativa, não fere o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, haja vista que se trata de uma

modalidade criada para o Direito Coletivo do Trabalho inserida na Lei Maior do País.

A organização Internacional do Trabalho acolhe a arbitragem como sua sistemática oficial.

A inserção nos acordos e convenções de cláusulas prevendo que as partes submetam suas divergências ou conflitos a um árbitro, por elas definido, atende à proposta de democratizar-se as relações de produção, via autonomia das vontades.

No quadro de ampliação das negociações coletivas encontra-se ainda a figura da mediação. Na expressão de *Emílio Morgado Valenzuela*, este método encontra-se “na metade do caminho entre a conciliação e arbitragem”. É que ela detém grande parte das características da conciliação, afastando-se desta, todavia, na medida em que o mediador tem um papel ativo na busca de uma solução consentida pelas partes.

E, com efeito, a mediação geralmente, é posta como uma etapa que se sucede ao processo de conciliação, quando as partes por si mesmas não puderem solucionar o conflito.

A mediação, como ensina *Orlando Gomes*: “*caracteriza-se, assim, por ser um procedimento destituído de força coercitiva de natureza jurídica, podendo, entretanto, ser publicado o relatório do mediador para que as partes sofram as pressões da opinião pública. Sua força coercitiva é de natureza social, só podendo ter êxito em países de opinião influente e vigilante*”.

A expansão das negociações coletivas como forma de solução de conflitos, representa um desafio de crescimento ao próprio sindicalismo. É a perspectiva que se vislumbra do corte do cordão umbilical com o Estado, ao qual vem atrelado, ora por cumplicidade,

ora por conveniência, ora, ainda, pela ausência de liberdade política.

E, ao pretender o sindicato criar este novo direito – fora do Estado, ainda que por ele autorizado – as partes devem ter em conta não só os interesses em causa, mas fatores como a confiança, a posição prevalente de domínio de uma das partes e a capacidade de assumir os riscos.

Ressalte-se que no plano internacional, as Recomendações 98, 154 e 163 da OIT enfatizam a necessidade de ser ampliada a negociação coletiva entre trabalhadores e empresas, seja no âmbito destas últimas, seja em nível nacional.

Há, sem dúvida, a par da posição oficial da OIT, uma tendência nas democracias ocidentais de incentivo à autonomia privada nas soluções dos conflitos de trabalho. Na Itália, Espanha, França, Alemanha e Estados Unidos há uma ênfase dos chamados pactos sociais.

A autonomia privada coletiva, atende, portanto, aos objetivos do Direito Coletivo do Trabalho, criando suas normas, estabelecendo regras que vigorarão nos contratos individuais de trabalho e adotando balizas para solução dos seus conflitos.

A forma estatal de o direito impor-se é, portanto, apenas uma das múltiplas existentes na realidade social.

Na lição de EUGEN EHRLICH, nem todo o direito existente numa sociedade é ditado diretamente pelo Estado. Sem dúvida alguma é o legislador estatal o principal criador de normas jurídicas, sem que possa excluir as outras regras de direito que dispensam a coação estatal pré-estabelecida.

Por sua vez, quanto mais perto estiver a norma posta, pelo Estado, da correspondência com a expressão da cidadania, mais verdadeiramente será capaz de legitimá-lo.

Ressalta, a propósito N.S. TIMACHEFF, na *“Introduction a la Sociologie Juridique”* que a imposição social resultante da convicção ética do grupo é coordenação ética ao passo que não é ética a coordenação que não resulte de uma tal convicção.

Os múltiplos agentes devem buscar a consecução de objetivos que atendam à justiça, à liberdade, à dignidade da pessoa humana, à segurança, à paz e à igualdade de oportunidades.

A perspectiva é a de que o Estado Constitucional, mostrando-se como uma regulamentação jurídica formal e material permita conviver e estimular o deslocamento da criação normativa para outros eixos: sociedade civil, associações, sindicatos, organizações internacionais, assegure que a cidadania e a valorização do trabalho exercitem-se, realizando uma dimensão nova da democracia.

O Estado, com sua lei fundamental jurídica deve atender a um modelo que o legitime, que é o da democracia. E essa exige o pluralismo não só político como jurídico.

Neste quadro, os processos de regulação social ampliam-se e alternam-se, sem que seja alijado o papel formal e material do ente público estatal.

O Estado, com sua carta político-jurídica especialmente delimitada, é um elemento de interação com os outros agentes equivalentes ou alternativos. No Direito do Trabalho, os Sindicatos, as Associações Profissionais, os Comitês de Empresa e a Organização Internacional do Trabalho são alguns desses agentes.

A propósito, ressalta o juiz e professor Antônio Álvares da Silva:

“Os dias modernos criaram mais um quadrante dentro do ordenamento jurídico em que se captam as declarações de vontade do grupo, adaptando-se, assim, a instituição jurídica à tendência vitoriosa do mundo contemporâneo em superpor o coletivo ao individual, o total ao parcial. A participação do grupo na formação da vontade geral e na autoregulação dos seus interesses é a mais significativa conquista do direito contemporâneo e se mostra como único sustentáculo possível para a sobrevivência das democracias ocidentais no sentido de manterem-se os valores que as inspiraram, não relegando a plano secundário os irrenunciáveis e urgentes anseios da justiça social”.

No campo das relações individuais do trabalho, a prevalência deve continuar no sentido das soluções judiciais.

Seguindo o pensamento universal contemporâneo, deve ser incentivada a tentativa de autocomposição no interior das empresas, seja através das comissões internas, fruto de processo eletivo, com a participação do sindicato, seja através de meios que as convenções ou acordos coletivos venham a estabelecer.

Tratar-se-ia da adoção de modalidades extrajudiciais pelas quais seria ampliada a possibilidade do entendimento, renovando-se as relações de produção, democratizando-as, na medida em que trabalhadores e empregadores discutiriam e solucionariam os seus conflitos.

A viabilização de novas medidas para solução dos conflitos trabalhistas já tem instituto similar no processo civil, quando trata do juízo arbitral.

Facultam os arts. 1.072 e 1.102 do CPC a solução da lide a pessoas desinteressadas, não integrantes do poder judiciário.

Adaptando o instituto ao Direito Processual Trabalhista, essas pessoas que atuariam como árbitros poderiam ser os integrantes das comissões internas. Lavrariam um laudo arbitral a ser homologado pelo juiz para só então adquirir força de sentença de mérito.

A arbitragem, constituindo-se em forma de solução de conflitos, é admissível quando se trata de direitos que não estejam intimamente ligados ao próprio modo de ser da pessoa, como os direitos de personalidade, direitos indisponíveis objetiva ou subjetivamente.

A propósito afirmam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco: *“também a arbitragem é facilitada pela lei, a qual disciplina e reconhece a validade dos juízos arbitrais”.*

E, mais adiante: *“...não sendo os árbitros órgãos jurisdicionais, não podem os seus laudos, por si mesmos, ter a mesma força que tem uma sentença (precisam ser homologados pelo juiz competente, o qual lhes empresta a força de sua autoridade). Outra consequência da falta do poder jurisdicional do árbitro é não poder ele realizar a execução de seus próprios laudos, nem impor medidas coercitivas ou cautelares. (v.CPC art. 1.086, I-II)”.*

A preocupação com o direito constitucional de acesso do homem à justiça, ou seja, de o Poder Judiciário apreciar a lesão de direito ou sua mera ameaça devesse ser fundamental para a perspectiva de novas soluções aos conflitos de trabalho.

A garantia do direito geral à Justiça previsto nas constituições dos Estados democráticos enseja a ma-

nifestação de uma das formas do exercício da cidadania, ao mesmo tempo em que assegura o mecanismo de divisão de poderes, permitindo à sociedade dispor de um sistema legal de administração da justiça.

Por seu turno, sua existência acha-se umbilicalmente ligada ao devido processo legal, que traduz não só a possibilidade material de ter o acesso à Justiça da forma mais completa possível.

Assim sendo, para que a sociedade possa dispor de um sistema que lhe permita recorrer ao Poder Judiciário não é legítimo pensar em restringir as possibilidades de acesso.

A amplitude do princípio deve conviver com a possibilidade da composição autônoma, extrajudicial, fruto do convencimento pessoal do cidadão, devidamente assistido.

A inserção da composição extrajudicial no interior da empresa, com a presença do sindicato e de comissão de representantes poderá vir a integrar o quadro geral do direito de acesso à Justiça, na medida em que acolhido como fase preliminar ou requisito prévio, mas não condicionante à ação judicial.

Para tanto, impor-se-ia a inserção no art. 5º da Lei maior do preceito alusivo à composição prévia, facultativa.

De toda sorte é preciso enfatizar o entendimento de que jamais deve ser conferido efeito de coisa julgada às composições extrajudiciais. Esta perspectiva deve ser combatida para que se evite o enfraquecimento do direito constitucional de acesso a Judiciário e ao devido processo legal.

O preceito constitucional alusivo ao direito de obter a tutela jurisdicional não estaria lesado, na medida em que, mediante a lei constitucional, ficasse re-

gulamentada essa via não obrigatória de solução dos conflitos individuais do trabalho, tal como já previsto para a arbitragem no processo coletivo do trabalho e para o juízo arbitral no processo civil.

O fundamental é não se deixar de aliar o princípio da conciliação, exercitado de acordo com todas as condições legais de defesa.

Sem uma previsão constitucional acerca dessa via alternativa, o estabelecimento da negociação obrigatória para o conflito feriria o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. Isto porque a atual Carta Magna, diferentemente da anterior, não consagra a chamada “jurisdição condicionada” ou “instância administrativa de curso forçado”.

Observe-se que a atual Lei Maior somente consagrou a instância administrativa no caso da Justiça Esportiva e, mesmo assim, restringindo às matérias referentes às disciplinas e competências esportivas (art.217, parág.1º).

Especificamente, na esfera do Direito do Trabalho, a Constituição exigiu a negociação prévia, coletiva, antes da provocação do Poder Judiciário (art.114, parág.2º). A par disto facultou aos agentes envolvidos no conflito, cuja negociação malograsse, a eleição de árbitros. Este quadro explica porque, sucessivas vezes, renomados estudiosos do direito expuseram o ponto de vista de que seria inconstitucional o Projeto de Lei nº 3.118/92, na parte alusiva à origem de instância de conciliação prévia e obrigatória.

É certo que compete ao Direito Processual regular os meios, instrumentos e mecanismos que permitam ao cidadão o acesso à justiça. Todavia, o preceito constitucional inserido no art. 5º, inciso XXXV, não

pode ser restringido por lei infraconstitucional. A inobservância da lei à plenitude da extensão material e pessoal do direito à justiça, com o devido processo, poderá ser eivada de inconstitucionalidade.

Qualquer mudança na Constituição Federal no sentido de diminuir o direito de provocar o Poder Judiciário não a legitimaria. É que acima das leis constitucionais acha-se o Direito Internacional. E existe um pensamento universal, o qual revestiu-se de eficácia nas constituições dos países democráticos, de que as instituições jurídicas e os sistemas legais devem criar meios de garantir efetivamente o direito a uma ordem justa. Tem sido a linha doutrinária dominante no direito brasileiro de ampliação de acesso à Justiça.

A propósito, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor Brasileiro traduz o acolhimento pelo sistema jurídico positivo da corrente doutrinária que objetiva o alargamento do direito de o cidadão provocar o Poder Judiciário. O art. 6º, inciso VIII, consagra a facilidade da defesa dos direitos do consumidor, adotando, inclusive, a inversão do ônus da prova, tal como no processo do trabalho. O art. 25 proíbe a estipulação de cláusula contratual que impossibilite, atenuar ou libere a parte da obrigação de indenizar, dispositivo semelhante ao art. 9º da CLT. Estes dispositivos, entre outros, do código aludido, atendem ao postulado do pleno acesso à Justiça.

Na Constituição Federal, os institutos da substituição processual e do mandado de segurança coletivo são exemplos do alargamento do direito de provocar o Judiciário. A utilização da substituição processual, na hipótese de pretensão de tutela de direitos individuais homogêneos em muito contribui, também, para diminuir o acúmulo de processos na Justiça do Trabalho.

Daf, deve ser um instrumento de política judiciária a ser ampliado nos processos do trabalho.

Por sua vez, a autonomia administrativa e financeira, o melhor aparelhamento do Poder Judiciário e a simplificação do processo poderiam atuar como fatores capazes de atender ao princípio do pleno acesso à Justiça.

O fortalecimento do Poder Judiciário, enquanto instituição do Estado democrático deve conviver com a implementação da negociação privada, satisfazendo à perspectiva de soluções extrajudiciais.

A Lei Maior já prevê uma forma atenuada de negociação no Direito Individual do Trabalho. O art. 11 estabelece que, nas empresas com mais de 200 empregados, é assegurada a eleição de representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores. A ampliação dessa representação direta, fruto de eleição, sempre com a participação do sindicato da categoria profissional, conduziria a que o entendimento previsto na Constituição Federal alcançasse a conciliação formal, realizando os interesses dos empregados e empregadores. No Estado de São Paulo, algumas empresas metalúrgicas já possuem comissões de empresa.

É importante não perder de vista que ao Estado cabe assegurar a justiça e dispõe de um poder específico para esse fim. Daf a inequívoca ilegitimidade da pretensão de conferir efeito de coisa julgada às conciliações extrajudiciais, ou, ainda, de conceder ao laudo do árbitro força normativa, independentemente de homologação judicial.

A salvaguarda do princípio universal de acesso ao Judiciário exige do Estado que ponha à disposição do cidadão, com todos os meios, o efetivo direito de

acionar a máquina jurisdicional, promovendo a ampla defesa de suas pretensões, independentemente de sua situação jurídica, econômica ou da crença pessoal na qualidade do trabalho da Justiça.

O jurista e professor *Ivo Dantas*, em sua obra “Constituição Federal – Teoria e Prática”, ao comentar o inciso XXXV, do art. 5º, destaca:

“Assegura-se a todos, indistintamente, o princípio da universalidade da jurisdição, sendo de observar-se, que não é exigível, na conformidade da “garantia”, que já tenha sido consumada uma “lesão” a direito, bastando que se configure uma “ameaça” para que possa o Judiciário ser acionado”.

Mais adiante, o mesmo autor confrontando o referido dispositivo com o anterior, fruto da Carta Magna de 67, com a Emenda de 69, faz realçar a inexistência de jurisdição condicionada. Segundo o professor *Ivo Dantas*, “a Constituição vigente ampliou, portanto, o exercício dessa garantia”.

Tal perspectiva atende à nova visão jurídica da cidadania.

A cidadania, modernamente, deve ser vista como direito do homem deslocando-se do sentido tradicional. Não é outra lição do jurista *IVO DANTAS*, em sua obra “Constituição Federal: Teoria e Prática”, segundo o qual, deve ser a cidadania entendida como a possibilidade não só de gozo pleno dos direitos políticos mas, também, dos individuais e sociais.

Os direitos do homem apresentam-se com um caráter de universalidade e, entre esses direitos despontam a cidadania e valorização do trabalho humano.

Há uma vasta doutrina em torno da compreensão de que esses direitos constituem-se em revelações definidoras do Estado Constitucional de direito.

E a visão da universalização desses direitos pode servir para indicar que esses fenômenos não são típicos da idade contemporânea. Por conterem forte carga ética, são anteriores ao Estado Constitucional de direito, ainda que os pressupostos para sua transformação em direito sejam recentes.

A cidadania e o trabalho do homem com seu correspondente valor social são aspectos que distinguem o Estado democrático, legitimadores do poder político.

Como bem realça o professor da Faculdade de Direito de Coimbra, *J.J. CANOTILHO*, “...presentemente, em face do estatuto positivo e do estatuto negativo do cidadão e, ainda, em razão da nova concepção de um direito geral de personalidade, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice versa.”

Valiosa, igualmente, a perspectiva de *J.J. CALMON DOS PASSOS*, em trabalho intitulado “Cidadania Tutelada” publicado no “Livro de Estudos Jurídicos”, vol.7, acerca da cidadania. Para ele, o cidadão é aquele que é governado sem poder ser oprimido. Segue ele as linhas de *ANDRÉ HARRIOU*, para quem a cidadania aponta para as liberdades políticas e para o direito de auto-determinação. Ainda nesta esteira, ressalta o ilustre jurista brasileiro que ao binômio direitos civis e diretos políticos adere um novo tipo de direitos: os denominados sociais. E, em razão deles, é ampliado o âmbito de cidadania, não mais sendo apenas o direito à participação do poder político mas também o de exigir do Estado as prestações capazes de assegurar ao homem a igualdade substancial.

Assim, o Estado, assegurando ao homem o direito de obter determinadas prestações, fruto de sua responsabilidade, no desempenho de suas funções constitucionais, deve concretizá-las.

E o Estado ao cuidar do trabalho como função social, vedando a despedida imotivada e garantindo o aprimoramento do cidadão, deve, não só realizar esses fins, como abster-se de atentar contra os mesmos.

No caso dos direitos fundamentais sociais alusivos ao trabalho, faculta-se ao cidadão exigir postos de trabalho, preparação profissional e garantia de emprego.

É que a cidadania e o trabalho na medida em que se constituem em direitos fundamentais garantidos pelo Estado, permitem a realização do postulado democrático. A participação de todos os cidadãos, de forma livre, através de partidos, associações, sindicatos, viabiliza a valorização do trabalho, na medida em que se abrem perspectivas de celebração de pactos econômicos, culturais, políticos, sociais. Estes centros novos, alternativos, podem dar ensejo à criação autônoma de regras jurídicas, válidas, independentemente da autorização do Estado, bem como à pressão no sentido de serem inseridos novos direitos no sistema jurídico positivo do Estado.

Por sua vez, a perspectiva de valorização do trabalho humano e o exercício da cidadania, atendem ao princípio do não-retrocesso social. No Direito do Trabalho a observância ao princípio ora mencionado é essencial à garantia da democracia, na medida em que é fundamento do Estado Constitucional democrático de direito o respeito à cidadania e ao valor social do trabalho.

Esse princípio traduz-se na idéia de que certos direitos assegurados aos trabalhadores não podem ser mais alijados do ordenamento jurídico.

É certo que, em determinadas situações históricas, denominadas de crise, podem sofrer os direitos sociais trabalhistas alguma flexibilização, sem que se consagre a reversibilidade dos mesmos. Nomeadamente, o Estado subtraiu do ordenamento jurídico a estabilidade geral (decenal) do empregado. Todavia, manteve outras formas garantidoras de ocupação do trabalhador no emprego: a do dirigente sindical, a decorrente do estado de gestação, a dos representantes dos trabalhadores no Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, a dos aprendizes, a dos membros integrantes de Comissão interna de Prevenção de Acidentes. E, paralelamente, aprovou e ratificou a Convenção nº 158 da OIT, texto jurídico fixador de regras alusivas à terminação da relação de trabalho, por iniciativa do empregador.

E, neste plano, é de relevância ter em conta que os princípios não são normas que permitam ou proibam determinados atos. Sua interpretação deve ser no sentido de que impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica, consoante lição de J.J. CANOTILHO, na obra já citada.

Por sua vez, o princípio do não-retrocesso social, atual no sentido de inibir que o legislador de forma não fundamentada, atendendo a interesses momentâneos de grupos, proceda a uma “contra-revolução social”.

Observa-se, portanto, que a compreensão tradicional, historicamente justificada, de que o Direito do Trabalho é um direito de proteção do trabalhador, ga-

na, nas Constituições democráticas uma nova e mais expressiva configuração.

É que, sendo o trabalho e seu valor social pressupostos do Estado Constitucional democrático e o emprego e sua garantia de direitos fundamentais, o que se protege não é tão-somente o trabalhador (direito tuitivo, de proteção), mas a manutenção da democracia nesses pressupostos assentada.

A incorporação ao Direito Interno (estatal) de direitos internacionais atende, igualmente, a um pacto social entre os Estados. É o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos básicos, nos quais se inserem os trabalhistas.

Na lição de MANUEL ALONSO OLEA, em seu *"Introducion al Derecho del Trabajo"*. As normas gerais do Direito internacional relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que venham a ser reconhecidas e acolhidas pela Constituição de um Estado Membro deverão ser interpretadas de acordo com a Declaração Internacional de Direitos Humanos e os tratados ou acordos internacionais que ratificaram essas matérias.

Os Estados Constitucionais, na atualidade, seguindo as regras traçadas pela Organização Internacional do Trabalho, e, paralelamente, atendendo ao princípio de continuidade da relação de emprego, vêm preservando normas no sentido de só legitimar as despedidas socialmente justificadas.

Há uma idéia de que deve se efetivar uma proteção geral duradoura da relação de trabalho e, assim, a despedida anti-social seria ilegal, com o que se reconheceria o direito fundamental do trabalhador de manter seu emprego.

A questão da segurança do empregado no emprego e a correspondente limitação do direito potestativo de rescisão por parte do empregador são fenômenos fundamentais do mundo atual. Como leciona ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA em "Proteção contra a dispensa na nova Constituição", revela-se o afastamento do emprego numa espécie de *"capitis diminutio"*.

A perspectiva de MANUEL ALONSO OLEA, na obra já mencionada é no mesmo sentido, ao realçar as necessidades a que o trabalho produtivo atende: as de ordem material, biológica e também as de sentido cultural, ou seja, planos superiores de satisfação do homem.

A realização das necessidades sociais, entre elas as de natureza trabalhista materializam a cidadania. Entre esses direitos trabalhistas, o de manter-se no emprego ou o de obter um novo emprego permite que não seja institucionalizada a pobreza material, haja vista que esta amesquinha a cidadania, inviabilizando a realização do Estado democrático de direito.

4. Conclusão

A contribuição dos estudiosos e operadores do Direito, bem como a dos chamados interlocutores sociais, no sentido de rever as funções do Estado, notadamente a do Poder Judiciário na esfera trabalhista, deve partir de um fundamento básico: o de não se afastar da democracia e da sua conseqüente expressão na relação cidadão-Estado, trabalhador-empregador.

Uma das preocupações da democratização dessas relações deve ser a de diminuir as desigualdades sociais, assegurar a efetiva integração do trabalhador

na empresa, realizando a justiça social, deve estar no centro das soluções consensuais dos conflitos.

A incrementação dessas negociações, ora em nível das categorias profissionais e econômicas, ora na órbita das relações individuais, no interior das empresas, poderá servir de exercício à cidadania, bem como à democratização das próprias relações de produção.

O papel dos sindicatos, como entes intermediários posicionados entre o cidadão e o Estado é de importância fundamental, quer se cogite das negociações coletivas, criando-se regras capazes de normatizar as relações de trabalho, quer no âmbito das empresas, para dirimir desequilíbrios individuais entre empregado e empregador.

Quanto maior e mais eficaz for o trabalho mediador dos sindicatos, mais avançará o equilíbrio das relações, propiciando soluções sem a intervenção estatal.

Ademais, temos presente que o papel do Estado, quando se cuida do Poder Judiciário não é apenas o de diminuir o volume de processos, restringir a quantidade realmente avassaladora de trabalho da magistratura, mas, igual e principalmente o de propiciar uma ordem jurídica justa ao cidadão e à sociedade.

Essa tendência deve priorizar as negociações coletivas na área do direito coletivo, através de acordos, convenções, mediação e arbitragem não oficiais, mantendo a intervenção do Poder Judiciário Trabalhista apenas no que historicamente compete-lhe: dirimir conflitos de natureza jurídica. Assim, o poder normativo da Justiça do Trabalho, de criar normas jurídicas de interesse profissional ou econômico deveria ser afastado. Essa perspectiva não contraria o princí-

pio defendido de amplo acesso à Justiça, haja vista que o papel de legislador que a Justiça do Trabalho exerce é excepcional e não se perfilha à sua formação histórica universal.

No campo das relações individuais, a perspectiva deve ser também a de valorizar a autocomposição. A implantação de representantes de empresa, fruto de eleição pelos trabalhadores, a par da participação do sindicato, além de outros mecanismos de solução extrajudicial previsto nos acordos, convenções ou pacto social mais abrangente poderão atender o crescimento da autonomia das composições dos conflitos.

Neste quadro, o realce diz respeito à intangibilidade do acesso à Justiça, notadamente se considerada a natureza especial das relações de trabalho. E, como fatores de interação, teríamos a maior abrangência do instituto da substituição processual e do mandado de segurança coletivo.

A razoável equivalência que têm as partes em uma relação jurídica civil, é visivelmente rompida quando se confrontam trabalhadores e empregadores. A inafastável questão acerca da hipossuficiência do prestador de serviços, o peso econômico do capital, a crise do desemprego, a ausência de garantia do trabalho e do emprego ao homem inibem jurídica e eticamente os estudiosos do Direito de pugnam pela limitação ou condicionamento do acesso à Justiça.

O apego à elaboração de uma hermenêutica indissolúvel dos valores de Justiça não despreza os ideais reinantes em uma época. Desvendando as exigências materiais e morais da coletividade, convive o jurista com seu povo, participando de sua cultura e, fundamentalmente, respeitando seus valores éticos e a cidadania individual e coletiva, sua humanidade, enfim.

O QUE SE ESPERA DO MAGISTRADO DO NOVO MILÊNIO, PORTANTO, É QUE, DO PONTO DE VISTA DE SUA CIDADANIA, ATUE NO SENTIDO DE AMPLIAR OS ESPAÇOS DEMOCRÁTICOS, PROPICIANDO A RECONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE MAIS JUSTA E DE UM MODELO JUDICIÁRIO MAIS FLEXÍVEL, PARTICIPATIVO E CAPAZ DE VIABILIZAR O PLENO ACESSO À JUSTIÇA. EM SUMA, QUE ATUE NO SENTIDO DE AUXILIAR A REDEFINIÇÃO DE UM NOVO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. NO CAMPO DE SUA ATUAÇÃO INSTITUCIONAL, NA CONDIÇÃO DE PROFISSIONAL TÉCNICO, O NOVO MILÊNIO AGUARDA UMA MODALIDADE DE INTERPRETAÇÃO DINÂMICA, COMPROMETIDA COM UM PROJETO PARA O FUTURO, CAPAZ DE ENGENDRAR UMA JURISPRUDÊNCIA ALIADA ÀS FORÇAS VIVAS DA SOCIEDADE, REALIZADORA, PORTANTO, DE UM DIREITO JUSTO.

5. Bibliografia

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – “Direito Constitucional, 6ª ed., Livraria Alameda, Coimbra, 1993.
- CARVALHO, Amilton Bueno de – “Magistratura e Direito Alternativo”.
- CATHARINO, José Martins – “Direito do Trabalho: Estudos, Ensaios, Pesquisas”. Ed. Trabalhistas S.A. 1979.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, Ada – “Teoria Geral do Processo”. Editora Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974.
- DANTAS, Ivo – “Constituição Federal: Teoria e Prática” Renovar, Rio de Janeiro, 1994.
- ENGISCH, Karl – “Introdução a Pensamento Jurídico”, 3ª ed., Lisboa, 1964 – Fundação Calouste Gulbenkian.
- GOMES, Orlando e Gottschalk, Elson – “Curso de Direito do Trabalho”, Vol. I, Forense, 1975.
- GRINOVER, Ada Pellegrini – “Conferência “Novas Tendências do Processo Civil – Processo e Justiça no Limiar do Novo Século”, proferido no III Ciclo de Conferências “O processo Civil Brasileiro”, promovido pelo Instituto de Estudos Jurídicos, maio/93 – Rio de Janeiro in “Livro de Estudos Jurídicos”. IEJ, Nº 7 – Rio de Janeiro, 1993.
- LEGAZ Y LACAMBRA – “Filosofía del Derecho”, México, 1960.
- MÁYNES, Eduardo Garcia – “La definición del Derecho”, México, 1960.
- NETO, Atahulpa Fernandes – “O Direito e a Fundação do Ministério Público, in (Revista Ltr, 59-09/1205).
- OLEA, Manuel Alonso – “Introduction al Derecho del Trabajo” 5ª ed., Editorial Civitas S.A. Madrid, 1994
- PASSOS, J.J. Calmon dos Passos – “Cidadania Tutelada”, in Livro de Estudos Jurídicos”, Vol. 7.
- RODRIGUES, Américo Plá – “Princípios do Direito do Trabalho”, Ed. Universidade São Paulo-SP, 1978.
- SCHWARTZ, Bernard – “América Constitucional Law”.
- SILVA, Antônio Álvares da – “Direito Coletivo do Trabalho”, Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- TIMACHEFF, N.S. – “Introduction a la Sociologie Juridique”
- VALENZUELA, Emílio Morgado – “Los Conflictos de Trabajo y sus Métodos de Solución en Iberoamérica”. San Isidro, Octubre, 1993.
- VILANOVA, Lourival – “As estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo” Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1977.

PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. VALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO

Hélio Sílvio Ourem Campos

Professor da Escola Superior da Magistratura/PE. Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Juiz Federal/PE. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Delegado eleito da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco na AJUFE – Associação Nacional dos Juizes Federais (1996). Ex-Procurador Judicial do Município do Recife. Ex-Consultor e Procurador do Estado de Pernambuco. Ex-Assessor do Corregedor Geral da Justiça do Estado de Pernambuco. Ex-Assessor do Relator da Comissão de Sistematização da Constituição do Estado de Pernambuco/89. Ex-Membro da Comissão de Sistematização Legislativa – Estado de Pernambuco (1989/90).

A matéria diposta a seguir versa sobre o Plano de Seguridade Social do Servidor Público Federal. Atualmente, são muitos os mandados de segurança interpostos na Justiça Federal – *Seção Judiciária do Estado de Pernambuco* – que buscam impugnar a contribuição que vem sendo cobrada destes Servidores.

Por isto, o interesse de se colocar o tema em debate.

A seguir, vai o que penso sobre o assunto.

Primeiramente, é preciso relatar as ocorrências jurídicas que o precedem.

Diz-se que, nos termos do Par. Ún., art. 149, CF/88, não há qualquer referência à União Federal naquilo que se refere à cobrança de contribuições de seus servidores para o custeio, em benefício deles, de sistemas de previdência e assistência.

Ao lado disto, havia norma constante em parágrafo do art. 231, L. n. 8112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas) prevendo que cabia ao Tesouro Nacional o custeio integral da aposentadoria dos referidos servidores. Esta norma (embora vetada pelo então Presidente, em face da sua contradição com o previsto em outros dispositivos do Regime Jurídico Único – arts. 183 e 231, que davam a entender pela existência de contribuições da parte dos servidores federais) foi revigorada pelo Congresso Nacional com a rejeição do veto, retornando-se à responsabilidade integral, pelo Tesouro Nacional, para o custeio das aposentadorias dos servidores públicos federais.

Então, este era o princípio defendido: o da responsabilidade integral do Tesouro.

Evidentemente que tal estado de coisas não poderia permanecer por muito tempo.

Daf, a L. n. 8162/91, em seu art. 9º, aumentou os percentuais das alíquotas da contribuição, sob o argumento de que também os servidores da Administração Pública federal (RJU) deveriam ser responsáveis pelo custeio das suas aposentadorias. No entanto, por haver o Congresso Nacional derrubado o veto que alterava o sistema de responsabilidade integral de custeio da parte do Tesouro Nacional, deixou de haver razão para a majoração das alíquotas, mantendo-se o percentual antigo de 6% (Dec. n.º 83.081/79, com as alterações introduzidas pelo Dec. n.º 90.817/85).

Foi assim que deliberou o STF, na ADIn n.º 790-4/93, dizendo:

a) ser desnecessária a edição de lei complementar para tratar do assunto. Isto porque, no entendimento que teve o Órgão Máximo do Judiciário nacional,

no art. 195, CF/88 alude-se aos termos da *lei*, sem adjetivá-la. Diz-se também que, no § 6º, art. 195, CF/88, não há referência à lei complementar, não se sujeitando as contribuições sociais previdenciárias à exigência presente na alínea “a”, inc. III, do art. 146, CF/88, que apenas se refere aos impostos. E, no Recurso Extraordinário nº 146.733-9-SP, concluiu-se que somente para os impostos é que cabe a exigência de lei complementar.¹ O Relator da ADIn. nº 790-4-DF, Tribunal Pleno, DJ de 23.04.93, foi o Min. MARCO AURELIO, cfme. LEX-178, outubro/1994, ps. 112/113;

b) serem inapropriadas as majorações de alíquotas, dado que, nas circunstâncias impostas pelo Congresso Nacional, continuava a valer o princípio do custeio integral pelo Tesouro (Ver ainda o princípio da equivalência entre o custeio e o benefício – art. 195, § 5º, CF/88).² Logo, de maneira expressa, reconhecia o STF a constitucionalidade deste princípio.

Por isto, não houve outra saída senão a de editar norma constitucional prevendo que as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais deveriam

1 Note-se, portanto, que o STF preferiu não analisar a questão sob o mandamento do art. 195, § 4º, que faz expressa remissão ao art. 154, inc. I, CF/88 (exigência de lei complementar) quando da instituição de outras fontes destinadas à manutenção ou expansão da seguridade social. Possivelmente, porque admita que este dispositivo diz respeito à Seguridade dos trabalhadores em sentido estrito, e não aos servidores públicos.

2 Nos termos do art. 195, § 5º, CF/88 vem disposto que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.” Partindo daí, se entendeu que não mais havendo a necessidade de custeio do benefício da parte dos servidores, pois permanecia a responsabilidade integral pelo Tesouro, desnecessária seria a majoração da nova fonte de custeio: a majoração das contribuições.

ser custeadas com recursos provenientes da União, mas não isoladamente. Também se mostravam imprescindíveis as contribuições dos servidores, mas na forma da lei (art. 40, § 6º, CF, de acordo com a redação da Emenda nº 03/17.03.93).

Faltava a lei.

A lei que surgiu foi a de nº 8.688/21.07.93, que preceituava uma nova redação para o § 2º, art. 231, RJU. Em síntese, restaram majoradas as alíquotas, e eliminado, agora, em nível subconstitucional, o princípio da responsabilidade integral pelo Tesouro Nacional. Aqui, foi observada a anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º, CF/88) ou seja, a exigência do respeito aos noventa dias, contados da publicação da lei, de modo que as novas alíquotas viessem a ser exigidas. As alíquotas passaram a girar em torno dos 9% a 12%, a depender dos valores dos vencimentos percebidos (alíquotas progressivas).

No entanto, esta mesma lei, no seu art. 2º, § 2º, previu a necessidade de o Poder Executivo encaminhar ao Congresso Nacional, no prazo de noventa dias contados da sua publicação, Projeto de Lei dispendo sobre o Plano da Seguridade Social dos servidores federais. É o dispositivo:

“Art. 2º. (...)

(...)

§ 2º. O Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional, no prazo de noventa dias, contados da data de publicação desta Lei, projeto de lei dispendo sobre o Plano de Seguridade Social do servidor, sua gestão e seu custeio, e **fixando as alíquotas a serem observadas a partir de 1º de julho de 1994.**” (Grifo nosso).

Observe-se que a própria lei previu o seu termo final de vigência.

Como vem sendo usual neste tipo de situação, o prazo não foi observado.

Por isto, o Poder Executivo lançou mão de Medidas Provisórias. A primeira foi a Medida Provisória nº 560/94, que vem sendo reproduzida em face do mandamento constitucional constante no art. 62, Par. Único, que fixa o prazo de trinta dias, contados da publicação da Medida para a perda de sua eficácia. Passados quase dois anos da primeira, vêm surgindo outras.

Disto, há quem entenda:

a) para alguns, as medidas provisórias são de todo descabíveis, porquanto findo o prazo para o encaminhamento e aprovação do Projeto de Lei previsto na norma apontada. Assim, descabíveis as Medidas Provisórias, e esgotada a vigência da norma anterior, qualquer cobrança (inclusive dos originais 6%) seria destituída de base legal;

b) para outros, embora imprópria a utilização das Medidas Provisórias, e esgotada a vigência da L. nº 8688/93, restaria aplicar as normas que autorizavam a alíquota de 6%, sendo este o direito anterior habilitado a evitar o vazio normativo.

Enfim, tenho comigo que a questão, como aqui se apresenta, não é outra senão de tentar delimitar o espaço constitucional das Medidas Provisórias, em matéria tributária.

Sobre isto, muito se tem afirmado. Por exemplo:

a) que a medida provisória, mesmo tendo *força de lei*, à lei não se equipara. Afinal, a lei é uma manifestação originária do Poder Legislativo, não preenchendo a Medida Provisória o princípio da estrita legalidade (art. 150, inc. I, CF/88). Assim, medida pro-

visória em matéria tributária constituiria invasão de competência;

b) acaso não convertida em lei, a medida provisória deixa de existir (*perde a eficácia*), devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações decorrentes da sua edição. Em matéria tributária, isto poderia implicar no caos do sistema, com a quebra de uma mínima segurança, porquanto o retorno ao direito anterior, em muitas situações, demandaria uma série de ações de repetição, cujo rito é inegavelmente lento afora as dificuldades impostas pelo precatório ... (art. 100, CF/88).

A despeito de tudo isto, o STF delineia uma posição favorável à adoção de Medidas Provisórias em matéria tributária. Neste sentido, vai a decisão que denegou a liminar na ADIn nº 1135-9, que seguirá logo adiante, acompanhada do relato e dos motivos firmados pelo Exmo. Sr. Juiz Presidente do Eg. TRF 5ª Região, Dr. NEREU SANTOS.

Antes, no entanto, cabe aqui a recordação de que o STF chegou a afirmar a respeito delas (art. 59, V, CF/88): “As medidas provisórias configuram, no direito constitucional positivo brasileiro, uma categoria especial de atos normativos primários emanados do Poder Executivo, que se revestem de **força, eficácia e valor de lei**. (...) a publicação da medida provisória atua como verdadeira *‘provocatio ad agendum’*, estimulando o Congresso Nacional a instaurar o adequado procedimento de conversão em lei.” (ADIn n. 293, DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, TP, DJ 16.04.93)

Retomando a ADIn nº 1135-9, conforme notícia o Dr. NEREU SANTOS, atual Presidente do Eg. TRF 5ª Região, o STF nela já negou liminar. (Rel. Min. CARLOS VELLOSO. J. 27.04.95, DJU de 18.08.95.

p. 24.894). Esta Ação foi interposta pretendendo atingir a Medida Provisória n.º 1271/96, uma das reedições da Medida Provisória 560/94.

Como se sabe, há tradição no STF no sentido de que, quase sempre, as decisões liminares são ratificadas em conclusão quando da análise do mérito.

Ao que disse o STF, aduziu o Dr. NEREU SANTOS: “Na verdade, não há entendimento pacífico nos Tribunais sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória guerreada. A meu ver, a sujeição ao prazo nonagesimal no § 6.º, do art. 195, da Constituição Federal, encontraria óbice na própria dicção da norma que apenas ampliou os limites tetos de cada faixa de remuneração, não alterando, assim, a alíquota da contribuição.” (DJU n.º 100, 24.05.96, Seção 2, p. 34346)

Por tudo isto, quer me parecer que:

a) é pacífico que a L. n.º 8688/93 respeitou o princípio da anterioridade nonagesimal. As medidas provisórias que a sucederam, repetindo os seus percentuais, não provocaram nenhuma surpresa para os contribuintes, não restando violado o princípio da segurança jurídica, nem tampouco a especial anterioridade, pois, no art. 195, § 6.º, CF/88, a exigência dos noventa dias é fixada para a hipótese de instituição ou de modificação da contribuição. No caso, as medidas provisórias nem instituíram nem modificaram a contribuição existente, salvo, como disse há pouco o Dr. NEREU SANTOS, naquilo que se refere aos *limites tetos das faixas de remuneração*. Logo, feita esta ressalva, a situação é plenamente compatível com a característica da eficácia desde a edição;

b) embora normalmente se diga, mesmo em doutrina, que as hipóteses de empréstimo compulsório em caso de guerra (ou iminência dela) e calamidade pú-

blica (art. 148, CF/88), ao lado da hipótese dos impostos extraordinários (art. 154, II, CF/88) são as únicas possibilidades, em direito tributário, para as medidas provisórias, considero que é indispensável a análise da situação concreta de modo a se concluir pela impossibilidade de utilização da medida provisória.

Isto porque, no art. 62, CF/88, nada há que restrinja o âmbito material e a utilização da medida provisória, diferentemente do que ocorria com o Decreto-Lei.

Assim, na hipótese que aqui se discute, os requisitos de urgência e relevância, embora não tenham sido confirmados com o envio do Projeto de Lei exigido pela L. n.º 8688/93, manifestam-se através da situação de fato que se apresenta na realidade nacional.

Isto porque, se com uma alíquota de 12%, ainda se vem entendendo que as aposentadorias integrais dos funcionários públicos implicam privilégio. O que não se dizer das aposentadorias integrais orientadas por um indigitado princípio de custeio integral pelo Tesouro? O custeio integral é incompatível com a necessária paridade que deve ser mantida com Estados, Municípios e o Distrito Federal, porquanto, do teor do Par. Ún. art. 149, CF/88, era esta a interpretação que se estava retirando.

Se o prazo não foi cumprido, é preciso perquirir sobre os motivos do não-cumprimento, sobretudo em uma situação onde manifestamente era isto o que se exigia.

O descumprimento do prazo não pode servir de desculpa, de modo a justificar uma falta de necessidade e urgência que a todos se apresenta.

Enfim, o que se propõe é a responsabilidade, no caso de omissão, daqueles que, devendo agir, retraí-

ram-se. Evidentemente que não se trata de uma responsabilização objetiva, sendo necessário o aprofundamento no tema. Afinal, os prazos foram feitos para ser cumpridos, salvo motivo razoável que justifique ao público o não cumprimento.

Dito isto, cabe a lembrança das palavras de um antigo, mas sempre citado, Jurista brasileiro, PONTES DE MIRANDA: “Com a antipatia não se interpreta, ataca-se”. (MIRANDA, Pontes de. Prólogo aos Comentários à Constituição de 1946. 4ª ed., BORSOI, 1963)

Parece ser este o caso das Medidas Provisórias, cada vez mais estimuladas quando do indesejado surgimento de situações desta ordem.³

3 É preciso ressaltar que, no exercício do Poder de Reforma, há uma evidente limitação quanto ao que pode vir a ser atingido por medidas provisórias. Haja vista o teor das Emendas Constitucionais nsº 05, 06, 07, 08 e 09; todas de 1995. Neste sentido, destaco as Emendas nsº 06/95 e 07/95, pois ambas reproduzem o mesmo texto, fazendo inserir o art. 246, nas Disposições Constitucionais Gerais. Diz o art. 246: “É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.”

CONTRIBUIÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL APOSENTADO AO PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL.

Danilo Fontenele Sampaio Cunha

É Juiz Federal na Seção Judiciária do Ceará, ex-Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, ex-Procurador do Município de Fortaleza e ex-Procurador da República. Concluiu as especializações em Criminologia e Direito Penitenciário pela UFC e o Curso de Aperfeiçoamento de Magistrados – Pós-Graduação em sentido lato – pela ESMEC, cursando, atualmente, Especialização em Direito Público – UFC.

Sumário

1. Introdução. 2. Da possibilidade de Medida Provisória tratar da matéria. 3. Breves comentários sobre os argumentos contrários a exação. 4. Conclusão. 5. Bibliografia consultada.

1. Introdução

Uma nova polêmica vem-se instalando no meio jurídico em relação à constitucionalidade, ou não, da contribuição do servidor público federal inativo para o Plano de Seguridade Social, ou, mais claramente, sobre a constitucionalidade da Medida Provisória nº 1415 de 29.04.96 (e suas reedições de ns. 1463, de 30.05.96, 1463-2, de 29.06.96 e 1463-3, de 29.07.96) que, através de seu art. 7º, deu nova redação ao art. 231 da Lei 8112/90, instituindo a mencionada exação.

Atualmente são muitos os mandados de segurança interpostos perante a Justiça Federal, o que me anima trazer a matéria para uma discussão ampla.

Esclareço, no entanto, que todos os argumentos a seguir explicitados representam apenas uma análise

provisória do assunto, cabendo a advertência de que as reflexões apresentadas não significam conclusões, mas traduzem, tão-somente, uma primeira impressão sobre o assunto, estando, conseqüentemente, sujeitas a reformulações.

2. Da possibilidade de Medida Provisória tratar da matéria

Inicialmente é de se ponderar, para efeito de ensejar o desenvolvimento do raciocínio, sobre a adequação de medida provisória para a criação de uma contribuição social.

Na verdade, o Supremo Tribunal Federal já acenou com a possibilidade de medidas provisórias tratarem de matéria tributária, o que fez ao denegar liminar na ADIn nº 1135-9 e ao afirmar que “As medidas provisórias configuram, no direito constitucional positivo brasileiro, uma categoria especial de atos normativos primários emanados do Poder Executivo, que se revestem de força, eficácia e valor de lei (...). A publicação da medida provisória atua como *‘provocatio ad agendum’*, estimulando o Congresso Nacional a instaurar o adequado procedimento de conversão em lei” (ADIn nº 293-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, TP, DJU 16.4.93).

De igual forma, ao examinar a Medida Provisória nº 1271, uma das reedições da Medida Provisória nº 560/94, o Excelso Pretório denegou a liminar então requerida (Rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. 27.04.95, DJU 18.08.95, p. 24894).¹

1 É de se registrar, no entanto, que a tese contrária é defendida com maestria por vários doutrinadores, destacando-se, a nosso ver, Roque Carazza, que, sustentando a idéia de que apenas lei ordinária pode criar ou aumentar tributos, afirma: “(...) queremos significar que apenas este ato normativo pode descrever ou alterar a hipótese de incidên-

3. Breves comentários sobre os argumentos contrários a exação

Argumentam os interessados, em suma, que a mencionada medida provisória produz efeito retroativo, atingindo diretamente os atos de inativação, maculando, portanto, o dogma da irretroatividade normativa e atingindo direitos adquiridos, refratários à inovação legislativa. Outrossim, acrescentam que tal imposição fere os princípios constitucionais da paridade vencimental entre ativos e inativos e da isonomia, uma vez que se destina tão-somente aos servidores civis, não atingindo os militares.

Argumentam, ainda, que a redação do § 6º do art. 40 da Constituição Federal traduz a restrição da cobrança de contribuição social para o Plano de Seguridade Social apenas dos servidores ativos, pois o Texto Magno afirmou “contribuições dos servidores” e não “contribuições dos servidores ativos e inativos”.

Na mesma vertente de raciocínio, entendem alguns que se constitui em rematada injustiça tratar de modo uniforme pessoas que se encontram em situações jurídicas díspares, ou seja, os servidores públicos ativos, ao contribuírem para a seguridade social do servidor público, estão custeando, com as suas prestações prolongadas no tempo, as suas próprias aposentadorias e pensões, enquanto os inativos, precisamente por

cia, o sujeito ativo, o sujeito passivo, a base de cálculo e a alíquota das várias exações, observados os permissivos do art. 153, parágrafo 1º, da Constituição brasileira e, naturalmente, as competências legislativas de cada pessoa política (assim, por exemplo, a lei ordinária federal só poderá criar ou aumentar tributos federais). (...) Em suma, a tributação no Brasil, deve ser decidida, não pelo Executivo, “mas pelos representantes do povo, livremente eleitos para fazer as leis” - Sacha Calmon Navarro Coelho (in Curso de Direito Constitucional Tributário, Malheiros, 8ª edição, 1996, p. 186).

já se encontrarem nessa situação, não têm a expectativa de virem, no futuro, a auferir o direito a nova inativação.

Em que pese todo o respeito aos argumentos expostos, entendo que a matéria está sofrendo, por assim dizer, um certo desvio de perspectiva. Senão vejamos:

3.1- Da definição de Seguridade Social.

Entendo que a primeira noção a ser fixada é a de “Seguridade Social”, uma vez que é comum a impressão de que Seguridade Social refere-se somente à aposentadoria.

Na verdade, segundo os arts. 184 da Lei 8112/90, e 194 da Constituição Federal, a Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. O Plano de Seguridade Social, por sua vez, visa a dar cobertura aos riscos a que estão sujeitos o servidor e sua família, compreendendo um conjunto de benefícios e ações que atendam às finalidades de garantir meios de subsistência nos eventos de doença, invalidez, velhice, acidente em serviço, inatividade, falecimento e reclusão, proteção à maternidade, à adoção e à paternidade e assistência à saúde.

Assim, não se há de concluir pela existência do aspecto tão-somente retributivo dos Planos de Seguridade Social da Administração. Explico melhor: parece que o raciocínio de alguns é no sentido de que só se contribui para a Seguridade Social com a finalidade de se aposentar e que, na inatividade, estaremos recebendo aquilo que depositamos nas mãos da Administração.

Entendo que não é somente isso. Tal procedimento meramente retributivo pode ser verdadeiro nos casos de previdência privada (como a patrocinada por Instituições Financeiras particulares), ou seja, quando nos propomos a contribuir para um fundo de poupança vinculada ou equivalente para, daí a alguns anos, recebermos tudo de volta. Isso sim é que é um plano privado de aposentadoria.

No caso da Seguridade Social, por assim dizer, estatal, entendo que o objetivo é bem maior, duvidando até que exista alguma relação direta de proporcionalidade entre a quantia descontada do servidor e aquela recebida na inatividade. Parece-me mais exato afirmar existir uma relação entre o número de servidores ativos, que custeiam os servidores inativos, e o número destes. Aliás é o que se discute atualmente em países em que há um enorme número de aposentados e quantidade ínfima de servidores ativos.

Parece-me, pois, que a Seguridade Social abrange não apenas a aposentadoria mas uma teia de benefícios como previsto nos artigos 184 da Lei 8112/90 e 194 da Constituição Federal.

3.2 – O argumento da não redução dos proventos e da não inclusão dos militares.

Pois bem, o primeiro argumento é o de que não se poderia reduzir os proventos dos aposentados sob pena de macular-se o princípio do direito adquirido, pecando-se, assim, no desconhecimento do assento jurisprudencial segundo o qual a aposentadoria deve se reger pela lei em vigor na época da inativação².

2 Súmula 359 do STF: “Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária”.

Ora, se assim fosse, o aposentado não poderia nunca sofrer a incidência de qualquer tributo novo ou mesmo da majoração de um tributo existente na época da aposentação. Assim, estaríamos criando uma diferenciação entre servidor ativo e inativo, sem qualquer plausibilidade no descrímen, desconhecendo os fatores de pertinência lógica exigidos para tal.

Um exemplo evidencia a tibiez de tal raciocínio: um aposentado, segundo o entendimento assim defendido, não pagaria nenhum aumento de imposto de importação, nem sofreria as alterações da legislação do imposto de renda e (quem sabe..) poderia até exigir uma redução dos preços das mercadorias, uma vez que não aceitaria a redução de seus proventos ante um aumento do ICMS.

Creio, pois, que o respeito à legislação vigente ao tempo da aposentação refere-se tão-somente à permanência dos mesmos requisitos então exigidos para a inatividade, não podendo lei posterior prejudicar os beneficiários, e não à incidência de tributos genericamente instituídos.

Outrossim, os militares possuem regime funcional próprio, bem como regime específico de Seguridade Social, não sendo de reconhecer-se nenhuma mácula ao princípio da isonomia a sua não inclusão na redação do art. 231 da Lei 8112/90.

3.3 – Servidores e “ Servidores” ...

Entendem alguns que o § 6º do art. 40 da CF, ao dizer que “as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei”, está se referindo apenas aos servidores ativos.

Assim, tentam convencer-se de que apenas os servidores ativos é que custeiam as aposentadorias e pensões (relembre-se que Seguridade Social é mais do que isso.), porque a CF não mencionou “*servidores ativos e inativos*”, concluindo que a expressão “servidores” refere-se apenas aos servidores ativos.

Ora, se assim fosse, chegaríamos imediatamente a um paradoxo, qual seja: O parágrafo único do artigo 149 da CF diz que “Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição social, cobrada de seus servidores, para o custeio, EM BENEFÍCIO DESTES, de sistema de previdência e assistência social”. Assim, se a palavra *servidores* diz respeito apenas aos servidores ativos, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios só poderiam instituir contribuições destes para o sistema de previdência e assistência social dos próprios, nada sendo previsto quanto aos aposentados, cuja fonte de custeio, então, inexistiria.

Penso que tal raciocínio não se sustenta, visto que, quando a Constituição Federal desejou diferenciar servidores ativos de inativos, assim o fez, como no § 4º do art. 40.³

3.4 – Da não incidência prevista no art. 153, § 2º, II, CF.

Outro argumento favorável à constitucionalidade da exação é o de que a Constituição Federal, quando quis proteger os aposentados, o fez expressamente,

³ Art. 40 - Parágrafo 4º: Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

como no art. 153, parágrafo 2º, inc. II, ao afirmar que o Imposto de Renda não incidirá, nos termos e limites fixados em lei, sobre rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, pagos pela previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a pessoa com idade superior a sessenta e cinco anos, cuja renda total seja constituída, exclusivamente, de rendimentos do trabalho.

Assim, *a contrario sensu*, se nada previu sobre as contribuições sociais ou outros tributos, nada mais há que se questionar.

3.5 – Da necessidade de fonte de custeio.

Entendo que a base constitucional da Seguridade Social dos servidores públicos não é o art. 195 da CF, mas sim o 149, que possibilita à União instituir contribuições sociais⁴. No entanto, o § 5º do art. 195 afirma: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

Pois bem, tal dicção parece orientar o legislador a buscar sempre uma fonte de custeio para os benefícios previstos nos planos de seguridade social e, conseqüentemente, nada mais razoável que a fonte de custeio do Plano de Seguridade Social do servidor abranja as contribuições dos ativos e inativos.

4 Art. 149- Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. Parágrafo único: Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.

3.6 – Do início da cobrança.

Um outro argumento surge a partir do entendimento de que a contribuição em tela só pode ser cobrada a partir dos noventa dias seguintes à publicação da medida provisória que for oportunamente convertida em lei.

Na verdade, se a medida provisória tem força de lei e entra em vigor na data da sua publicação, entendo que, em sendo a mesma oportunamente reeditada, persiste, entre os seus efeitos, o de iniciar a contagem do prazo nonagesimal, previsto no art. 195, § 6º, CF.

Mas alguns defendem que, com a reedição da medida provisória não transformada em lei, os efeitos da anterior cessam por completo, nada gerando, sendo que sua reedição produz a reabertura do prazo nonagesimal.

Entendo, porém, que, se é verdade que as medidas provisórias não transformadas em lei perdem sua eficácia desde a edição (parágrafo único do art. 62), também é verdade que cabe ao Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. E se o Congresso não se manifestar, os efeitos continuam valendo até o pronunciamento deste, sob pena de invadir-se competência constitucionalmente posta.

Imaginemos que uma MP é editada prevendo uma isenção qualquer e as pessoas, milhares delas, sejam levadas a consumir determinado produto, carros importados, por exemplo. E suponhamos que, depois de um mês, tal medida provisória não é convertida em lei. Pelo raciocínio acima, a Administração poderia cobrar todos os tributos anteriormente isentados.

De igual forma, se assim fosse, as reedições das medidas provisórias não teriam utilidade. Acrescente-se, ainda, que mera repetição de medida provisória já editada nada inova no mundo jurídico, limitando-se a

preservar a existência da inovação desejada pelo Executivo até que o Congresso se manifeste. Hipótese diferente é a não simples reedição, mas modificação, supressão ou acréscimo do texto original (recorde-se que o § 6º do art. 195 fala no prazo de 90 dias apenas para a lei que houver instituído ou majorado as contribuições, e reedição de medida provisória que instituiu contribuição não significa nova instituição, mas simples continuidade da existência da contribuição objeto da medida provisória inicial).

Em meu sentir, portanto, a medida provisória que criou a contribuição do inativo, sendo reeditada e cumprindo o prazo nonagesimal, efetivamente respeitou os desígnios constitucionais da não surpresa do contribuinte, podendo a referida exação ser cobrada ao término de tal prazo, já que a continuidade das medidas provisórias confere-lhes a necessária validade sucessiva.

As decisões judiciais sobre o assunto são raras, podendo-se destacar uma que trata de matéria não tributária, mas encampa o mesmo raciocínio:

“ A reedição das medidas provisórias ainda é possível, estando em discussão a lei que regulamenta a utilização, pelo Executivo, desse expediente. No caso dos autos, embora a MP 227 já tivesse perdido sua eficácia, quando do despacho impugnado, vigia a MP 250, e posteriormente veio a MP 267, que, finalmente, por força do Projeto de Lei de Conversão nº 55, transformou-se na Lei nº 8157/91. Inexistiu qualquer intervalo entre elas, pelo que se pode afirmar que a lei citada convalidou os atos praticados sob a égide de todas as medidas provisórias que a antecederam, e que trataram o assunto de forma idêntica. “ (Ac. un. da 2ª Câmara do 2º TAC-SP – Ag. 310.763/9-00, rel. J. Assumpção Neves, j. 29.4.91, Repertório IOB de Jurisprudência nº 13/91, p. 226; g.n.)

3.7 – Da mácula ao princípio da isonomia.

Raciocinam alguns que, se é verdade que o princípio da isonomia expressa a igualdade de tratamento perante a lei, devendo seu aplicador levar em consideração as situações iguais para tratamento igual e situações desiguais para serem tratadas na forma da desigualdade, devemos aceitar que o servidor inativo não terá os mesmos benefícios da seguridade social que o servidor ativo usufrui.

Na verdade, assim reza o art. 185 da Lei 8112/90:

“Art. 185 – Os benefícios do Plano de Seguridade Social do servidor compreendem:

I – quanto ao servidor:

- a) aposentadoria;
- b) auxílio-natalidade;
- c) salário-família;
- d) licença para tratamento de saúde;
- e) licença à gestante, à adotante e licença-paternidade;
- f) licença por acidente em serviço;
- g) assistência à saúde;
- h) garantia de condições individuais e ambientais de trabalho satisfatórias;

II – quanto aos dependentes:

- a) pensão vitalícia e temporária;
- b) auxílio-funeral
- c) auxílio-reclusão;
- d) assistência à saúde.

Pois bem, desses benefícios, por dicção legal, o inativo só vai usufruir do salário-família, (art. 197), auxílio-natalidade e assistência à saúde.

As situações são, pois, aparentemente diversas, e, ao que parece, o inativo não deveria contribuir com

a mesma alíquota do servidor ativo, já que usufruirá de menos benefícios.

Ocorre que a Medida Provisória nº 1463 afirma, dando nova redação ao parágrafo 3º do art. 231 que “a contribuição mensal incidente sobre os proventos será apurada considerando-se as **mesmas alíquotas e faixas de remuneração** estabelecidas para os servidores em atividade”, o que feriria o princípio isonômico, sendo portanto referida medida provisória inconstitucional na sua totalidade, já que não cabe ao Judiciário estabelecer alíquotas.

O argumento é, sem dúvida, sedutor. Mas, como todas as paixões, deve ser examinado com cuidado, senão vejamos:

Na verdade, como bem pondera o ilustre magistrado Dr. Hélio Ourém Campos – Juiz Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, a simples “quantidade” de benefícios auferidos por uma ou outra categoria de servidores, por si só, não representa diferenciação tendente a macular o princípio isonômico. É que se deve encarar tais benefícios **qualitativamente e não quantitativamente**.

Na realidade, o servidor inativo recebe a aposentadoria enquanto o ativo recebe o salário, sendo que os outros benefícios exclusivos do servidor ativo não representam nenhum ganho monetário mas dizem respeito justamente à manutenção do salário, isto é, significa que os servidores ativos não terão descontados dos seus vencimentos os dias em que faltarem devido à licença para tratamento de saúde, licença à gestante, à adotante, licença-paternidade, e licença por acidente em serviço, situações evidentemente inaplicáveis ao servidor inativo.

4. Conclusão

Meu desejo, ao ousar falar sobre tema tão recente, apoia-se na certeza de que somente pela exposição de teses opostas é que novos e mais completos raciocínios são desenvolvidos. Meu intuito outro não foi que o de aprofundar ainda mais o debate e não chegar à elaboração de conclusões sobre um assunto ainda tão propício a diferentes interpretações⁵.

5. Bibliografia consultada:

- 1- ATALIBA, Geraldo – Hipótese de Incidência Tributária, 4ª edição, 1990, Editora Revista dos Tribunais;
- 2- BOTELHO, Werther, Da Tributação e sua destinação- 1994- Editora Del Rey
- 3- CARRAZZA, Roque de Brito – Curso de Direito Constitucional Tributário, 8ª edição, 1996, Editora Malheiros;
- 4- CARVALHO, Paulo de Barros, – Curso de Direito Tributário, 4ª edição, 1991, Editora Saraiva;
- 5- COELHO, Sacha Calmon Navarro Coelho – Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário, 1990 – Editora Forense – Rio de Janeiro, 1ª edição.
- 6- MACHADO, Hugo de Brito – Curso de Direito Tributário, 7ª edição, 1993, Editora Malheiros.

5 É de se acrescentar que o Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, divulgada no Informativo STF nº 38, de 1º e 2 de agosto de 1996, p. 1, na ADIn nº 1441-DF, e versando sobre a arguida inconstitucionalidade da MP 1415/96, cujo Relator foi o Ministro Octávio Gallotti, entendeu, em sede de cautela, que: “ a) a Medida Provisória em questão não fora editada na mesma sessão legislativa em que o Congresso rejeitara o projeto de lei versando a matéria (donde a aparente improcedência da pretendida violação ao art. 67 da CF); b) que a nova contribuição não ofende o princípio da irredutibilidade de vencimentos (CF, art. 37, XV); e c) que, sendo a disciplina constitucional dos proventos de aposentadoria substancialmente idêntica à da remuneração paga aos servidores em atividade, não seria de acolher-se, num primeiro exame, o raciocínio de que a CF, ao referir-se no inciso II do art. 195 a ‘trabalhadores’, teria excluído a possibilidade de cobrança da discutida contribuição dos servidores públicos aposentados. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que não via, na espécie, a urgência necessária à edição da medida provisória (CF, art. 62, caput).

LEGALIDADE E ISONOMIA TRIBUTÁRIAS: A QUESTÃO DA SUA DEMARCAÇÃO

JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES

Advogado. Prof. de Filosofia da Faculdade de Direito do Recife, e de Direito Tributário dos cursos de Pós-Graduação da UFPE. Diretor da Faculdade de Direito do Recife.

“Decerto o limite não é somente o contorno e o quadro, não é só o lugar onde alguma coisa estanca. O limite significa o por que alguma coisa é reunida no que ela tem de próprio, para aparecer em toda a sua pleinitude, para vir à presença” (MARTIN HEIDEGGER).

“O que excluir e o que incluir? Esse é o problema” (HUGH LOFTING).

1 – Legalidade tributária soa para nós como expressão gasta e desgastada pelo uso. De modo que retomar esse tema envolve uma decisão particularmente arriscada: a de ser sobre ela dito o já dito e assim não pensar-se – para além do que foi doutrinária e jurisprudencialmente pensado – o que nela restou impensado. Surpreende no entanto que este impensado seja precisamente a questão mais eminente e por isso mesmo a mais digna de ser questionada: a questão da demarcação, ou seja, o confinamento da legalidade tributária nos seus limites constitucionais. Que outros ela não os conhece.

2 – Regime constitucional paradoxal o da legalidade tributária. Porque, sendo ela própria um limite –

limitação constitucional ao poder de tributar (CF, arts. 146, II e 150, I) – suporta, também, as suas próprias limitações. Quais sejam esses limites é o que até agora restou impensado. Porque o limite (a demarcação) sempre foi incorretamente entendido como uma limitação (redução) e não como o que faz um sentido objetivo de dever-se aparecer no estado de descoberto, a presença do que lhe dá individualidade. E possibilita assim seja a legalidade aquilo que realmente é, fazendo transparecer o seu conteúdo normativo próprio. Descobrir o que ela é e desvendar o seu dever-ser são a mesmíssima coisa.

3 – A CF, no seu art. 5º, II, estabelece o princípio geral da legalidade: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Princípio expresso de onde promana o princípio implícito da legalidade tributária – em tudo e por tudo igualmente vinculante para o seu intérprete e aplicador. Mas a CF, em homenagem à pormenorização, reitera a legalidade tributária, dentre as “limitações ao poder de tributar” (art. 150, I). Desnecessária a explicitação porque se ninguém pode ser a algo obrigado senão em virtude da lei, ninguém deverá ser obrigado a prestar tributo (relação obrigacional típica) se a lei não o determinar.

4 – Mas a legalidade tributária não é apenas um dentre outros princípios, igualmente eminentes, instituidores dos direitos e garantias fundamentais do art. 150 da CF. Não deve ser reduzida a mera explicação, no âmbito tributário, do princípio geral da legalidade. É diversamente o mais eminente dentre esses princípios constitucionais – o que mais fortemente nos convoca à meditação. Desconcertante asserção porque a isonomia é não só anunciada no **caput** do art. 5º,

mas também no seu item I, a sugerir uma primazia sua não apenas teórica, mas na ordem da importância. E com isonomia, os demais direitos e garantias fundamentais da CF perderiam toda a sua eficácia. Estranha garantia que uma discriminação constitucionalmente tolerada afastaria. Todos os brancos seriam iguais perante a lei, mas os pretos, desiguais, estariam excluídos da legalidade. Todos os católicos estariam beneficiados pela proteção do Estado, mas os protestantes e espíritas, não. Benefícios fiscais, p. ex., poderiam ser instituídos em favor de minorias economicamente fortes, com exclusão das majorias compostas pelos economicamente deserdados. Não seriam beneficiados por **habeas corpus**, **habeas data**, mandado de injunção ou mandado de segurança os que não se inscrevessem no partido do governo... E assim por diante. A isonomia é como que uma linfa que perpassa todos os direitos e garantias fundamentais da CF.

5 – Formalmente incoincidentes contudo a linguagem-objeto, a do ordenamento constitucional e a metalinguagem doutrinária que a descreve. Legalidade e isonomia tributárias devem, sem contra-indicação alguma, ser descritas e explicadas como um só princípio: todos são iguais diante da lei tributária. A legalidade é a morada da isonomia. Esta não se manifesta em atos infralegais. Que apenas dão seqüência aos atos de recepção da isonomia constitucional pela legalidade integrativa da CF. Pobre garantia seria a isonomia se viesse a adentrar-se no sistema jurídico apenas pela via regulamentar ou de portarias, ordens de serviço, “pareceres-normativos”, instruções normativas e outros atos que tais. Não se deve, em linguagem doutrinária, ocultar a identificação dos dois princípios da linguagem constitucional: ninguém deverá ser obrigado

a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da **lei isônoma**. Legalidade tributária e isonomia tributária: o mesmo.

6 – Legalidade tributária não há de ser reduzida, em sua magnitude, a um princípio apenas **formal**. Se assim o fora, a sua eficácia restringir-se-ia à exigibilidade de igualdade formal diante da aplicação da lei. Dada a sua incidência, a lei deveria sempre ser aplicada, com abstração do seu conteúdo, materialmente isônomo ou não que fora. Atos administrativos **materiais** poderiam constituir o conteúdo da lei tributária **formal**. Isenção tributária individual poderia ser veiculada por ato formalmente legislativo. Assim todavia não acontece. Porque, já aí, insinua-se o problema da demarcação de competência dos poderes governamentais.

7 – O princípio da legalidade não pode ser pretexto para a edição de atos individuais pelo legislativo porque o limite da legalidade, no ordenamento constitucional brasileiro, é a tripartição do poder. Legalidade, entendida como o poder de legislar não é o poder todo. É poder repartido. Por isso é o consectário de uma competência que necessariamente se define como autorização e limitação. Pela autorização, todas as funções compreendidas na outorga da competência devem ser exercidas; pela limitação, dar-se-á a circunscrição da competência a essas funções, com exclusão de quaisquer outras. À lei tributária, no direito brasileiro, só é vedado invadir a seara dos atos individuais em matéria tributária – atos administrativos e sentenciasais que versem sobre tributos. O poder só contém o poder porque é demarcado. É esse o significado mais importante da tripartição constitucional do poder (art. 2º). Não é pois a legalidade um princípio só **formal**.

8 – Fora desse balizamento, a legalidade tributária quase não conhece limites. Tanto assim é que o sistema constitucional em vigor não tolera a edição de “regulamentos autônomos”: decretos e regulamentos, no Brasil, só para a fiel execução das leis (art. 84, IV). E, o que é vedado ao Presidente da República também o será, dado o modelo simétrico do federalismo brasileiro, aos Governadores dos Estados e Prefeitos Municipais.

9 – As vicissitudes maiores da legalidade tributária não se manifestam contudo no âmbito da sua institucionalização normativo-constitucional. No texto constitucional, ela não é apenas formalmente reiterada (arts. 5^a, II e 150, I) nem essa reiteração sequer a individualiza. Também a isonomia tributária o é. Repete-se o enunciado geral da isonomia (art. 5^a, **caput** e item I) no enunciado específico da isonomia tributária relativa à graduação de impostos conforme a capacidade contributiva individual (art. 144, § 1^a); na vedação de tratamento tributário desigual entre os contribuintes (art. 150, II) e na progressividade do imposto sobre a renda (art. 153, § 2^a, I). Essa reiteração é inteiramente despicienda. Em nada acrescenta ao âmbito material da validade do princípio geral da isonomia, nem lhe acresce coisa alguma em eficácia. Mas essa superabundância normativa revela por si só o cuidado de preservar a legalidade tributária isônoma.

10 – Essas vicissitudes se manifestam na aplicação (prática) constitucional. Porque já aí as regras excepcionais tendem a converter-se em princípio e o princípio em exceção. A aplicação do art. 55 da CF de 1967/69 manifesta essa subversão constitucional suprema. Decretos-leis em matéria tributária dispuseram sobre tributos com a maior desenvoltura e sobretudo

incontenção dos seus próprios limites. Por esse caminho, verdadeiro descaminho, a legalidade tributária retraiu-se na ocultação das coisas esquecidas, convertendo-se num enunciado apenas retórico, isto é, destituído de efetividade concreta: à lei se permite praticamente tudo, contanto que, ela, efetivamente, nada regule.

11 – Aos mais desavisados, as medidas provisórias (CF de 88, art. 62) pareceram – só na aparência das coisas superficiais porém – ter alterado para melhor esse panorama. Se alteração houve foi para que tudo (ou quase tudo) continuasse como dantes... Não há demarcação do critério da “urgência” e do “interesse público relevante” (e a rigor todo interesse público o é). O pretexto é a indeterminação – necessariamente relativa – desses conceitos. Mas se fossem conceitos absolutamente indeterminados na esfera jurídica recairiam, só por isso, no âmbito do político. Nesse caso, por que a sua indicação no texto constitucional? Acaso deveria atribuir-se ao Presidente da República, a mais alta investidura no âmbito do executivo federal, curar de coisas “irrelevantes”? A relevância portanto, no texto constitucional, não se contrapõe ao irrelevante. Contrapõe-se isso sim, ao que, posto relevante, urgente não é. Os dois requisitos do art. 62, **caput** são portanto cumulativos e nunca mutuamente excludentes.

12 – Se a medida provisória tem “força de lei” é porque ela não se equipara à lei em caráter absoluto. Quanto à eficácia – admitidos é claro os seus próprios e muitíssimo mais estreitos limites de validade – as medidas provisórias equiparam-se à legalidade, se entendida a eficácia como uma potencialidade, a mera susceptibilidade à produção de efeitos concretos dos atos normativos gerais: observância delas pelos seus

destinatários. Mas as medidas provisórias com a lei confundem-se formal ou materialmente. Identidade e diferença a um só tempo portanto. Se materialmente se confundissem com a lei, viriam a ser teratologicamente um substituto universal da legalidade ao exclusivo dispor do Presidente da República. Se assim o fora, o Brasil não poderia a rigor proclamar-se um “Estado Democrático de Direito” (CF, art. 1º). Mas é precisamente porque a medida provisória tem força de lei que com esta não se confunde. E deve então comportar um critério de demarcação estrito. Precisamente o contrário do que ocorre na prática constitucional brasileira. A rigor a sua exegese estrita não decorre da sua excepcionalidade, mas da universalidade do âmbito de validade da legalidade.

13 – Insinua-se no entanto a indagação inquietante: cabe medida provisória em matéria tributária, onde os casos de urgência são topicamente objeto de regulação específica, inconfundível com a do art. 62? Por exemplo, se investimento público é urgente, rende-se espaço à lei complementar para a instituição do empréstimo compulsório (art. 148, II). Será essa competência cumulativa com a edição das medidas provisórias, transformando-as num sub-rogado da lei complementar? Na doutrina, há voz autorizada e que, com exuberante fundamentação, responde pela negativa (MIZABEL DERZI, in RDP 45/130). Essa contudo pode permanecer como manifestação doutrinária que não consiga convencer o judiciário.

14 – A prevalecer o entendimento doutrinário supra, a instituição e majoração de tributos funcionariam como limites à competência para a edição de medidas provisórias. E essa contenção do executivo corresponderia a uma função da maior eminência. Se

ao contrário ele for desprestigiado pelos órgãos aplicadores da CF – órgãos judiciais, entenda-se – a legalidade tributária também aí se retrairá. E passará a predominar a necessidade de demarcarem-se os limites das medidas provisórias já no interior do ordenamento tributário. O problema da demarcação retorna sempre, mesmo que os juristas dele sequer se apercebam.

15 – Só com sua aprovação pelo Congresso Nacional a medida provisória se identifica com a lei (CF, art. 62, § único). Mas, aí, é só da lei em sentido formal e substancial que se passa a cogitar. As medidas provisórias vigoram desde a sua abolição. Do contrário não seriam urgentes, nem poderiam perder a eficácia a partir da data em que fossem editadas. Só ato normativo em vigor produz eficácia, o seu efeito jurídico próprio. A perda *ex tunc* da eficácia da medida provisória decorrerá de sua desaprovação pelo Congresso Nacional.

Mas a lei, que aprova a medida provisória, tem limites constituintes. E, dentre esses, a irretroatividade. Logo, da necessidade de aprovação da medida provisória pelo Congresso Nacional, não se pode extrair argumento válido em favor de sua identificação de regime jurídico constitucional com o da legalidade. Haverá sempre um intertempo entre a edição e a aprovação da medida onde a legalidade não terá hora ou vez.

Como se fossem conclusões.

1 – A generalidade da lei – e portanto da lei tributária – não é um princípio lógico-jurídico-positivo da tripartição do poder.

2 – Sendo a legalidade, ela própria, uma limitação constitucional do poder de tributar não conhece outras limitações ao seu âmbito material de validade que não as constitucionais.

3 – É necessário proceder a uma hierarquização formal e substancial dos princípios constitucionais.

4 – Legalidade e isonomia tributária podem – e devem – ser discritos, na metalinguagem doutrinária, como um só princípio: ninguém deve ser tributariamente obrigado senão em virtude da lei isônoma.

5 – O princípio constitucional da legalidade, assim descrito, não é apenas um dentre outros igualmente eminentes; é o mais eminente dos princípios no elenco dos direitos e garantias individuais.

6 – Decretos e regulamentos autônomos em matéria tributária, assim entendidos os que preenchem “claros” na legalidade tributária, são incompatíveis com o sistema constitucional brasileiro.

Conclusões temáticas

I) A lei complementar não pode criar tributo federal, se e enquanto entendida a expressão “criar tributos” – como tradicionalmente nomeada pela doutrina – a instituição em lei ordinária. Não é o **quorum** especial a CF, art. 69, que converterá a lei tributária (ordinária) em lei complementar (regime jurídico-formal). É necessário conjugá-lo com as matérias constitucionalmente postas sob reserva da lei complementar (regime jurídico-material). Essa conclusão estará contudo limitada: (a) pelo art. 148, quando se entender que o empréstimo compulsório é tributo, porque de qualquer sorte só lei complementar pode instituí-lo; (b) pelo art. 154, itens I (impostos residuais) e II (impostos extraordinários de guerra), ambos sob reserva da lei complementar.

II) O contribuinte tem direito adquirido a não ver tributado fato que aconteceu na vigência da lei que o declarava irrelevante para efeitos tributários. O direito

pode alterar-lhe o significado normativo ou apenas alcançar fato já acontecido (hipóteses de retroatividade). A proibição de retroatividade não é um princípio lógico jurídico. Mas a CF de 1988, art. 5º, XXXVI, veda a retroatividade tributária em homenagem à segurança e boa fé nas relações entre fisco e contribuinte.

III) Juridicamente redução do prazo de pagamento e majoração de tributos significam o mesmo. Precisamente porque a redução do prazo de pagamento implica majoração do **quantum** de prestação tributária. E significam o mesmo porque submetidas a idêntico regime constitucional: a CF de 1988 coloca sob reserva de lei tanto a instituição quanto a majoração de tributos (art. 150, I).

IV) No sistema constitucional tributário, impera a rígida segregação de competência entre Estados e Municípios. Só há limites constitucionais ao poder de tributar. Logo a lei complementar não pode definir como serviço (competência tributária do Município, art. 156, a venda de mercadorias (competência tributária do Estado, art. 155, I, b)).

MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM. ALTERNATIVAS À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CONVENCIONAL

Ruy Trezena Patu Júnior

Juiz de Direito na Comarca do Recife e Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

Sumário

1. Introdução: 1.1. Origens históricas da arbitragem e da prestação jurisdicional – 1.2. A situação nos dias atuais – 1.3. O propósito deste artigo – 2. O monopólio estatal da função julgadora – 2.1. Origem e evolução histórica – 2.2. O Poder Judiciário – 3. A jurisdição estatal – 3.1. Características – 3.2. O Estado-parte. Contradições – 3.3. A burocracia e a morosidade da Justiça diante das novas exigências sociais – 4. A globalização da economia e a jurisdição estatal – 5. Tendências da prestação jurisdicional estatal: O *judicial control* e o avanço do direito coletivo e das medidas de controle da legalidade – 5.1. As pequenas causas e os juizados especiais – 6. A arbitragem como forma alternativa de prestação jurisdicional – 6.1. História – 6.2. Vantagens e desvantagens da arbitragem sobre a jurisdição estatal – 6.3. Tendências atuais e perspectivas futuras da arbitragem – 6.3.1. Privatização da Justiça? 7. Outras alternativas de composição de conflitos interpartes – 7.1. A mediação – 7.2. A conciliação como etapa processual informal e formal – 8. Conclusão – 9. Bibliografia: 9.1. Livros – 9.2. Revistas.

1. INTRODUÇÃO:

1.1. ORIGENS HISTÓRICAS DA ARBITRAGEM E PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Examinando as raízes históricas do monopólio estatal tendente à solução de litígios, compondo-os e exercendo o que no vocabulário jurídico chamamos de

jurisdição, constatamos, para nossa surpresa, que a função julgadora surgira antes mesmo da legislativa. E ainda mais: não foi o Estado que implantou os seus fundamentos na sociedade politicamente organizada. Antes dele, era comum as partes, de forma livre e soberana, valerem-se de árbitros para solucionar as suas pendências. A intromissão do Estado nos assuntos, pelo menos no sistema romanístico, deu-se a partir do fim do século II a.C., na época da *Lei das XII Tábuas*, porque, até então, a intervenção do *Pretor*, no julgamento das causas cíveis, dava-se na condição de mero observador, num processo em que as partes interessadas, depois de prestarem o compromisso de estilo, escolhiam um árbitro (*Judex*) que gozasse da confiança mútua e que, em razão dos seus dotes morais e habilidades profissionais, decidisse a causa de acordo com a lei ou com a equidade. Não se admitia, nos assuntos meramente privados, a intervenção de representantes do Estado, posto que consagravam o princípio da arbitragem como parte dos seus direitos individuais de escolher um juiz, que lhes fosse de estrita confiança, não imposto autoritariamente por Roma.

Essas regras só foram alteradas a partir do momento em que o Estado romano fortaleceu-se e, diante da ameaça de perder o controle das massas populares, num ambiente territorial em constante expansão, investiu-se da capacidade de exercer a função jurisdicional em sua plenitude (cível e criminal), monopolizando-a. O *Pretor*, invadindo a área própria da iniciativa privada, contrariando também a ordem preestabelecida, passou a conhecer do mérito dos litígios entre os particulares, proferindo sentenças em vez de aceitar a nomeação de um árbitro. Daí, então, fincou-se, definitivamente, entre os povos dominados pelo

poder romano, com repercussões na atualidade, a idéia de que a função jurisdicional, na sua inteireza, é atribuição exclusiva do Estado.

1.2. A SITUAÇÃO NOS DIAS ATUAIS

Notem que, observadas as exigências atuais, a evolução do processo nos dias de hoje aparenta indicar uma involução, pois se antes se partiu da *autocomposição* para a *arbitragem facultativa*, e desta para a *arbitragem obrigatória* estatal, hoje, parece que se tenta o caminho inverso. Procura-se resgatar a arbitragem facultativa, dando-se-lhe o prestígio de antes, ao mesmo tempo em que se introduzem, no processamento das ações judiciais, prévia ou incidentalmente, técnicas de autocomposição, como a conciliação, por exemplo. Mas, como veremos a seguir, isso é só uma aparência. Na verdade, o que se busca é a identidade perdida do processo.

1.1. O PROPÓSITO DESTE ARTIGO

No decorrer deste artigo, partindo das origens históricas, mostraremos que o Estado, ao avocar para si quase que exclusivamente o monopólio jurisdicional, fê-lo com a intenção de exercer um maior controle sobre o jurisdicionado e de suprimir outras *jurisdições comunitárias*¹ que pudessem exsurgir da liberdade dos particulares de escolherem árbitros e, no âmbito privado, eles mesmos comporem as suas pendências.

Esse intervencionismo do Estado nos assuntos, antes, da alçada exclusivamente privada, trouxe con-

1 Nery dos Santos, Nildo - *As jurisdições Comunitárias*, Recife, Revista da ESMAPE, Recife-PE., ano I, nº 1 - Ed. Bagaço.

seqüências drásticas à prestação da Justiça. Introduziram-se, em nome do interesse público, procedimentos que tornaram difícil e complexa a solução das causas cíveis e criminais. Estruturaram serventias e criaram um corpo de funcionários e agentes especiais nas entranhas do Estado, especializados na função judiciária. O que antes era resolvido por um árbitro-técnico da confiança dos interessados, cujo conhecimento especializado dispensava a assistência de peritos, auxiliares, agora passava a ser confiado a funcionários públicos não-especializados da confiança do governante.

A solução, segundo nosso ver, passa pelo resgate da arbitragem como forma mais adequada à solução de litígios de natureza patrimonial privada, especialmente os comerciais, reservando-se ao Judiciário a competência para processar, julgar e executar aqueles que envolvam interesses políticos, sociais e institucionais, em razão dos quais o controle da legalidade deva se fazer com mais veemência e prontidão.

E daí perguntamos: por que não criar centros especializados em mediação, conciliação e arbitragens como alternativas à prestação jurisdicional?

Prevenir-se-iam inúmeros litígios e, ao mesmo tempo, pacificar-se-iam os ânimos de uma sociedade onde litigar na Justiça faz fortunas, alimentando, indiretamente, um dos fatores sociais que levam à discórdia e à violência.

Além disso, na conciliação a composição do litígio não importa na derrota ou sucumbência de uma das partes. Nesta, as partes chegam normalmente a uma composição através da renúncia de direitos e obrigações mútuas.

2. O MONOPÓLIO ESTATAL DA FUNÇÃO JULGADORA

2.1. ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Na antiguidade, os conflitos de interesses capazes de ameaçar a vida social e os valores humanos eram resolvidos pela força, através da chamada *autotutela* ou *autodefesa* (renúncia à pretensão, submissão e transação). Inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade individual. Por isto é que, com a evolução, a jurisdição foi uma alternativa. As pessoas, gradativamente, foram se apercebendo da necessidade de um terceiro que, fazendo as vezes de árbitro ou juiz, resolvesse as suas pendências. Essa intervenção alheia, em princípio, por força da organização social rudimentar, era feita pelo sacerdote ou pessoa que tivesse alguma ascendência moral entre as partes. Surge assim, o *juiz antes do legislador*.²

A assunção do Estado ao *múnus* de julgador deuse, a nosso ver, em virtude da imposição da força e da restrição aos direitos individuais. O Estado tomou para si o monopólio da função de julgar para manter o controle sobre os povos subjugados ao seu mando. Era mais fácil governar extensões territoriais ilimitadas, ante a ausência de meios de comunicação rápidos, mantendo homens da confiança dos governantes próximos das massas e de seus conflitos interpessoais. Deixar a Justiça sob a administração de árbitros seria uma atitude, à época, muito liberal para quem reinava “a ferro e a fogo” e com intervenção minudente da vida doméstica.

² Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, 3ª Ed. Revista dos Tribunais, pág. 5.

Nos primórdios do nascimento do Direito Romano, antes do século II a.C., por exemplo, os cidadãos em conflito compareciam perante o *pretor*, que era um representante do Estado e, antes de submeterem-se à tutela, assumiam um compromisso solene e escolhiam um árbitro – não representante do Estado – para investi-lo do poder de decidir o litígio. O processo civil romano desenvolvia-se, assim, em duas etapas: uma, perante o representante do Estado (*Pretor*) e a outra, perante o terceiro (*judex*), investido da função de árbitro. Não se admitia a interferência estatal para, diretamente, conhecer e julgar litígios. Essa era uma tarefa reservada àqueles que, livremente, e tendo em vista as suas aptidões morais e profissionais, fossem escolhidos pelos contendores. A interferência do Estado, portanto, já se fazia presente, mas era como mero observador do processo arbitral. Nos séculos seguintes, assim, desprivatizou-se a Justiça e investiu-se o Estado de poderes jurisdicionais.

2.2. O PODER JUDICIÁRIO

O surgimento do Poder Judiciário, entendemos, está vinculado indissociavelmente ao fenômeno de centralizar a jurisdição. A partir do momento em que o Estado chamou para si o monopólio do julgamento de todas as causas, facultando, excepcionalmente, aos interessados recorrerem a árbitros, nasceu a necessidade de estruturar um órgão independente funcionalmente para compor litígios.

Todavia, sem desconsiderar essa explicação, entendemos também que a sua função de controle da legalidade é exclusivamente estatal e constitui a sua razão maior de existência como Poder ao lado do Legislativo e do Executivo.

Frise-se, por outro lado, que, nem todas as causas cíveis podem ser submetidas a juízos arbitrais. O mandado de segurança, por exemplo, é ação especialíssima e integrante do sistema de controle da legalidade. A ação popular, a ação civil pública, o *habeas corpus* e o *habeas data*, dentre outros, não poderiam ter outro foro de apreciação mais qualificado, senão aquele patrocinado pelo próprio Estado.

Além do mais, a Justiça Criminal não poderia ser entregue à administração de instituições de arbitragem, ferir-se-ia a autoridade de suas decisões e contrariar-se-ia o interesse público.

A verdade é que a função de equilíbrio e proteção da ordem jurídica é própria do Judiciário. No controle da constitucionalidade das leis, por exemplo, que outro órgão poderia exercê-lo? Ainda que se lhe desse outra denominação ou que não o integrasse à estrutura formal desse Poder, teria, com certeza, o mesmo caráter das cortes julgadoras. Uma indagação: como situar, cientificamente, os Tribunais de Contas em nosso País?

3. A JURISDIÇÃO ESTATAL

3.1. CARACTERÍSTICAS

Segundo a teoria de Chiovenda, o Estado criou a jurisdição no quadro de suas instituições com a finalidade de garantir que as normas de direito substantivo, contidas no ordenamento jurídico, efetivamente, conduzissem aos resultados enunciados, ou seja, que obtivessem, na experiência concreta, aqueles precisos resultados práticos que a lei desejava.³

3 Chiovenda, Giuseppe – *Instituzioni di diritto processuale civile*, Nápoles, ed. Jovene, 1933 (trad. Port. De J. Guimarães Menegale, São Paulo, ed. Saraiva, 1965).

Kelsen, por sua vez, dizia que a jurisdição individualizava, no caso concreto, a relação que a lei estabelece, de maneira geral e abstrata, entre o fato ilícito e a sanção, que é sua conseqüência, aplicando, em caso afirmativo, o ato de coação (pena ou execução) também prescrito de maneira abstrata pela norma geral.⁴

Em princípio, não discordamos dos citados juristas, mas suas explicações não englobam os casos em que o julgador, desprezando o ordenamento, julga de acordo com a equidade, buscando, fora do manto normativo, a solução para o caso concreto.

Daí, entendermos que a jurisdição é atributo conferido ao Estado e a algumas pessoas escolhidas pelos interessados para, em casos concretos, comporem pendências, resolvendo-as de acordo com a lei (*lato sensu*), os costumes, a jurisprudência, os princípios gerais de direito e a equidade.

Sendo assim, filiamo-nos à corrente (publicista) que atribui à arbitragem natureza jurisdicional, baseando-se no fato de que os árbitros são designados pelas partes, mas é da lei – tal como ocorre com o juiz – que deriva o seu poder de julgar.

3.2. O ESTADO-PARTE. CONTRADIÇÕES

Abandonada a regra “The King do no wrong”, segundo a qual não havia possibilidade de acionar o rei (Estado) no sentido de obter qualquer obrigação, mormente no campo da responsabilidade civil, admitiu-se a possibilidade de o ente estatal figurar tanto

4 Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3ª ed. Tradução João Baptista Machado; revisão para a edição brasileira Silvana Vieira, São Paulo, 1991.

pólo ativo como no passivo de qualquer ação, indiscriminadamente, desde que houvesse interesse jurídico deste, enquanto sujeito de direito.

O Estado, como entidade reconhecida internacionalmente, deixou de ser absoluto para ser um Estado de direito, abdicando de certos privilégios para submeter-se à ordem jurídica por ele patrocinada, como qualquer outra pessoa capaz do exercício de direitos na ordem civil. O Estado passou a ser visto como mais uma pessoa jurídica integrante de uma organização protegida pelo manto da constitucionalidade, submetendo-se, por isto, às regras e à jurisdição nela inspiradas.

E não era para menos. A partir do momento em que se reconheceu que todas as pessoas, de direito privado ou de direito público, tinham de se sujeitar à mesma ordem jurídica, a bem da coerência lógica, inevitável seria, por via de consequência, aceitá-las, indistintamente, como passíveis de responder por ações ou omissões violadoras do direito alheio.

Da admissão da possibilidade de acionar-se o Estado, como qualquer outra pessoa jurídica, surgiram, de logo, algumas indagações: como compatibilizar a função estatal judiciária com o fato de, ocasionalmente, o Estado ser também juiz de seus próprios interesses? O Estado teria a isenção, a imparcialidade, de julgar contra si próprio? E a confiabilidade do outro demandante no aparelho judiciário estatal não ficaria abalada?

Mesmo levando-se em consideração a independência funcional dos juízes, o que é uma regra universal, não seria nada razoável ignorar que um ser humano, prestando serviços regularmente a um dos contendores, receba deste, exclusivamente, os recur-

sos indispensáveis para sua manutenção e, de certa forma, esteja engajado na orientação político-legislativa do sistema, permaneça todo tempo imparcial e imune da conveniência de, vez por outra, tomar o partido daquele que, diretamente, garanta a sua sobrevivência pessoal e institucional.

Não diríamos ser comum tal comportamento contrário à equidade. Mas, não se pode desconhecer que, pelos exemplos tirados do dia-a-dia, até mesmo das altas cortes, sempre quando pender de decisão uma causa envolvendo grandes interesses do Estado, principalmente aqueles de repercussão política ou econômica, a balança do Judiciário não se incline mais para um lado, embora fazendo-se, todavia, acompanhar de justificativas sedutoras.

Então, não restam dúvidas de que não há igualdade em se litigar com o Estado. Primeiro, porque, geralmente, este reserva para si uma jurisdição privilegiada; segundo, porque as leis adjetivas, para beneficiá-lo, concedem-lhe inúmeros favores processuais, tais como: prazos em dobro ou em quádruplo, recursos necessários, isenção de custas, imunidade contra liminares e outros; terceiro, porque os juízes, sendo órgãos integrantes da estrutura estatal, tendem, naturalmente, a decidir dentro de limites que não ameacem quebrar essa integração, e sempre, subliminamente, de acordo com a orientação político-jurídica do seu mentor institucional.

3.3. A BUROCRACIA E A MOROSIDADE DA JUSTIÇA DIANTE DE NOVAS EXIGÊNCIAS SOCIAIS

A dificuldade que a burocracia judiciária acarreta para o acesso à Justiça é uma realidade indiscutível nos meios forenses do mundo contemporâneo.

Todas as mazelas próprias do serviço público, como o excesso de protocolos, de registros, de carimbos e outros burocratismos povoam os órgãos que auxiliam a Justiça estatal. A máquina judiciária assumiu feições tão diabólicas que muitos advogados passaram a contratar “testas-de-ferro” para enfrentar as dificuldades impostas para se ter acesso aos processos – não à Justiça – em vez de perder uma manhã ou uma tarde inteira debruçados sobre algum balcão de cartório.

O cidadão comum, leigo, este nem se fala. Não ousaria entrar em determinadas repartições da Justiça desacompanhado de advogado. É por isso que recente pesquisa da *Vox Populi* constatou que 73% da população brasileira não confia na Justiça.

Mas a burocracia e os entraves por ela criados têm sua razão de ser. É que o monopólio, a estabilidade funcional dos servidores da justiça, a vitaliciedade dos juízes, a falta de estímulos, a falta de especialização, o excesso de formalismo, a preguiça e o interesse de muitos profissionais da advocacia de que essa situação perdure, nutrem um círculo vicioso de interesses em que as dificuldades administrativas por essas causas criadas valorizam as atividades de quem as pratica e, ao contrário do que muitos pensam, geram riquezas.

Agora imaginem o paradoxo entre a burocracia que emperra a prestação jurisdicional estatal e a dinâmica desenvolvimentista da sociedade atual.

Está claro, não só pelo apego excessivo ao procedimento e à forma, que o Judiciário teria de se modernizar a uma velocidade superior à programada pelos repasses de verbas governamentais para acompanhar as novas exigências sociais. A criação de juizados especiais e a reforma do processo constituem um pas-

so ousado, mas não solucionam, por completo, a demanda de processos que entram em nossas varas cíveis e nem muito menos a quantidade de pendências repressadas ou contidas pelo descrédito na Justiça.

O economista e diplomata Roberto Campos, em recente artigo publicado no *Jornal do Commercio*⁵, disse com toda lucidez: “O Judiciário é hoje, na unanimidade do sentimento do País, uma de nossas mais ineficientes instituições (é certamente a única imune a qualquer tipo de avaliação ou controle externo). Não porque os juízes sejam venais, indolentes ou irresponsáveis. Pelo contrário, a qualidade pessoal da nossa magistratura é geralmente reconhecida como adequada. A questão é que tudo funciona mal, lento, caro, imprevisível e incerto – e justiça lenta, cara, e incerta, não é justiça.”

Aliás, essa é uma conclusão mundial. Antes tido como um “direito social”, hoje esse acesso assume a feição de um “problema social” dos mais graves, como ressaltou o Prof. Bryan F. Garth. O Estado deve urgentemente voltar-se para as formas alternativas de prestação de Justiça. A criação de juizados especiais e a alteração no processo não bastam. É preciso investir na arbitragem, na mediação e na conciliação. Os grandes conglomerados empresariais exigem formas mais confiáveis e menos burocráticas de justiça; as comunidades marginalizadas, por sua vez, reivindicam mais atenção dos governos com a criação, nessa área, de instrumentos céleres e acessíveis de prestação jurisdicional.

5 Campos, Roberto. *O Pior Corporativismo*. *Jornal do Commercio*, nº 147, ano LXXVII, 26.05.96, pág. 13.

4. A GLOBALIZAÇÃO DA ECONOMIA E A JURISDIÇÃO ESTATAL

Um fenômeno bastante atual no limiar do século XXI é a formação de blocos econômicos. A economia mundial se expandiu de tal maneira que as fronteiras nacionais passaram a ser um obstáculo ao desenvolvimento de empresas multinacionais. Procurou-se, então, unificar tarifas alfandegárias, tributos internos, regimes de competição entre empresas e, concomitantemente, remover todos os obstáculos à expansão do capital internacional.

A Justiça, por sua vez, diante de mudanças tão profundas da economia mundial, não podia ficar incólume. Tinha de passar por mudanças que atendessem às novas regras e aos interesses, muitas vezes conflitantes, entre nações alienígenas. E, de inopino, apresentou-se de logo o primeiro desafio a ser resolvido: como compatibilizar os interesses multinacionais em foros nacionalizados? Em outras palavras: qual o foro competente para resolver pendências envolvendo países distintos?

Em nível de Mercosul, o Protocolo de Brasília, no art. 1.^o, Capítulo I – Âmbito de Aplicação – é expresso ao definir:

“As controvérsias que surgirem entre os Estados-partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como das decisões do Conselho do Mercado Comum e das Resoluções do Grupo Mercado Comum, serão submetidas aos procedimentos de solução estabelecidos no presente Protocolo.”

Mais adiante, no art. 19, 1, do Protocolo, define-se a estrutura organizacional de julgamento dessas controvérsias, estabelecendo-se:

“O **Tribunal Arbitral** decidirá a controvérsia com base nas disposições do Tratado de Assunção, nos acordos celebrados no âmbito do mesmo, nas decisões do Conselho do Mercado Comum, nas Resoluções do Grupo Mercado Comum, bem como nos princípios e disposições de Direito Internacional aplicáveis na matéria.”

As controvérsias entre particulares, no âmbito do Mercosul, todavia, estão fora do referido sistema. É sugerida, como é óbvio, a solução do Juízo Conciliatório (negociação direta, mediação, conciliação propriamente dita e Juízo Arbitral), antes de provocar a jurisdição estatal de qualquer dos países dos conflitantes privados.

Não nos parece que outra seja a solução adotada para a União Européia e para o Nafta.

Ora, tudo isso nos leva à conclusão de que a arbitragem, pelo menos como meio de solução de litígios patrimoniais privados, é a única alternativa viável para compor conflitos entre particulares de duas ou mais nações. Criar uma jurisdição fixa, estruturada pelos países interessados, parece-nos uma opção bastante dispendiosa e alheia a uma comunidade que se mantém coesa pela força de interesses e convicções comuns, e não pela de um ordenamento jurídico estatal multinacional.

Pensou-se, por exemplo, no âmbito do Mercosul, por proposta do Uruguai, à semelhança da União Européia, criar um tribunal permanente. Todavia, o maior receio dos presentes à cúpula era de que a institui-

ção, da mesma forma como acontece no outro bloco econômico, virasse um “cabide de empregos”, sem se falar no antro de corrupção desenfreada e intrigas em que, por certo, transformar-se-ia, posto que viriam as secretarias, as assessorias e um rol infindável de burocratas e técnicos, desnecessariamente.

Daí, enxergarmos a arbitragem como uma opção não-estatal de solução de conflitos entre pessoas de países diferentes. Criar-se um órgão estruturado como uma repartição pública qualquer, constitui, em nosso ver, um empecilho à integração econômica e social das nações, até pela desconfiança e o excesso de poderes que concentraria ao longo do tempo.

5. TENDÊNCIAS DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ESTATAL: O *JUDICIAL CONTROL* E O AVANÇO DO DIREITO COLETIVO E DAS MEDIDAS DE CONTROLE DA LEGALIDADE

O controle judiciário ou judicial da legalidade dos atos jurídicos de repercussão, especialmente o administrativo, *a posteriori*, tem assumido contornos cada vez mais complexos. É talvez essa a maior razão para defendermos a concentração de todo o potencial da jurisdição estatal no controle desses atos, deixando ao juízo arbitral a tarefa de composição dos conflitos privados *inter partes*, sem prejuízo, evidentemente, de, sempre que houver lesão ou ameaça de direito (art. 5^o, XXXV, da C.F.)⁶, o Judiciário seja acionado na condição de protetor da ordem jurídica.

6 Constituição Federal, art. 5^o, inciso XXXV, dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

O surgimento do direito do consumidor, do direito ambiental e de novas ações especiais, visando à sua proteção, trouxe para o Judiciário novas atribuições. Nenhuma entidade, senão o Estado, está melhor aparelhada para enfrentar o desafio de fiscalizar produtos e defender um ambiente ecologicamente equilibrado, assegurando aos cidadãos os meios jurídicos necessários ao exercício de seus direitos. Qual a entidade particular, por exemplo, que teria poderes para intervir em outra, indo às últimas consequências de cancelar suas atividades em definitivo? Nenhuma! Ademais, existem questões que não poderiam ser levadas à decisão arbitral, posto que deturpariam os seus princípios institucionais. Existe jurisdição mais vocacionada à apreciação de medidas judiciais intentáveis para correção de condutas administrativas e que afetem à coletividade do que a estatal? Quem, senão o Estado através dos seus órgãos judiciários, processaria, julgaria e executaria medidas especiais como o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança – individual ou coletivo – o mandado de injunção, a ação popular, a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade? Todos, indistintamente, remédios de controle da legalidade em sentido amplo. A própria ação penal é, e deve continuar sendo, de processamento exclusivo dos órgãos estatais jurisdicionais. Se bem que em alguns países já se experimenta a privatização de algumas funções antes consideradas exclusivamente do Estado, como, por exemplo, a de administrar presídios.

5.1. AS PEQUENAS CAUSAS E OS JUIZADOS ESPECIAIS

O constituinte de 1988 trouxe, como norma programática, a possibilidade de se criarem neste País os chamados juzizados especiais, filiando-se à vertente do movimento universal de acesso rápido à Justiça, não propriamente ao Judiciário. Reservou a estes juzizados a competência para conciliar, julgar e executar as causas de menor complexidade e as infrações criminais de menor potencial ofensivo, deixando com a Justiça Comum, deduz-se, a competência para o processo e o julgamento das grandes causas.

Andou bem o Constituinte quando assim decidiu. De fato, os juzizados especiais devem se voltar para os pequenos, para as causas ajuizadas em grande número e que interessam à maioria da população. Não é vocação de uma Justiça cara, na qual é imprescindível a intervenção de peritos, advogados e outros, a resolução de pequenos e numerosos conflitos intersubjetivos da imensa maioria da população, quando os que a procuram sequer têm o mínimo de recursos necessários à sua própria subsistência. Além do mais, é dever do Estado assegurar a igualdade dos cidadãos perante a lei, garantindo-lhes, dentre outros direitos essenciais, o acesso a uma Justiça rápida e barata.

Mas, não obstante os propósitos do legislador constituinte, a verdade é que, no âmbito do cível e no referente às matérias não compreendidas na jurisdição especial, a criação desses juzizados não surtiu os efeitos desburocratizantes almejados. Avolumam-se mais e mais os processos nessa área. Em recente levantamento estatístico, chegou-se à conclusão de ser crescente a quantidade dos feitos que entram em relação aos que saem da Justiça. E o pior: os que são julgados, na sua maior

parte, deixam as varas com sentenças sem o juiz conhecer do mérito, porquanto proferidas em decorrência de incidentes processuais, como abandono de causa ou desistência.

A sensação dominante é que lembraram as causas dos pobres e esqueceram as dos ricos.

O “calcanhar de Aquiles” da Justiça – para quem milita no foro sabe – é a morosidade das chamadas *grandes causas*, aquelas que estão, há anos, nas prateleiras dos cartórios sem solução, porque, dada a sua complexidade, a burocracia não se encontra aparelhada para solucioná-las a contento.

6. A ARBITRAGEM COMO FORMA ALTERNATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

6.1. HISTÓRIA

As inovações advindas do natural e necessário processo de mutação do homem, adaptando-se ao meio ou nele interagindo para amoldá-lo às tendências evolutivas nos mais diversos setores, propiciam o surgimento de meios necessários à solução de conflitos delas naturalmente decorrentes, assim como de respostas às indagações várias que chamam a atuação efetiva do homem como modo de controlar a sua própria evolução; dos conflitos hão de, necessariamente, surgir novos métodos direcionados à sua resolução.

A arbitragem não fugiu ao processo evolutivo do pensar a solução de litígios; ao contrário, surgiu como a própria alternativa. Afinal, foi sob o surgimento natural da crescente burocratização das relações humanas não propriamente querida, porém, inevitável, que despontaram novas formas de conflitos e, necessariamente, meios para a sua solução, exurgindo, em abandono gradativo à autotutela, dentre outras, a idéia de

se contatar uma terceira pessoa, neutra perante litigantes, cuja posição acerca do impasse haveria de ser por estes acatada, aceitando-se como melhor desfecho àquele conflito de interesse. Já, pois, a arbitragem.

Cerca de três milênios antes de Cristo, já se praticava a arbitragem para a resolução de conflitos, tanto no âmbito do direito interno quanto entre cidades-estado da Babilônia, dispondo-se, contudo, de maior sorte de documentos acerca da sua prática na Grécia. É de notícia o tratado firmado entre as cidades de Atenas e Esparta, do ano 445 a.C., trazendo cláusula expressa de direcionamento das partes à arbitragem, para o caso de surgimento de contenda, muito embora o intuito precípua de se evitar a guerra tenha sido por vezes sobrelevado por uma das partes no anseio de estabelecer a sua superioridade política. O que ocorrera, a descontento posterior, no caso específico das decantadas cidades gregas, decorridos cinco anos da assinatura do referido tratado⁷.

A despeito de reconhecidos os bens sucedidos rumos da evolução da civilização grega, foi em Roma, e mais especificamente através de Justiniano, que a arbitragem recebeu tratamento jurídico de relevância, não se podendo, contudo, estabelecer comparação precisa entre os exemplos afigurados naqueles dias e a arbitragem que hoje se apresenta. É de se ver, *verbi gratia*, a diferença havida entre as figuras do árbitro dos dias atuais com o chamado *arbiter* do direito romano, juiz escolhido pelas partes para conhecer e decidir acerca de um litígio, cujos poderes eram derivados e limitados pelo pretor, não advindos das partes. O

7 Jean Delorme, apud Carmona, Carlos Alberto, in *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, Malheiros Editores Ltda., pág. 39)

mesmo diga-se relativamente ao *arbitrum ex compromisso* – com título específico no Digesto – cuja pronúncia tinha eficácia direta reconhecida, e aferia à parte lesada pelo inadimplemento da outra, a *actio in factum*, mais direcionada ao cumprimento do juramento que à pronúncia arbitral.⁸

Fator diverso de fortalecimento do uso da arbitragem, entre os romanos, deu-se quando da invasão germânica, posto que preferiam submeter os seus litígios aos árbitros, seguindo a orientação do próprio direito romano, a verem-se dirigir por imposição dos conquistadores.

Segundo a opinião de Carlos Alberto Carmona⁹, a Igreja, através do direito canônico – inspirando-se na idéia do direito romano, tratou de disciplinar a matéria – teve participação crucial no desenvolvimento e aplicação da arbitragem no período medieval, emergente no espaço deixado pelo Estado, por sua vez pouco se empenhando na solução rápida dos conflitos e mostrando-se inerte ante as mudanças surgidas ao fim do período feudal. Incentivou-se, com isso, a procura pela arbitragem voluntária, surgindo também, em partes da Itália, quando do fim da Idade Média, a arbitragem obrigatória no trato com determinadas questões.

Utilizada limitada e acauteladamente, na era moderna, a arbitragem, de forma paulatina, chega aos nossos dias retomando a importância dantes experimentada e fortalecendo-se a cada novo tratado internacional.

No Brasil, a arbitragem já era tratada desde as Ordenações Filipinas – mesmo ultrapassada à época – vigeu ainda após a proclamação da independência,

8 Idem.

9 Idem, pág. 43.

admitindo, justo por não se sujeitar o laudo arbitral à homologação, o exercício do recurso, dispositivo esse que fora mudado com o advento da Constituição do Império (1824), que, por sua vez, determinava a execução sem recurso das sentenças proferidas pelos “juízes-árbitros”, se assim acordassem as partes.

O Código Comercial, promulgado em 1850, no seu art. 294 tratava da arbitragem – obrigatória – quando do surgimento de contenda entre sócios, o que foi abolido anos depois. Desde o referido ano, e com o advento do Regulamento 737 – delineador da distinção entre a arbitragem necessária e a voluntária – os processos envolvendo assuntos ditos do comércio passaram a ser disciplinados por este Regulamento, assim como as causas cíveis, após a proclamação da República. Com o decreto 3.900, do ano de 1867, estava o árbitro livre para julgar com equidade, se autorizado pelas partes.

A questão da arbitragem prosseguiu sendo abordada de modo assaz diversificado no Brasil, isto, pois, com a República, donde cada Estado a disciplinava no seu próprio código de processo.

O Código Civil brasileiro, promulgado em 1916, regulou o compromisso arbitral, incluindo-o no Livro dedicado às Obrigações, o que gerou embaraço quanto à sua natureza, por alguns dita contratual, por outras, obrigacional.

Tratou do júízo arbitral, o Código de Processo de 1939, no seu Livro IX, sem, no entanto, dispor acerca da cláusula compromissória.

O atual Digesto Processual Civil poucas alterações trouxe à arbitragem, disciplinando-a no Livro IV, Título I, Capítulo XIV, arts. 1.072 a 1.102, dispondo, ademais, sobre o compromisso arbitral.

6.2. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA ARBITRAGEM SOBRE A JURISDIÇÃO ESTATAL

É para serem analisados, a cada implantação de novos métodos que venham a modificar determinada estrutura, os seus efeitos, os pontos positivos e os negativos de sua aplicação. Por vezes, inovações que se afeiçoam práticas, ágeis e pouco onerosas, nem sempre são recepcionadas com gáudio por todos, mormente por aqueles irredimidos em admitir que, além desses fatores satisfatórios, garantir-se-á a qualidade do serviço oferecido.

No pertinente à arbitragem, é de entendimento de boa soma de doutrinadores que, dentre as vantagens que justificam o impulso das partes por ela optarem, estão, a princípio, a celeridade, a economia e o segredo, circunstâncias, por vezes, inexistentes, se a escolha for dada pelo juiz togado.

Certo é, que a formalidade, a burocracia dos ritos aos quais se sujeitam os impasses levados à apreciação pelos órgãos judiciários do Estado, e a notória falta de estruturação destes para absorver a demanda e verter resultados satisfatórios à população, em muito delongam o andamento do litígio, desencorajando, por vezes, a procura da tutela jurisdicional. Eis que a arbitragem mostra-se como boa alternativa aos que almejar presteza na solução de conflitos, posto que, tendo as partes a faculdade de escolher o encaminhamento, em termos de procedimento, da demanda, vários entraves burocráticos haver-se-ão por superados. Da simplificação decorrerá a celeridade. Do utilizar-se tão somente o indispensável, garantir-se-á a praticidade e, conseqüentemente, a brevidade, sem se sacrificar quaisquer direitos das partes. Veja-se, ademais, o não cabi-

mento de recurso para as decisões advindas da arbitragem, o que reflete, ao contrário do que ocorre na sentença recorrida, o resultado imediato do *decisum*.

Aponta a doutrina, como sobredito, ser a economia mais um item a favor da aplicação da arbitragem. Sem dúvida ela é, sim, menos onerosa para as partes, pois baixos são os seus custos contrariamente ao que ocorre no procedimento comum.

Como terceiro ponto vantajoso de destaque à escolha da arbitragem, temos a sigilosidade, em detrimento da regra geral de publicidade da maioria dos atos processuais, excetuando-se aqueles casos expressamente previstos em lei. O segredo garantido no juízo arbitral, evita que se exponham documentos e fatos que, por sua natureza, ensejariam influências externas que tumultuariam o processo de composição do litígio.

À arbitragem, porém, não se podem restringir as vantagens dessas três já citadas, tidas como principais. Temos, outrossim, outros pontos que influenciam na escolha dos contendores pela arbitragem em detrimento da jurisdição estatal. Assim se apresenta, *por exemplo*, a liberdade das partes na escolha dos árbitros que, por vezes, sendo pessoa dotada de conhecimento técnico específico na área, traz à decisão, de certo, celeridade, economia e precisão técnica; como consequência da mesma liberdade de escolha das partes, decorre, como outra vantagem, a neutralidade do julgador escolhido e, por conseguinte, maior segurança no concernente à sua imparcialidade, mormente nas questões de arbitragem internacional. Outro proveitoso aspecto da arbitragem está no atinente às reduzidas e até ausentes formas solenes para o seu andamento. É o que se vê, portanto, com a celebração de audiências nos litígios submetidos à arbitragem, as partes, poden-

do lidar diretamente com o árbitro, têm mais liberdade de expor suas posições, frisando-se aqui, ademais, a prevalência dos salutares princípios da oralidade e da concentração no instituto da arbitragem.

Todavia, como não se pode atribuir só, e somente só, vantagens à arbitragem, naturalmente se apresentam fatores que vão de encontro principalmente às três tradicionais vantagens a ela conferidas. De feito, se tais circunstâncias – celeridade, economia e sigilo – apresentam-se mais comumente no juízo arbitral, podem elas mesmas não se afigurarem, porém, como uma constante nos litígios a este submetidos. É sabido que contendas levadas à arbitragem têm-se delongado tanto e até a mais do que conflitos encaminhados à apreciação jurisdicional do Estado; da mesma ciência, os altos custos de determinados processos ligados à arbitragem, nos quais as partes custeiam seus próprios patronos e despesas com diligências do processo. Enfim, o segredo àquela atribuído não é de um todo absoluto, posto que muitas das sentenças e relatórios dos órgãos arbitrais internacionais são por vezes publicados em sua inteireza e, mesmo omitindo alguns dados do processo, acabam por expor o assunto e até as próprias partes.

6.3. TENDÊNCIAS ATUAIS E PERSPECTIVAS FUTURAS DA ARBITRAGEM

A hesitação em implantar o novo, em não abalar estruturas, que dantes mostravam-se incólumes a quaisquer revisões, é, por vezes, o condão que administra o adiamento da feitura de reformas necessárias.

Este, cremos, o receio que acometeu o legislador pátrio ao tratar da arbitragem, em nosso Digesto Processual Civil, com a timidez com que nele se apresen-

ta, poupando-a das inovações que seriam imprescindíveis à sua efetiva aplicação como meio alternativo de prestação jurisdicional. O medo de que a arbitragem venha a ferir princípios constitucionais, mantém-na controlada pelo Estado através do chamado juízo homologatório, por exemplo.

Três anteprojetos, num espaço de dez anos, foram oferecidos no intuito de aperfeiçoar o instituto como hoje se encontra disciplinado no Brasil, acompanhando as tendências européias. O primeiro deles, de 27 de maio de 1981, trazia 28 artigos; porém, uma vez publicado para o recebimento de sugestões, quedou-se no esquecimento. Seguirá-o, por determinação do Ministério da Justiça, publicação de novo anteprojeto, este do ano de 1987 e contendo 37 artigos, que derogaria o Código de Processo Civil no atinente à arbitragem. Apesar de elogiado por alguns, não mereceu maiores atenções pelos cientistas, não vertendo resultados e sendo, a exemplo do anterior, arquivado. O último, publicado em 14 de julho de 1988 a fim de receber críticas e sugestões, não seguia os anteriores, pois opinava pela modificação do Código de Processo em si, no que a arbitragem harmonizar-se-ia com a mencionada lei, nos dizeres de Carlos Alberto Carmona.¹⁰

Contudo, os três anteprojetos não preencheram as lacunas e tampouco solucionaram questões cruciais acerca da arbitragem, tanto relativamente à homologação do laudo, como concernentemente à cláusula comissória, esta concebida, na forma em que se encontra, como simples promessa de celebração de compromisso e não norma instituidora diretamente do juízo arbitral.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 126.

No que tange à homologação do laudo arbitral, espera-se o reconhecimento dos efeitos deste comparáveis aos da sentença, extinguindo-se, como assim sugere entendimento de sensível parcela doutrinária, qualquer referendo ou visto judicial para que se equipare a título executivo.

Outros aspectos da arbitragem urgem reformas e novo projeto de lei está por surgir. O repensar faz-se necessário, até que se tenha um instituto que atenda – ou ao menos mais se aproxime – aos anseios de resolução de conflitos com desfecho mais célere, menos dramático para as partes que já trazem a angústia de contender na busca de alcançar a corporificação de um direito.

6.4. PRIVATIZAÇÃO DA JUSTIÇA?

Uma pergunta fica no ar: até que ponto a difusão e a ampliação da competência do Juízo Arbitral importarão na privatização da Justiça?

Depois da formação dos blocos econômicos da União Européia, do Nafta e, mais recentemente, do Mercosul, é forçoso reconhecer que o interesse pela arbitragem passou a ser uma constante em nossos meios jurídicos. Nunca se discutiu tanto essa alternativa à jurisdição estatal como nos dias de hoje. Palestras, encontros e congressos são agendados semanalmente para debater esse assunto. Árbitros estrangeiros são patrocinados para promover esses eventos nas escolas e faculdades de Direito. Tudo isso, obviamente, justifica-se pelo interesse de multinacionais em modificar a arcaica legislação brasileira e, no futuro, criar um ambiente propício à adoção, por via de convenção ou cláusula contratual, da arbitragem.

Incontrovertida é a conclusão de que, de mais a mais, e se a arbitragem realmente vingar, num futuro não muito longínquo, passaremos a assistir, por parte desta, à progressiva reconquista do seu espaço perdido. E esta retomada, que pressupõe um crescente prestígio desse instituto entre os jurisdicionados, levar-nos-á a optar por dois caminhos distintos: manter o modelo atual, deixando a arbitragem como opção convencional e subsidiária de jurisdição, ou restringir a competência do Poder Judiciário àquelas causas em que, pela sua natureza, não pudessem ser apreciadas no juízo privado, reservando-se-lhe, não obstante, em qualquer caso, o controle da legalidade.

O primeiro, parece-nos o mais próximo e descomplicado, porquanto só requer mudanças na legislação de que trata do Juízo Arbitral, munindo-a dos instrumentos processuais indispensáveis à reconquista do seu espaço junto ao jurisdicionado. Já o segundo, no entanto, está para um futuro mais distante; todavia, para nós, é o que melhor destinar-se-ia às mudanças, uma vez que resolveria o problema da obstrução processual da Justiça, na medida em que deixaria com o Judiciário a solução dos conflitos de interesses de relevância social e política, especialmente aqueles de valor econômico inestimável, enquanto a arbitragem ficaria com as causas cíveis e comerciais que envolvessem somas de dinheiro de valor superior a uma certa quantia em salários-mínimos¹¹, por exemplo.

E continua a pergunta: até que ponto essa segunda opção importaria numa privatização da Justiça?

11 A Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, estipulou uma alçada, para admitir as causas no seu âmbito, de até 40 salários mínimos.

Seria uma realidade, não resta dúvida. Mas seria um *dar a César o que é de César*. Deixar que a iniciativa privada cuidasse dos seus assuntos em matéria de solução de suas pendências, notadamente aquelas que dissessem respeito a contratos, por exemplo, nada mais representaria do que a adequação do processo ao direito substantivo que lhe serve de objeto. Ora, se o ordenamento jurídico concede ao particular o poder de integrar esse sistema com normas de sua iniciativa, elaboradas através de contratos e outros negócios jurídicos, por que não o autorizaria, de *lege ferenda*, também a processar e julgar os litígios decorrentes dos conflitos criados por essas relações ou por outros atos a elas equiparados?

Transferir parte da competência dos órgãos judiciais para árbitros, preservando, no entanto, o poder daqueles exercerem o controle da legalidade dos atos provindos destes, dê que inquinados de ilegalidade formal ou substancial, não constitui propriamente uma privatização das funções jurisdicionais, na medida em que não há transferência total desses atributos para a iniciativa privada; constituir-se-á muito mais numa quebra do monopólio estatal da jurisdição.

7. OUTRAS ALTERNATIVAS DE COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS INTERPARTES

7.1. A MEDIAÇÃO

Os chamados “meios pacíficos” de composição de litígios são três: a mediação, a conciliação e a arbitragem. Do último já tratamos anteriormente. Restanos falar dos dois outros meios de composição amigável de contendas, os quais, têm como característica mais importante, o fato de não gerarem ganhadores ou perdedores. Ambos os contendores, havendo conciliação, serão ganhadores e perdedores.

A mediação, particularmente, constitui muito mais um meio de se levar à composição amigável do que propriamente uma forma autônoma de pacificação de conflitos. Através desse meio, um terceiro, estranho à contenda, procura aproximar as partes para que elas próprias negociem. O seu papel é introduzir-se no “campo de marte” e, pela sua autoridade, forçar uma aproximação dos contendores com a finalidade precípua de compor uma conciliação. Daí porque dissemos ser a mediação muito mais uma forma procedimental do que uma alternativa de composição de conflitos intersubjetivos.

E por que então incluímos a mediação neste capítulo?

É simples. Acreditamos que o Estado, em situações que deva intervir, ou por ter sido provocado por uma das partes ou em face do interesse público premente, deve sair da posição passiva onde se encontra e, cumprindo um dos seus deveres institucionais, restabelecer a paz e a concórdia entre os litigantes, garantindo, enfim, a integridade do corpo social. Diríamos até que esse dever é corolário mesmo de ordem pública.

E essa atitude ativa se justifica, tendo em vista o estado de apatia e inércia daqueles que estão envolvidos no conflito diretamente. Esperar deles uma atitude conciliatória seria a mesma coisa de, numa disputa qualquer, alguns dos concorrentes pedir uma trégua. O ato seria interpretado como uma atitude covarde ou, diante de uma controvérsia de argumentos, uma atitude de quem reconhece como vencedora a tese da parte contrária. Por isto é que, em casos como tais, o Estado deveria instituir e regulamentar a atividade de mediadores oficiais para buscar, ativamente, se não a solu-

ção de desavenças (atuando também como conciliador) pelo menos a reaproximação das partes, à semelhança de alguns agentes ou organismos internacionais que trabalham, no âmbito externo, no sentido da pacificação de povos beligerantes.

7.2. A CONCILIAÇÃO COMO ETAPA PROCESSUAL INFORMAL E FORMAL

Na conciliação, ao contrário da mediação, o terceiro estranho à lide negocia, sugere, propõe e esforça-se no sentido de estabelecer o acordo de vontade das partes em litígio. Podemos dizer, para fins de distinção entre as duas figuras, que enquanto o mediador atua externamente o conciliador atua direta e internamente na lide; o mediador aproxima os litigantes e o conciliador aproxima os interesses em litígio.

A conciliação, na legislação pátria, tem conseguido avanços expressivos. Basta lembrar a sua importância nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, recentemente criados pela Lei n.9.099, de 26 de setembro de 1995, e a partir da reforma estatuída no Código de Processo Civil, onde, por exemplo, no art. 331, estabeleceu-se como fase integrante do procedimento ordinário, a audiência de tentativa de conciliação como *ato antecedente obrigatório*¹² do saneamento do processo. Outrossim, no procedimento sumário, a ousadia do legislador foi mais longe. Instituiu-se neste rito a possibilidade do juiz, no início da audiência de instrução e julgamento, ser auxiliado por conciliador; figura antes inexistente na estrutura na Justiça Comum. Agora, é a própria lei que autoriza o Poder Judiciário

12 Machado, Antônio Cláudio da Costa, *Reforma do Código de Processo Civil Interpretada*, São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 47.

a transplantar a exitosa experiência da conciliação prévia para os outros setores do Judiciário.

Mas até aqui nos preocupamos com a conciliação como etapa processual formal. Não falamos da importância – ignorada pelo nosso legislador – de utilizar as vantagens propiciadas pela conciliação fora do processo, ou seja, fora do formalismo ínsito do processo.

É que o nosso ordenamento jurídico permite a composição amigável de pendências fora do âmbito judicial, independentemente da interposição de qualquer processo e da lavratura de termo respectivo. Permite, em outras palavras, que os contendores possam, através de expresso por elas assinado, compor as suas diferenças com autonomia e desvinculados de qualquer formalidade procedimental. As únicas formalidades a que terão de obedecer é a exigida pela lei para constituição de um *título executivo extrajudicial*, quais sejam: 1) escritura ou documento público; 2) documento particular assinado por duas testemunhas; 3) instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria ou pelos seus respectivos advogados. Neste sentido, aliás, deixou expresso o dispositivo recentemente reformado do art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil.

Para facilitar a consecução de tal desiderato, chegamos à conclusão de que a solução não estaria somente em mudanças estruturais no Poder Judiciário, mas em caminhos menos onerosos; mormente por aqueles esquecidos pelo desuso e onde se priorizasse a capacidade natural dos próprios demandantes em solucionar, por si sós, as suas pendências. E isso é lógico, pois se a convenção entre particulares é a causa principal geradora de direitos e obrigações na ordem jurídi-

ca, por que também não o seria para resolvê-los, extingui-los? Outrora, inclusive, a conciliação prévia era uma fase que pressupunha a interposição de qualquer ação judicial, a ponto de constar um dispositivo na Constituição do Império do Brasil que dizia: “**sem se fazer constar que se tem intentado o meio da conciliação, não se começará processo algum**” (art. 161).

Todavia, embora reconheçamos a dificuldade de se implementar qualquer modelo alternativo de composição de conflitos intersubjetivos, principalmente diante do princípio constitucional tradicional de que “**A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito**” (art. 5^o, inciso XXV da Constituição Federal), estamos cômicos de nada obstar a que, sem se revogar esse princípio de controle judicial dos atos ameaçadores ou lesionadores de direitos, quebre-se o monopólio da prestação jurisdicional. Este, aliás, pelo menos no âmbito da legislação pátria, nunca existiu. O *Juízo Arbitral* e a *transação*, como meios legais postos à disposição dos contendores para solução de suas pendências, sempre fizeram presença no nosso sistema normativo, e são, inegavelmente, formas de composição de pendências fora da jurisdição e, portanto, do Poder Judiciário. O Código Civil no seu art. 1.030, frise-se, chega mesmo a dar à *transação* o efeito de coisa julgada entre as partes, somente admitindo a sua rescisão por dolo, violência, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa.

Assim, sem transgredir qualquer norma substantiva ou adjetiva, seria perfeitamente viável, aproveitando a experiência de nossos conciliadores e utilizando os institutos legais supracitados, criar um centro destinado a promover mediações, conciliações e arbitragens em pendências judiciais e extrajudiciais de

cunho patrimonial. Não é por acaso que a própria legislação facilitou esse trabalho, possibilitando que, extrajudicialmente, fosse promovida a composição amigável de pendências de qualquer natureza ou valor, independentemente de termo nos autos, em documento homologado por sentença ou referendado pelo Ministério Público (disposição instituída pela Lei 7.244, de 7.11.84, e recepcionada, *ipsis litteris*, pelo art. 57 da Lei 9.099, de 26.9.95).

Além do mais, sem prejuízo das atribuições que lhe serão inerentes e para um melhor aproveitamento de sua destinação, esse centro funcionaria como escola de treinamento de conciliadores dos Juizados Especiais Cíveis e, tendo em vista o suprimento de pessoal técnico especializado em perícias judiciais, também como central de peritos, colocando à disposição dos juízes, no que tange a esta última finalidade, um excelente corpo técnico de onde o magistrado poderia escolher seus peritos com segurança e de acordo com a especialidade técnica de cada um.

8. CONCLUSÃO

Avocando para si o monopólio da jurisdição, a justiça pública também fez inserir no sistema flexível de antes o seu modo de administrar as coisas. Foram estabelecidas, ao alvedrio, muitas vezes do bom senso e dos interesses das partes, formas dogmáticas de condução processual. Além disso, e para garantir o mínimo de prestígio à sua judicatura outorgada, concederam-lhe um corpo de auxiliares e intermediários. Formou-se, assim, um embrião de *poder autônomo* para fazer valer e respeitar as suas decisões, o qual veio evoluir mais tarde, transformando-se no que denomi-

namos de Poder Judiciário. Com ele, estruturou-se uma classe privilegiada de funcionários no Estado para fazer atuar a sua autoridade. Substituiu-se a força da crença na honra dos pactos e compromissos pela crença na força. Enfim, gerou-se um mito.

Mas o que se constata de pior na concentração da *jurisdição* pelo Estado, é o fato deste ter se arvorado no processo seletivo de dizer quais as pessoas que se acham vocacionadas para julgar. Antes, reparem bem, escolhiam-se os árbitros pela sua fama, adquirida em razão do seu desempenho no exercício da arbitragem e do prestígio que gozavam perante a comunidade. A arte de judicar, espontaneamente brotada no homem, era de livre exercício, como qualquer outra profissão liberal.

Quantos bons julgadores, nos dias atuais, não ficam impedidos de demonstrar as suas aptidões, só porque não têm oportunidade de ingressar nos quadros da burocracia judicial? Não que sejamos contrários a uma magistratura togada ou que não aproveamos o modo pelo qual o Poder Judiciário em nosso País se autocompõe e seleciona os seus magistrados; muito pelo contrário, pois, comparado com o processo seletivo em outros países, o nosso, indubitavelmente, é um dos melhores. Pelo menos escolhe os seus juízes dentre bacharéis em direito aprovados previamente em concursos públicos – uma das formas democráticas de escolha ao lado da eleição. Estes, talvez, os únicos profissionais capazes de interpretar os trechos legais esdrúxulos e enigmáticos elaborados pelos nossos legisladores de causa própria.

Porém, insurgimo-nos contra o fato de, autoritariamente, terem concentrado no Judiciário todo o poder de jurisdição, reservando à arbitragem,

desprestigiada e despida dos poderes que lhe davam condições mínimas de sobrevivência, o lugar dos esquecidos, ou, nas palavras de *Luiz Olavo Baptista*, a posição de verdadeira “gata borralheira, sem acesso ao príncipe e sem fada-madrinha”.

O Poder Judiciário, ao nosso modo atrevido de ver, existe muito mais em razão da função de controle da legalidade – esta sim, exclusivamente estatal – do que da de julgar os conflitos entre particulares (intersubjetivos), ressaltada naquela máxima constitucional que estabelece: “**A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito**” (art. 5^o, inciso XXXV, da C.F.).

Frise-se, por outro lado, que nem todas as causas cíveis podem ser submetidas a juízos arbitrais, senão aquelas cujos direitos são disponíveis e de interesse estritamente patrimonial. O mandado de segurança, a ação popular, a ação civil pública, o *habeas corpus* e o *habeas data*, bem como outros remédios constitucionais, por exemplo, são ações especialíssimas e integrantes do sistema de controle da legalidade. Por sua vez, a ação executiva fiscal, as ações falimentares, as sujeitas à Justiça Eleitoral, dentre outras, não poderiam ter outro foro de apreciação mais qualificado do que aquele patrocinado pelo Poder Judiciário.

A verdade é que a função de equilíbrio e proteção da ordem jurídica é própria do Judiciário. No controle da constitucionalidade das leis, só para exemplificar, que outro órgão poderia exercê-lo? Ainda que se lhe desse outra denominação ou que não o integrasse à estrutura formal desse Poder, teria, com certeza, a mesma natureza das cortes julgadoras. Vejam o caso dos Tribunais ou Conselhos de Contas em nosso País.

A morosidade mundialmente famosa do Judiciário é, quase toda ela, decorrente do acúmulo daquelas causas que outrora seriam (e hoje na Europa e nos EUA estão sendo) submetidas ao julgamento de árbitros. E pagamos um preço altíssimo por essa concentração desnecessária. Uma pesquisa recente da *Vox Populi* constatou que 73% (setenta e três por cento) dos brasileiros não confiam na Justiça. No *ranking* mundial o problema é mais crítico ainda: segundo fontes da “World Economic Forum”, o prestígio do Judiciário brasileiro está no último lugar (33^o).

Ora, então por que não compartilhamos, efetivamente, esse poder jurisdicional com a arbitragem, munindo-a de poderes processuais capazes de popularizá-la em todo o território nacional? Se o nosso sistema jurídico concede aos particulares o poder de criarem normas, através da liberdade de contratar e estabelecer unilateralmente obrigações, inclusive instituírem pessoas jurídicas à imagem e semelhança do Estado, por que não lhes conceder (ou viabilizar, no nosso caso) igualmente o poder de compor os litígios daí decorrentes? Por que não aproveitar da experiência de outros povos, retirando dos antigos compêndios de direito velhas e revolucionárias fórmulas de prestação de Justiça (*lato sensu*)? No estrangeiro, a arbitragem está-se constituindo num negócio lucrativo e acessível a todas as pessoas vocacionadas à pacificação. Juízes natos estão a se revelar dia-a-dia, contribuindo com o Judiciário para acabar com o problema crônico de acúmulo de processos e a sua sofrível reputação perante os jurisdicionados.

É por tudo isso que nos propusemos a mostrar nesta monografia que o monopólio estatal da prestação jurisdicional é um mito.

9. BIBLIOGRAFIA:**9.1. LIVROS**

- AMARAL SANTOS, Moacyr, *Primeiras Linhas de Direito Processual*, 1987.
- ANDRIOLI, Virgilio, “La novella sull’arbitrato”, in *Diritto e Giurisprudenza – Rassegna di Dottrina e di Giurisprudenza Civile*, Nápoles, ano XCVIII, série III, 1983/2.
- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Progresso*, São Paulo, 9ª ed., Malheiros Editores, 1992.
- BARROS MONTEIRO, Washington de, *Curso de Direito Civil*, vol. 4, *Direitos das Obrigações*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1976.
- BEVILÁQUA, Clóvis, *Comentários ao Código Civil*, Vol. 4, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1954.
- CARMONA, CARLOS ALBERTO. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. 1ª edição, Malheiros Editores, 1993.
- CARNELUTTI, F. *Teoria General del Derecho*. 2 ed. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955.
- CARVALHO DE MEDONÇA, M. I. *Doutrina e Prática das Obrigações*. 4 ed. Rio de Janeiro, Rev. Forense, 1956, 2 vols.
- CINTRA, ANTONIO CARLOS DE ARAUJO. *Teoria Geral do Processo*. /Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido R. Dinamarco. 3ª edição ampl. e atualizada – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1993.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Codificação. In: *Repertório Enciclopédia do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro. Borsoi (s.d.) vol. 9.
- CAPPELLETTI, Mauro (1993). *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
- FURTADO, PAULO. *Juízo Arbitral*. 2ª edição, Nova Alvorada Edições Ltda., Salvador-BA., 1995.
- JÚNIOR, Edmundo Lima de Arruda, org. **LIÇÕES DE DIREITO ALTERNATIVO 1**. Editora Acadêmica, São Paulo, 1992.
- JÚNIOR, Edmundo Lima de Arruda, org. **LIÇÕES DE DIREITO ALTERNATIVO 2**. Editora Acadêmica, São Paulo, 1992.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3ª ed. Tradução João Baptista Machado; revisão para a edição brasileira Silvana Vieira, São Paulo, 1991.

- MOREIRA ALVES, José Carlos – Direito Romano, Rio, ed. Forense, 1971.
- ROCHA, José de Moura. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Revista dos Tribunais, 1974.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XV, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1977.
- RÁO, Vicente – *O Direito e a Vida dos Direitos*, São Paulo, ed. Max Limonad, 1958/1960.
- REALE, Miguel – *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, ed. José Bushatsky, 1973.
- ROCHA, J. Elias Dubard de Moura (1994). *Poderes do Estado e Ordem Legal*. Recife: Editora Universitária da UFPE.
- SOUTO, Cláudio (1971). *Introdução ao Direito como Ciência Social*. Rio de Janeiro – Brasília: Edições Tempo Brasileiro – Ed. Universidade de Brasília.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Processo de Execução*, São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1986.
- VASETI, Mario, “Arbitraggio”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, Turim, UTET, 1974.
- WATANABE, Kazuo, *Da Cognição no Processo Civil*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

9.2. REVISTAS

- ADEODATO, João Maurício Leitão (1992). *Para uma Concretização do Direito Alternativo*. Revista de Direito Alternativo, São Paulo, Editora Acadêmica, n.1, pp. 157-174
- ADEODATO, João Maurício Leitão (1996). *A filosofia do Direito e Dogmática Jurídica*. Revista da ESMAPE, Recife, Edições Bagaço Ltda., n. 1, ano I, pp. 266-286.
- LIMA, CLÁUDIO VIANNA DE. *Mercosul: Questões Procedimentais. Palestras & Debates II – Arbitragem. Ano I, n.º 1, março/96, pág. 32-43.*
- LIMONGI FRANÇA, Rubens – *Da jurisprudência como Direito Positivo*, in Revista da Faculdade de Direito, 1971, p. 201.
- NETO, Agostinho Ramalho Marques Neto. *A Importância do Direito no Brasil de Hoje*. Revista Quadrimestral da AMATRA IV, n.º 3, Outubro/1994, pp. 4-9.
- SANTOS, NILDO NERY DOS. *As Jurisdições Comunitárias*. Revista da ESMAPE, n.1, junho/1996, ano I, pág. 99.

LEX MERCATORIA, ARBITRAGEM E CONTRATOS ECONÔMICOS: NOVAS PERSPECTIVAS INTERNACIONAIS

JOSÉ VIANA ULISSES FILHO
Juiz de Direito Substituto da Capital
Professor da ESMAPE

Sumário

1. Introdução – 2. A lex mercatoria e os contratos econômicos internacionais – 2.1. Origem da lex mercatoria e sua situação atual – 2.2. A importância dos contratos econômicos internacionais no mercado global – 3. O arbitramento internacional como instrumento de efetivação da nova lex mercatoria – 3.1. A arbitragem internacional no Brasil: aspectos gerais – 3.2. O direito positivo brasileiro face ao laudo arbitral estrangeiro – 3.3. O procedimento do STF para homologação dos laudos arbitrais – 4. Considerações finais – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O objeto precípua destas breves considerações diz respeito à análise de um fenômeno corrente e bastante perceptível nos dias atuais: a globalização da economia. Com efeito, os fatos econômicos estão se sucedendo numa velocidade inimaginável outrora nunca vista em nossa história. Na esteira destas transformações trazidas dantes pelo encurtamento das distâncias e rompimento dos obstáculos das fronteiras, exsurge a necessidade de proceder a uma reavaliação das estruturas do direito tradicional, forjado na edifi-

cação do Estado Moderno, que transitou, em sua gênese, pelo regime absolutista, passando pelo liberalismo clássico de Adam Smith, até o Estado social; também denominado da providência, desenvolveu-se a partir da revolução industrial e das duas grandes guerras ocorridas neste século.

Pois bem, esta nova ordem econômica exige que o direito passe a ser repensado, adequando-se aos novos tempos a fim de regulamentar tais mudanças dentro da realidade que hoje caracteriza o comércio internacional.

Por outro lado, observamos conceitos extremamente vinculados à idéia do Estado Moderno, como os de nacionalidade e soberania, tendendo a se diluírem na medida em que a economia mais se internacionaliza, comprometendo, sobremaneira, as estruturas atuais do Estado, indicando que, em breve, o desenho geográfico do nosso mundo será outro, com a união dos Estados que se organizarão juridicamente como se fossem verdadeiras federações a exemplo do que ocorre, atualmente, com a União Européia.

Tais fenômenos repercutem no âmbito patriomonal e, conseqüentemente refletem-se nos negócios pactuados por contratos. Evidentemente, o grande fluxo de circulação de bens, capitais e serviços, que ocorre no mundo, necessita de novas regulamentações. Os grandes contratos internacionais, que hoje são firmados, interessam mais ao âmbito de estudo do direito econômico, (que é um macro direito) do que ao direito privado, vindo este, gradativamente perdendo espaço frente ao mercado internacional praticado na atualidade.

Todas estas mudanças empiricamente constatadas, dão margem ao direito, tradicionalmente vinculado à soberania de um Estado nacional, passar

por profundas modificações em sua estrutura, tendendo atualmente a uma concepção de direito desnacionalizado, com o renascimento da idéia de uma nova *lex mercatoria* a regulamentar de modo peculiar e tópico as nuances de um novel direito comercial internacional. Não devemos olvidar que ao lado da idéia desta *lex mercatoria*, cresce o prestígio da arbitragem internacional, como forma de conciliar e dirimir conflitos, afastando a interferência das jurisdições estatais geralmente burocratizadas, atravancadas e preconceituosas.

Também foi motivo de nossas investigações, as repercussões advindas destas transformações no direito interno do Brasil. Com efeito, a tendência do mercado internacional é a de estabelecer normas de natureza supra-estatal para regulamentar especificamente e dentro de suas peculiaridades os contratos internacionais conforme já salientamos. Também se faz mister que os mercados comprometidos com este pool, a envolver várias nações do globo, tenham alguma segurança no referente à execução das decisões ou dos laudos firmados pelos juízos arbitrais estrangeiros, ainda dependentes das estruturas jurisdicionais dos países do local da execução do contrato, mesmo levando-se em consideração que o seu cumprimento, via de regra, ocorra, atendendo ao princípio da boa-fé. Todavia, a hipótese do rompimento do contrato é um fato previsível e sempre constante das cláusulas contratuais que, geralmente, dispõem a respeito das hipóteses dos BREACH OF CONTRAT (quebramento dos contratos).

Assim, os contratos internacionais, cuja execução venha acontecer em nosso país, não têm sido bem aceitos pela comunidade comercial internacional,

porquanto ainda está a nossa legislação deixando muito a desejar com relação ao que se passa com o direito vigente em outros países, cujas legislações, neste aspecto, são bastante evoluídas.

Apesar de ser digna de encômios, a lei pátria no que se refere ao sistema adotado para conceder eficácia ao direito estrangeiro, sufragando o princípio da delibação (aceitação limitada de leis, atos e sentenças de outros países, sem examinar o mérito de tais decisões), no que tange aos juízos arbitrais proferidos em outros países, às dificuldades impostas para sua execução, têm merecido severas críticas tanto da doutrina especializada de nosso país, quanto da estrangeira.¹

2. A LEX MERCATORIA E OS CONTRATOS ECONÔMICOS INTERNACIONAIS

2.1 - Origem da *lex mercatoria* e sua situação atual

Há indicações históricas de que a *lex mercatoria* é tão antiga quanto o próprio comércio. Anota Hermes Marcelo Huck,² que algo assemelhado com um direito

¹ Comentando estes aspectos o prof. Luiz Gastão Paes de Barros Leães afirma: "A lei brasileira adotou orientação certa no que toca à eficácia no país de sentença proferida no estrangeiro, ao acolher sem Jacobismo o sistema do controle limitado a certos requisitos, sem reexame do mérito. Uma aderência exagerada a certos requisitos formais, numa visão sem flexibilidade e viciada por um conceito de soberania nacional que se aproxima do preconceito, vem contudo, inviabilizando o recurso ao juízo arbitral internacional, por torná-lo, na prática, inexecutável em nosso país. Por certo, é preciso mudar para facilitar a inserção do Brasil no comércio internacional e estimular a exportação, o que não se faz sem a prática da arbitragem comercial internacional" - (Juízo Arbitral: Homologação de Decisão Estrangeira, in RT-547/258).

² HERMES MARCELO HUCK, *Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria*. Editora Saraiva, São Paulo, 1994. pág. 104.

dos mercadores pode ser encontrado no ano 300 antes de Cristo, com a lei do mar de Rodes, inicialmente adotada por gregos e romanos, mas, depois, passou a ser prescrita por outros povos europeus. No século IX o imperador Basílio I desenvolveu regras de direito marítimo, disciplinando o comércio internacional; as tábuas de Amalfi, editadas no século XI na citada república italiana; os rolos de Oleron, ilha situada na costa atlântica francesa, no século XII; as leis de Wisby, que desde o ano de 1350, regulamentava o comércio no mar Báltico. Entrementes, um esboço mais delineado da *lex mercatoria* é encontrado nas sociedades corporativas emergentes das relações econômicas da Idade Média. O tipo de estrutura social existente na época, em que não existia o Estado dentro do seu conceito moderno, possibilitou o nascimento de um comércio internacional praticado sem qualquer interferência estatal, cujas normas eram estabelecidas sem referência alguma a direitos nacionais. Tais normas eram lastreadas em práticas costumeiras de comércio que obedeciam a regras e princípios ditados pela reiteração de usos internacionais, já consolidados no mercado da época.

Com o advento do Estado moderno, surgem os conceitos de nação e de soberania, agregados a uma profunda transformação econômico – social na estrutura do Estado, caracterizando-se por uma diferenciação entre a esfera pública dominada pela racionalidade burocrática do Estado, e de uma esfera privada sob o domínio de interesses pessoais. Passou o Estado, sob esta forma de organização social, a interferir nos assuntos eleitos como de seu interesse, inclusive no que se referia ao direito a ser aplicado na prática do comércio internacional, desvirtuando, destarte, o conceito de *lex mercatoria*.

No dizer de André – Noël Roth “tradicionalmente admite-se que o Estado Moderno tomou duas formas principais: O Estado Liberal e o Estado Social. O primeiro emergiu das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX; o segundo começou a ser construído a partir do final do séc. XIX até, aproximadamente, os anos 70. Anos, desde os quais, considera-se, este último, em crise.”³

Desta maneira, observando o evoluir histórico do instituto em comento, percebe-se que, com o Estado Moderno, as relações de comércio internacional vão-se tornando vinculadas ao direito estatal, com a criação de normas e princípios que visam a estabelecer regras para resolver racionalmente os conflitos de leis provenientes dos mais diferenciados sistemas de direito, buscando decidir situações relacionadas com a identificação da nacionalidade da norma a ser aplicada, como também, qual a jurisprudência competente para dirimir o litígio. Esta nova forma de solucionar conflitos internacionais, evidentemente, reduz a *lex mercatoria* a uma questão de nacionalidade, passando os Estados a se preocuparem especificamente com problemas ligados à soberania, vindo, por conseguinte, o comércio internacional sofrer a influência dos direitos das nações protagonistas do diversificado mercado internacional. É bem verdade que esta redução do comércio internacional a regulamentações institucionalizadas pelo direito internacional privado e público, não desvirtuou determinados costumes e práticas que sempre nortearam o citado comércio,

³ ANDRÉ – NÔEL ROTH *O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno?*, in *Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas* organizado por José Eduardo Faria, Ed. Malheiros, pág. 16.

tornando-o marcadamente influenciado por usos e costumes secularmente aceitos entre as nações envolvidas com o comércio exterior.

Com a denominada crise do Estado moderno intervencionista, consoante anotou ROTH, houve um resgate histórico do Estado Liberal. Novas relações de comércio surgem no cenário global, advindas de uma lógica produtiva evoluindo a passos largos e a uma velocidade descomunal, trazendo conseqüências em todas as áreas do relacionamento do homem. Notadamente no direito econômico internacional, o surgimento dessas novas relações produtivas, de natureza predominantemente tecnológica, dá origem a grupos econômicos que passam a rivalizar o poder com os Estados, criando instâncias de dominação e de decisão que a cada dia se consolidam com uma estrutura fora do âmbito de controle dos Estados.

Esta nova relação de domínio de mercado dá ensanchas ao aparecimento de uma ordem internacional marcada pela sofisticação tecnológica, com a qual o mundo se transmuda em uma aldeia global a proporcionar uma proximidade entre os povos com o encurtamento de distâncias e do tempo, o que em muito facilita o comércio internacional.

Este grupo emergente, que dominante da economia mundial, caracteriza-se por um transnacionalismo que despreza, sobremaneira, conceitos relacionados à nacionalidade e à soberania, trabalhando com novas estruturas de poder que possibilitam o surgimento de um plexo de normas e regramentos que emanados exclusivamente das experiências concernentes ao tipo de relacionamento mercadológico, regrado e dirimindo conflitos de interpretação ou cumprimento de cláusulas contratuais de comércio, em

consonância com os costumes e interesses que, apenas, giram em torno dos grupos protagonistas do mercado internacional. Destarte, essa nova forma de interpretar e dirimir conflitos provenientes da atual concepção de direito desestatalizado, engendrada por sólidos e bem estruturados grupos econômicos, muitas vezes, não vinculados a qualquer tipo de nacionalidade, fazem ressurgir no mundo globalizado um novo conceito de *lex mercatoria* aos moldes dos existentes na Idade Média, trazendo na atualidade grandes preocupações e questionamentos, sendo, inclusive, caracterizada esta etapa de desenvolvimento pela sua importante ruptura com as formas tradicionais de Poder estatal, preconizadas pelos sistemas produzidos no Estado liberal e, mais recentemente, no Estado social.

O surgimento desta nova *lex mercatoria* como uma expansão de um direito paralelo ao do Estado, faz com que alguns estudiosos examinando o fenômeno, passem a indagar, como fez ANDRÉ – NÖEL ROTH, “se estamos no meio de um modelo de regulação social neofeudal”?⁴

Esta é uma realidade a nos afligir, deixando-nos em dúvida quanto ao nosso futuro.

2.2. A importância dos Contratos Econômicos Internacionais no Mercado Global

Com efeito, o fenômeno da globalização fez com que as relações comerciais entre os povos passassem por um processo de redefinição e de novos conceitos no que diz respeito aos contratos internacionais de uma maneira geral. É evidente pois, quando nos referimos aos contratos internacionais, estamos tratando daquelas

⁴ Ob. cit. pág.24

hipóteses em que os interesses tutelados pelo direito não são os decorrentes de simples contratos de compra e venda resultantes dos intercâmbios usuais existentes no mercado internacional. Esses interesses, por sua simplicidade e modos de dirimência na interpretação de cláusulas mais simples e comuns, não demandam maiores preocupações teóricas ou dogmáticas.

O fenômeno que estamos tentando abordar trata de um problema emergente do modo de organização das sociedades atuais, determinada por uma nova ética mercadológica cujo lema é a produtividade e a sofisticação tecnológicas dos produtos desse mercado, trazendo por conseqüência uma busca pelo lucro que não se detém mais em fronteiras, considerando que os fatores de produtividade atingiram tal nível de crescimento e de diversificação que simplesmente passaram a interessar a todo o mundo, criando uma rede de interdependência entre as nações que fazem com que o papel do Estado, bem como da economia interna dos países seja redefinido.

Hoje, seria impossível conceber, dentro da estrutura interna dos Estados, conceitos tradicionais, a exemplo daqueles de nacionalidade e soberania, como estorvo do mercado internacional, porquanto estamos vivenciando o fenômeno da internacionalização das economias.

E é na esteira destas mudanças que temos de analisar os contratos internacionais despojados, em muito, daquele sentido privatístico que, em determinados períodos do nosso desenvolvimento histórico, marcaram a economia da era contemporânea. Atualmente, há uma interdependência entre as economias do nosso mundo que, mesmo em se tratando de um mercado envolvendo empresas de nacionalidades

diferentes, deflagra o interesse dos Estados para intervirem em determinadas transações internacionais, posto que tais operações mercadológicas trazem conseqüências sociais e econômicas de relevância para o Estado ou Estados de uma determinada região, transparecendo-nos que os contratos, em referência, produzem, no campo de sua execução, um macro fenômeno além dos limites da esfera do relacionamento interpessoal.

Tais contratos econômicos internacionais interessam ao estudo do direito econômico, tendo em vista as conseqüências e os resultados que pode a sua execução estabelecer para determinados Estados ou regiões do globo.

Em arremate ao que já foi situado, podemos concluir este tópico com o lapidar ensinamento do professor JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, quando, comentando o fenômeno sob enfoque, assim se expressou: “O contrato internacional em face de todas essas circunstâncias, tende hoje a ser qualificado como contrato econômico, regido pelo direito econômico internacional, de conteúdo definido que não se confunde com os contratos comerciais internacionais clássicos, de fundo eminentemente privatístico.

Isto porque ressalta do contrato, o seu aspecto econômico e as repercussões que o desenvolvimento das relações obrigacionais ajustadas terá em uma determinada comunidade. O contrato econômico internacional está, assim, informado por normas de interesse público que afetam a livre negociação entre as partes.”⁵

⁵ JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, *A Cláusula Arbitral nos Contratos Internacionais*, in *Revista Forense* vol. 277, pág. 370.

3. O ARBITRAMENTO INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA NOVA *LEX MERCATORIA*

Consoante vimos, o entendimento de que a globalização da economia está dando ensanchas ao surgimento de um nova *lex mercatoria*, como uma tendência para a desnacionalização do direito visando à solução de litígios internacionais referentes à interpretação ou execução dos contratos econômicos, leva-nos a concluir que, efetivamente, necessita a *lex mercatoria* estar alicerçada em dispositivos que indiquem a existência de um direito supranacional, que nada tenha em comum com qualquer ordenamento ou sistema nacional positivo. Os novos grupos que comandam a economia internacional, como foi dito, criaram os grandes conglomerados oligopolistas de produção e comercialização de bens e serviços, os quais necessitam de uma maior mobilidade para assegurar os seus desideratos lucrativos, além de ser mais seguro dirimir os conflitos advindos da interpretação dos contratos utilizando-se de um direito transnacional onde os protagonistas do comércio internacional, dentro de usos e costumes por eles próprios forjados, criam o direito a ser aplicado na certeza de os conflitos existentes serem resolvidos de modo mais ágil, dentro de um certo sigilo e afastado o risco de submeter a controvérsia a um tribunal nacional qualquer, vindo dar a idéia de que houve parcialidade na decisão.

Desse modo, a arbitragem internacional aparece no cenário mundial como o instrumento racional tendente a dirimir esses conflitos de maneira adequada e efetiva, deixando os atores no teatro do comércio internacional mais livres de preocupações pertinentes à qualificação dos julgadores/arbitradores, experts com

formação especializada na área onde ocorrem os litígios, bem como profissionais totalmente desvinculados de um direito nacional e, por conseqüência, infensos a qualquer simpatia de ordem local ou regional.

Entretantes, não estamos querendo afirmar tenha a arbitragem surgido em decorrência dessa necessidade. A arbitragem como forma de intermediação de conflitos existe desde os primórdios dos tempos, quando o homem resolveu viver em sociedade. Há, até, quem faça a seguinte apreciação: “na gênese da racionalidade em direção à solução dos conflitos, o que nasceu primeiro: a solução judiciária ou a solução arbitral? (...) Na verdade, a própria história da civilização mostra ser o juiz uma figura que, em todos os tempos, conviveu com a figura de árbitro, e mesmo nos momentos em que se procurou dar uma precedência ao Poder Judiciário sobre todas as outras formas de jurisdição, (em particular nas legislações modernas que se seguiram à revolução francesa), a arbitragem não desapareceu dos sistemas jurídicos, o que prova ser ela um instituto que não pretende, como nunca pretendeu, concorrer com o poder judiciário dos Estados. (...) Nas relações interestatais e nas relações comerciais internacionais, é que a arbitragem tem sido utilizada com grande sucesso e com aceitação cada dia maior nos dias correntes.”⁶

Na verdade, o que se pretende demonstrar é a globalização da economia e o surgimento de novas modalidades de intercâmbio comercial internacional. Levando-se em consideração a atual tendência de

⁶ GUIDO F. S. SOARES, in *Arbitragens Comerciais Internacionais no Brasil*. Vicissitudes.R.T. nº 641/30

pugnar pela aplicação de um direito transnacional, (no sentido de um direito desnacionalizado) desvinculado de qualquer ordenamento positivo, surge no teatro do comércio internacional uma nova *lex mercatoria*, que necessita efetivamente, para satisfazer os desideratos colimados por essa atual tendência, de um instrumento ou mecanismo que venha tornar efetivo este novel ordenamento não vinculado à competência de qualquer jurisdição de Estados pertencentes à comunidade internacional. Desta maneira, é o arbitramento ou arbitragem internacional o meio idôneo para tornar efetiva a *lex mercatoria*, dirimindo conflitos, resolvendo litígios e elaborando laudos mercedores, por parte das empresas envolvidas, de um maior grau de credibilidade, porquanto ser a arbitragem escolhida pelos próprios contratantes, imbuídos daquele entendimento de que as questões, envolvendo interesses patrimoniais de particulares, devem ser decididas dentro do princípio de que as partes são livres para consentirem e contratarem, dispendo da maneira que melhor lhes convier ou aprouver, inclusive no que diz respeito ao tribunal ou julgador que entenda seja o melhor para solucionar os litígios. É a autonomia da vontade transpondo os foros da aplicação doméstica do direito, ganhando *status* internacional.

3.1 A Arbitragem Internacional no Brasil:

Aspectos Gerais

Fazendo uma sintética recapitulação, vimos nos tópicos anteriores que o mercado internacional vem se movimentando a cada dia, mais desvinculado dos conceitos tradicionais de nacionalidade e de soberania. Os grandes empreendedores do comércio internacional, em sua considerável maioria, sólidos oligopólios

econômicos institucionalizados transnacionalmente, movimentam através de megatransações realizadas em todas as partes do mundo, uma infinidade incalculável de dólares, moeda corrente no mercado internacional, através de contratos econômicos que pelo grande vulto e importância deixam de interessar exclusivamente às partes envolvidas no contrato, passando a influir sobremaneira na própria economia dos Estados ou de determinadas regiões, como por exemplo: contratos econômicos internacionais envolvendo fornecimento de tecnologia, bens ou produtos de ponta, serviços especializados ou até mesmo mão-de-obra como sói acontecer nos contratos de *Know how*, *engineering*, *joint ventures*, etc., contratos estes que no dizer do emérito professor pernambucano Gláucio Veiga, “colocam em jogo direta ou indiretamente, os interesses corporativos do conjunto de empresas que se dediquem habitualmente ao setor de atividades no qual se inclui a operação segundo o perfil estabelecido,”⁷ necessitam estas empresas de uma normatização altamente especializada e ademais desvinculada do burocratismo que em regra caracteriza os diversos ordenamentos jurídicos positivos dos Estados, por mais evoluídos que estes possam se apresentar. Pois bem, é neste contexto global que surge a nova *lex mercatoria* como a panacéia indicada para os males do direito Estatal, geralmente limitado pelo conceito de soberania e dos ainda presentes preconceitos do nacionalismo, além dos problemas respeitantes à própria escolha do direito aplicável, devido as complexas situações advindas dos elementos de conexão que no direito internacional determinam a eleição da nacionalidade do direito que deva incidir sobre as hipóteses, elementos estes

⁷ GLÁUCIO VEIGA, Apostilha nº 2 sobre contratos internacionais (texto para leitura e debate, curso de 1995, pág.1)

concernentes à própria nacionalidade das partes envolvidas nos contratos, problemas relacionados ao domicílio, foro de execução das obrigações, lugar da perfeição do negócio, etc. É neste plexo de dificuldades que renasce este novo direito a presidir os atos e negócios pertinentes ao mercado internacional, reaparecendo nas circunstâncias atuais, baseado nos costumes e princípios que caracterizam tais transações, com regras peculiares e específicas, criadas da própria experiência e necessidades das empresas que operam no mercado internacional, desvinculadas por completo de qualquer legislação estatal.

Todavia, para dar seguimento à aplicação desta nova *lex mercatoria* nas desinteligências e litígios relacionados à interpretação e execução dos contratos, faz-se mister a existência de um órgão decisor das controvérsias, órgão este que para tornar efetivo este novo regramento do mercado internacional, tem de estar desvinculado por completo dos poderes jurisdicionais estatais. E a solução encontrada é justamente o arbitramento internacional por haver diversas vantagens perante o judiciário convencional vinculado à soberania estatal.

Dentre algumas vantagens que caracterizam a arbitragem comercial, salienta a doutrina o segredo, a celeridade na solução do litígio, além de ser a contenda analisada e resolvida por expertos, que darão o seu laudo com maior qualidade do que o juiz comum. Ademais, não estaria a arbitragem adstrita a uma possível parcialidade das justiças estatais nacionais em prejuízo do contraente estrangeiro.⁸

⁸ Conf. LUIZ CÉSAR RAMOS PEREIRA, *A Arbitragem Comercial nos Contratos Internacionais* in R.T. 572/pág. 26. HERMES MARCELO HUCK, *Deficiências da Arbitragem Comercial Internacional*, in R.T. 593/pág.28.

No Brasil, embora tenhamos em nosso direito positivo regramentos concernentes ao juízo arbitral, a legislação é silente no que tange ao laudo arbitral estrangeiro.

Essa lacuna existente em nosso ordenamento interno não escapou às críticas da doutrina especializada.

Historicamente, ao S.T.F. compete definir o encaminhamento da solução de demandas que, relacionadas a juízos arbitrais firmados no estrangeiro, têm a sua execução efetivada no Brasil.

Com efeito, não se pode olvidar no estágio de desenvolvimento em que se encontra o mercado internacional na atualidade, um país de vocação econômica como o nosso, que vem efetivando grandes operações mercadológicas, envolvendo contratos econômicos internacionais, não possua um mecanismo institucional apto a dirimir com presteza e segurança as controvérsias advindas da exequibilidade de laudos arbitrais firmados no estrangeiro.

3.2 O Direito Positivo Brasileiro perante o Laudo Arbitral Estrangeiro

Como temos dito, de acordo com o entendimento do prof. Gláucio Veiga, os contratos econômicos internacionais são aqueles que, em função das organizações transnacionais dos poderes econômicos privados, colocam em jogo, quer direta ou indiretamente, os interesses corporativos do conjunto de empresas dedicadas, habitualmente, ao setor de atividades no qual incluía-se a operação.⁹

⁹ GLÁUCIO VEIGA, *Ob. Cit.* pag. 9.

Em sendo assim, não nos é dificultoso admitir que num regime de globalização da economia, em que os interesses econômicos estão consubstanciados ou instrumentalizados em contratos caracteristicamente redigidos em linguagem de direito comercial internacional, ou melhor dizendo, estabelecidos por regras que indicam a desnacionalização do direito através de uma nova *lex mercatoria*, em que as grandes empresas que operam no mercado exterior balizam-se por princípios e costumes usados nas diversas áreas específicas às quais se referem os contratos, optam, via de regra, em eleger juízos arbitrais completamente desvinculados de qualquer direito estatal no sentido de dirimirem as controvérsias pertinentes a interpretação ou cumprimento dos contratos.

Contudo, não obstante a liberdade que se tem de aplicar regras do direito comercial desnacionalizadas e juízos arbitrais descomprometidos com o direito estatal tradicional, necessário se faz como desfecho de qualquer desavença pertinente ao cumprimento das obrigações, a possibilidade de se executar a decisão emanada do laudo arbitral. Sem embargo, é bem verdade que o princípio da boa-fé das partes contratantes deve presidir toda avença contratual, notadamente, no respeitante à comunidade econômica internacional¹⁰. Porém, a garantia da execução do contrato econômico internacional é elemento preponderante, quando das tratativas iniciais para a formação do pacto, porquanto existe sempre a possibilidade da inadimplência, risco sempre levado em consideração pelos contraentes.

¹⁰ PAULO BORBA CASELLA, *Arbitragem Internacional e Boa-fé das partes contratantes*, in RT 668/pág.239.

Desta forma, a prática do comércio internacional tem despertado nos estudiosos e profissionais do direito o interesse em bem conhecer os vários sistemas de direito positivo no sentido de elaborarem contratos que tenham como foro de execução aqueles em que não se encontrem maiores dificuldades na exequibilidade dos laudos ou das decisões arbitrais.

O direito positivo nacional é dotado de uma série de preceptivos que dispõem sobre conflitos de lei, como, também, regulamentando o juízo arbitral. Tais regras são encontráveis na lei de introdução ao Código Civil (Dec-Lei nº 4657/72), no Regimento interno do STF e no Código de Processo Civil vigente.

O nosso ordenamento positivo apesar de contar com legislação elogiável do ponto de vista da solvência dos conflitos de lei no espaço, deixa muito a desejar no que diz respeito ao juízo arbitral e à solução de litígios internacionais decorrentes da execução das decisões arbitrais.

No tocante às sentenças provenientes de tribunais estrangeiros, o Brasil referenda os seus efeitos em nosso território desde quando preenchidos determinados requisitos e exigências que legitimem o reconhecimento de sua eficácia. Este tipo de postura de nossa legislação é denominado de sistema de controle limitado ou **sistema de delibação**¹¹

Desta forma, dispõe o art.17 da L.I.C.C. (Lei de Introdução ao Código Civil) que “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem

¹¹ LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Juízo Arbitral. Homologação de Decisão Estrangeira*, in RT nº 547/254.

pública e os bons costumes”. Assim, a eficácia das leis, atos e sentenças estrangeiras, em nosso direito interno, está condicionada à apreciação dos requisitos supra-estabelecidos

Especificamente, no que concerne ao cumprimento das sentenças estrangeiras, estabelece o Estatuto Político da Nação, em seu art. 102, inciso I, alínea H, que compete ao Supremo Tribunal Federal a homologação das mesmas.

No que diz respeito à execução dessas sentenças proferidas alhures, estabelece o art. 15 da citada L.I.C.C. (Lei de Introdução ao Código Civil) que devem reunir os seguintes requisitos. “a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; c) ter passado em julgado e estar revestido das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida.”

Todavia, tal regulamentação refere-se a sentenças regularmente proferidas por tribunais estrangeiros. Daí indagarmos: nas hipóteses de contratos econômicos internacionais que, geralmente, levam uma longa duração para serem cumpridos, (por ex. contrato de consórcio em que são envolvidos outros instrumentos contratuais denominados contratos satélites como: transferência de tecnologia, fornecimento de mão-de-obra, etc), e que tenha sido estabelecida a cláusula compromissória de arbitragem a ser firmada por órgão internacional cuja decisão seja executada em nosso país, qual o procedimento?

Segundo o professor LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, em nossa legislação firmou-se o entendimento de que o laudo arbitral, homologado judicialmente no país onde foi proferido, formaliza uma

sentença, que deverá ser procedimentalizada consoante a legislação aplicável à sentença estrangeira, inclusive, no referente às limitações de sua eficácia (delibação).¹²

Ora, tal entendimento gera algumas dificuldades de ordem operacional, porquanto as legislações estrangeiras, principalmente as vinculadas ao sistema da “COMMON LAW” não exigem homologação para conferir foros de exequibilidade às decisões arbitrais, como ocorre em nosso direito interno (c.f. art. 584, inciso III e 575, inciso III do C.P.C.).

Este entendimento predominante em nosso direito, inclusive respaldado por várias decisões do STF, tem possibilitado uma proliferação de críticas por parte da doutrina especializada, notadamente, aqueles juristas mais sintonizados com as novas tendências estabelecidas no comércio internacional, que, como já foi dito, pugnam por uma aceitação da atual *lex mercatoria* e das decisões arbitrais como a solução mais viável e racional para litígios advindos dos BREACH OF CONTRACT (quebramento dos contratos internacionais), porquanto considerarem a nossa sistemática de juízo arbitral bastante tradicionalista por não conferir executoriedade à cláusula compromissória, como sói acontecer de maneira preponderante nas legislações alienígenas mais avançadas. A propósito o jurista HERMES MARCELO HUCK, comentando estas exigências de nosso direito interno, assevera que: “No Brasil há um complexo ritual a ser seguido, desde a publicação de um laudo arbitral no exterior até o momento de sua execução judicial. O volume de exigências e requisitos chega a desestimular a adoção do procedimento arbitral como fórmula para a pacífica solução de conflitos surgidos na prática do comércio internacional.”¹³

¹² Ob. Cit. pág. 256

¹³ Ob. Cit. pág. 78.

Destarte, a legislação vigente, no Brasil, bem como o tratamento conferido às questões relacionadas à aceitação das decisões arbitrais prolatadas por entidades internacionais de ilibado conceito, no caso, a LONDON CORN TRADE ASSOCIATION e a AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION (A.A.A.) têm dificultado, sobremaneira, as nossas relações comerciais internacionais.

Por outro lado, também tem servido de estorvo a uma melhor desenvoltura do juízo arbitral internacional e suas decisões, no direito interno pátrio, a postura conservadora de nosso país em não querer ratificar a convenção internacional de Nova York para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, aprovadas em 1958. Esta convenção disciplina o reconhecimento e a execução de laudos arbitrais nos Estados signatários da convenção ou, a ela tenham, posteriormente, aderido. A citada convenção, envolve, no dizer de HERMES MARCELO HUCK, relativamente ao reconhecimento dos laudos arbitrais, por parte dos Estados signatários, o compromisso de respeitar o caráter obrigatório das sentenças arbitrais, nos termos das normas processuais dos respectivos foros. Ainda afirma que: “Para a obtenção deste reconhecimento, a parte interessada deve simplesmente apresentar perante o Tribunal local competente a sentença arbitral e o compromisso arbitral do qual resultou a sentença. O tribunal local só poderá recusar o reconhecimento e a execução do laudo apresentado fundado em um dos motivos listados na própria convenção, que repele a possibilidade de revisão de mérito da decisão.”¹⁴

Entrementes, em termos de acordos internacionais, firmou o Brasil a convenção de Genebra de

¹⁴ Ob. Cit. pág. 98/99

1923, introduzida em nosso direito interno pelo Decreto nº 21.187 de 22.03.1932, ainda em vigor, onde se disciplinam regras sobre juízo arbitral para a solução de pendências comerciais internacionais, em que as decisões arbitrais internacionais receberam tratamento semelhante às sentenças estrangeiras.

3.3 O Procedimento do STF para homologação dos Laudos Arbitrais

Como vimos, o direito doméstico exige, para a validade em nosso país de um laudo ou decisão arbitral versando sobre contratos internacionais, a dupla homologação de sentenças. Ou seja: consoante a legislação processual vigente o laudo arbitral só produz efeitos executórios, se homologado por sentença judicial. Este é o requisito essencial para que o citado laudo tenha eficácia executória em nosso direito.

Por outro giro, para ter eficácia no âmbito de nosso direito interno, a sentença estrangeira tem de ser homologada pelo S.T.F. Desta forma, nas legislações alienígenas que vinculem a executoriedade de um laudo arbitral a uma prévia homologação de órgão jurisdicional, como em nosso sistema, a sua execução no Brasil não tem maiores problemas, considerando que tal homologação equivale a uma sentença, o que está de acordo com a lei brasileira (art.15 da L.I.C.C.). Observado o princípio da delibação, a mesma poderá ser executada em nossa Pátria. Assim, exige-se que o laudo arbitral seja homologado pelo órgão competente do outro país, e que também seja homologado pelo Supremo Tribunal Federal, podendo a Corte Suprema recusar a eficácia do citado laudo, na hipótese de o mesmo ser considerado ofensivo a nossa soberania, ou à ordem pública e aos bons costumes.

Além dos requisitos supracitados, o laudo arbitral estrangeiro terá sua eficácia condicionada às seguintes exigências:

- a) ser proferido por juiz competente;
- b) terem sido citadas as partes ou haver-se legalmente verificado a revelia;
- c) trânsito em julgado da decisão e condições de exeqüibilidade no lugar onde foi proferida;
- d) tradução por intérprete autorizado.¹⁵

Como podemos observar, grandes são as dificuldades em virtude das exigências feitas por nossa legislação, submetendo o laudo firmado no estrangeiro a duas homologações, para dar exeqüibilidade a um laudo que a rigor, segundo eminentes doutrinadores, já deveria ter força executiva, em nome de uma maior agilização e eficiência do dinâmico mercado internacional. Efetivamente, esta fórmula adotada pelo direito pátrio não é a melhor para estimular o procedimento arbitral como meio pacífico e eficaz à solução de conflitos verificados na prática do mercado internacional.

¹⁵ Em comentário ao nosso sistema, afirma o prof. GUIDO F. SOARES: "O sistema da dupla homologação de laudos arbitrais estrangeiros, conjugado com os princípios da deliberação no julgamento de sentenças judiciais estrangeiras, leva, num exame global da jurisprudência do STF nos últimos 33 anos, à conclusão de que as decisões jurisprudenciais daquele Pretório Excelso se reportam às quatro ordens de considerações seguintes: a) determinação da natureza do documento proposto a exame perante o STF; b) julgamento de questões realtivas à sua competência internacional, tanto na esfera da exclusividade, quanto da concorrente, e nesse caso, verificação da ocorrência de vínculos válidos segundo a lei brasileira entre pessoa submetida à sua jurisdição e a justiça estrangeira; c) existência de um contraditório, conforme as regras de um direito natural, presente em quaisquer sistemas judiciários do mundo; d) existência de definitividade da sentença judiciária estrangeira apresentada ao mais alto tribunal judiciário do Brasil." - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS ARBITRAGENS COMERCIAIS INTERNACIONAIS: "DE LEGE FERENDA, in RT -642, pág. 55.

Entretentes, mais dificultosa se torna a questão da arbitragem internacional, quando para sua execução no Brasil, o laudo provenha de país onde é dispensada a sua homologação ou qualquer tipo de reconhecimento, admitida a sua auto-exeqüibilidade. A orientação do STF, nestas hipóteses, era a de inadmitir a execução em nosso território pelo fato que, de acordo com a Súmula nº 420, "não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado." Ora, como não ocorre qualquer tipo de decisão, esses laudos não atendiam ao requisito do direito interno nacional da prova da preclusão total da prerrogativa de recorrer. Tal entendimento motivou, por parte do STF, a negativa de homologação de decisões de órgãos privados de outros países, cujo sistema não exigia nenhuma homologação ou ratificação por parte de quaisquer órgãos, como de fato aconteceu com várias decisões provenientes da "AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION" dos Estados Unidos da América.¹⁶

Todavia, parece-nos que esta orientação foi modificada a partir de 1978, com o julgamento da sentença estrangeira nº 2.468, tendo entendido a nossa Corte Suprema que tal homologação seria dispensada em nosso país, quando o país de origem não exigisse a formalidade.¹⁷

Em conclusão, na problemática da execução no Brasil de Contratos Econômicos Internacionais, decididos por laudos arbitrais estrangeiros, as exigências de nossa legislação bem como a ausência de regras mais atualizadas e definidas como as constantes da convenção internacional de Nova York,

¹⁶ LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, Ob. Cit. pág. 74.

¹⁷ HERMES MARCELO HUCK, Ob. Cit. pág. 74.

não ratificada pelo Brasil, leva-nos a uma posição de atraso e de tradicionalismo frente à legislação de outros países, notadamente com referência ao momento atual, em que o fenômeno da globalização tem levado a destaque no cenário mundial um novo tipo de comércio internacional lastreado em uma *lex mercatoria* que exige decisões mais ágeis e descomprometidas com a soberania dos Estados, bem como de suas jurisdições internas, propiciando que o arbitramento, por seus atributos e vantagens, venha a ser o instrumento da realização efetiva desse novel direito.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, podemos concluir estas breves reflexões afirmando que no processo evolutivo em que se encontra o mundo em sua atualidade, notadamente a partir da denominada era da industrialização, nos finais do séc. XIX, o Estado avançou assustadoramente de uma concepção liberal não intervencionista, a um Estado social em que urge regulamentar setores tidos como estratégicos da economia, para propiciar um maior bem-estar a sua comunidade.

Dentro desta perspectiva, o mundo tende para uma dinâmica de transformações jamais imaginadas em sua história. A revolução tecnológica hoje caminha à passos largos trazendo uma série de modificações nas estruturas econômicas e sociais do Estado contemporâneo, repercutindo sobremaneira nas relações comerciais internacionais, gerando, de certa forma, profundas transformações no âmbito do direito comercial internacional que vem se adequando à nova realidade tendendo a superar conceitos herdados da edificação dos Estados modernos como ocorre com a nacionalidade e a soberania.

É bem verdade que esta nova estrutura emergente, caminhando para uma superação do conceito tradicional de Estado, está condicionada às mudanças nas bases das relações de produção onde a informatização e a tecnologia de ponta tornam-se as mercadorias de maior demanda na atualidade.

Neste passo, criam-se e organizam-se internacionalmente grupos econômicos com fins e objetivos bem definidos, buscando uma lucratividade sem limites de fronteiras, arquitetando novas fórmulas de monopolizar mercados, formar conglomerados de empresas e oligopólios, enfim, tudo fazendo para, dentro da maior velocidade possível, dominar mercados e impor os seus padrões de consumo.

Esse novel plexo de relacionamento faz emergir uma nova ética e um novo direito. Direito este que, em termos de comércio exterior, perdeu aquelas características dos contratos de compra e venda internacionais de natureza eminentemente privatística. Hoje predominam os contratos de grande vulto, envolvendo diversas empresas ou oligopólios onde a sua execução está regrada por normas de interesse público, haja vista as conseqüências que podem acarretar para as comunidades políticas carentes de uma margem de segurança que as cerquem de plenas garantias. Desta forma, esses megacontratos deixaram de interessar ao direito privado, passando a ser regulamentados pelo direito econômico sob a forma de contratos econômicos internacionais.

Por outro lado, o fenômeno da globalização da economia estreitou as distâncias entre os Estados, bem como modificou o referencial de tempo. Na atualidade, um grande contrato econômico internacional pode ser fechado entre duas empresas situadas em regiões

antípodas da terra, sem necessitar maiores delongas ou deslocamentos.

Neste contexto não seria incorreto concluir ter-se tornado o mundo atual um conjunto monolítico de comércio entrelaçado por grandes operações de mercado, propiciando a união de Estados em blocos comunitários que, embrionariamente, objetivam regulamentar essas relações mercantis mas, sem dúvida, estão partindo para formar verdadeiras Federações internacionais como ocorre com a União Européia pós- tratado de MAASTRICHT.

No que concerne especificamente ao direito, percebe-se por parte dos estudiosos e profissionais da área do comércio internacional a defesa da regulamentação de uma nova *lex mercatoria* nos moldes do que ocorria na idade Média, onde não havia qualquer interferência do direito estatal, porquanto os regulamentos eram criados a partir dos usos e costumes próprios do mercado, bem como as dúvidas e conflitos eram dirimidos por júzos arbitrais particulares. Neste diapasão, há quem defenda a institucionalização, no mercado internacional atual, desta *lex mercatoria* livre e distante do direito estatal. Melhor dizendo: a estruturação de normas, contratos desnacionalizados e apátridas, porém eficazes no sentido de solucionarem litígios sem a necessidade de recorrer a legislações de Estados que, via de regra, são desatualizadas e burocratizantes.

Entrementes, para que esta nova *lex mercatoria* torne-se efetiva, necessário se faz a criação de meios que possibilitem uma solução mais racional e rápida para conflitos de interpretação e execução dos contratos, sendo o arbitramento o meio adequado à realização da justiça. Contudo, os júzos arbitrais

internacionais deverão estar desvinculados de qualquer ordenamento Estatal, formado por *experts* dentro da área de atuação pertinente a cada tipo de contrato.

Relativamente ao Brasil, podemos, empiricamente, constatar que apesar da revolução tecnológica e do fenômeno da globalização já haverem chegado por estas plagas, são muito tímidas as mudanças ocorridas em termos de legislação.

Com efeito, o nosso país não se encontra legalmente aparelhado para enfrentar os desafios do comércio internacional, considerando que o ordenamento interno de uma maneira geral, conforme demonstramos, tem dificultado a execução de laudos arbitrais estrangeiros, tanto pela falta de normatização adequada, quanto pela procedibilidade para a efetivação dos citados laudos ou decisões proferidas no exterior, porquanto exigir formalidades exageradas e até mesmo descabidas, quase inviabilizando a nossa participação no mercado internacional, que vem tendo uma medíocre desenvoltura diante dos nossos parceiros comerciais, urgindo que em tempos de UNIÃO EUROPÉIA, NAFTA e principalmente de MERCOSUL, possamos nos adequar a essa nova modernidade, criando uma legislação eficiente e flexível, objetivando incrementar o nosso comércio externo através das exportações.

5. BIBLIOGRAFIA

- BARTOLAI, Edson Cosac. Do júzo Arbitral in Revista de Processo n.º 31/23
- CASELA, Paulo Borbo. Arbitragem Internacional e Boa-fé das partes Contratantes: Cláusula de Arbitragem em Contrato Internacional. In RT-668/239
- FARIA, José Eduardo. Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas. Editora Malheiros. São

- Paulo. 1996.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. Editora Forense. 1ª Edição. Rio de Janeiro. 1995.
- FORTE, Umberto. União Européia. Comunidade Econômica e Harmonização Fiscal. Editora Malheiros. São Paulo. 1994.
- HULK, Hermes Marcelo. Sentença Estrangeira e *Lex mercatoria*. Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional. Editora Saraiva. São Paulo. 1994.
- Deficiências da Arbitragem Comercial Internacional. In RT-593/26.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Juízo Arbitral. Homologação de Decisão Estrangeira. In RT-547/254.
- E outros. Juízo Arbitral. RT-652/222.
- MAGALHÃES, José Carlos de. A Cláusula Arbitral nos Contratos Internacionais. In Revista Forense. Vol. 277/370.
- NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. Editora Malheiros. 26ª edição – São Paulo, 1995.
- Código Civil e Legislação Civil em vigor. Editora Revista dos Tribunais. 10ª edição – São Paulo. 1991.
- PEREIRA, Luiz César Ramos. A Arbitragem Comercial nos Contratos Internacionais. In Revista Forense vol. 285/526.
- A Arbitragem Comercial nos Contratos Internacionais. In RT – 572/26.
- ROTH, André – Noël. O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno. In Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas. Edição Organizada por José Eduardo Faria. Editora Malheiros. São Paulo 1996. Pág. 15.
- SOARES, Guido F.S. Arbitragens Comerciais Internacionais no Brasil: vicissitudes. In RT-641/29.
- O Supremo Tribunal Federal e as Arbitragens Comerciais Internacionais: “de lege ferenda”. In RT-642/38.
- STEREMBERG, Guilherme Gonçalves. do Juízo Arbitral. In RT-607/24.
- VEIGA, Gláucio. Contratos Internacionais. In Apostilas n.º 1,2,3. Texto para Leitura e Debate. 1995. Recife.

OS EMBARGOS INFRINGENTES À LUZ DA LEI 8.950/94

José Janguê Bezerra Diniz

Proc. do Trabalho do Min. Público da União (ex-juiz do Trabalho), professor da Faculdade de Direito do Recife (UFPE) – Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito – Ibed – Membro do Bureau Jurídico – Desenvolvimento Profissional.

Sumário

1 – Considerações Iniciais; 2 – Cabimento; 3 – Procedimento; 4 – Preparo; 5 – Efeito; 6 – Embargos Infringentes contra decisão de Primeiro Grau; 7 – Embargos Infringentes no Processo Trabalhista; 8 – A Guisa de Arremate.

1 – Considerações Iniciais.

O vocábulo embargos é “multifário e polisêmico¹”. O termo traz em seu bojo a idéia de estorvo, obstáculo, impedimento; insurgência contra um ato judicial desfavorável. Segundo Pontes de Miranda² esse termo “tem tal variedade de significações que às vezes a faz equívoca”.

Após submeter-se a várias transformações semânticas³ ao longo dos tempos, a terminologia acabou por definir-se em diversos sentidos. No singular o termo

¹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio: “Sistema dos Recursos Trabalhistas”, SP, Ltr, 5º ed., 1991, pág. 265.

² MIRANDA, Pontes: “Comentários ao CPC”, T VIII (arts 496-538), RJ Forense, 1975 pág. 313.

³ SEMÂNTICA, “Estudos das mudanças ou trasladações sofridas no tempo e no espaço, pela significação das palavras”. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. Novo Dicionário da língua Portuguesa, Ed. Nova Fronteira, 15ª Ed. pág. 1284.

“embargo” significa arresto, apreensão judicial de bens para que se garanta o pagamento da dívida. Como locução substantiva, “embargo de obra nova”, significa “remédio preventivo para se evitar alguma obra nova, que cause dano a alguém”. Processualmente falando, poderá significar ação, como sói ocorrer com os Embargos à Execução⁴, Embargos de Terceiros, Embargos à arrematação, à adjudicação, etc., ou recurso como se dá com os embargos de declaratórios,⁵ e os embargos infringentes. Em sendo recurso o correto é utilizar o termo no plural.

No pertinente aos Embargos Infringentes, estes são previstos no CPC de forma “pitoresca”⁶ já que inexistente instituto semelhante em qualquer país do mundo.

2. CABIMENTO

“Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o descordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência” (CPC, art.530).

Em procedendo à hermenêutica mais razoável do dispositivo retro mencionado, extrai-se a ilação de que

⁴ Os embargos à execução, também chamados de embargos à penhora ou embargos de ordem é considerada uma ação de conhecimento incidental, relativamente autônoma, conexa com a execução.

⁵ No sistema recursal existe um debate acirrado sobre a natureza jurídica dos embargos de declaração. Se recurso ou não, a despeito de estar elencado no CPC no rol dos recursos, tal instituto para muitos não tem a natureza recursal, já que não tem o condão de reformar a decisão impugnada, mas apenas, aclará-la, não demanda preparo, não há a formação do contraditório, não permite sustentação oral da tribuna, etc..

⁶ BERMUDEZ, Sergio: “Introdução ao Processo Civil”, Forense, RJ. 1995, pág. 164.

a admissibilidade dos embargos infringentes está subordinada a julgamento não unânime, desde que seja proferido em apelação e ação rescisórias. Logo, consideramos como pressupostos básicos alimentantes do instituto: 1) julgamento proferido por maioria, pois é de mister tenha ocorrido pelo menos um voto vencido; 2) julgamento proferido em apelação ou em ação rescisória.

Quando o acórdão for preferido em apelação, anulando o processo por maioria, (divergência quanto à preliminar), cabem infringentes, não importando se no mérito ela tenha sido unânime. No contexto, são admissíveis os embargos infringentes em decisão proferida em apelação, mesmo que o dissenso se refira a matéria preambular ou preliminar.

Nesse diapasão, faz-se mister haja um julgamento disforme, não unânime, não sendo suficiente que haja mera divergência quanto à instrução do feito tal como: conversão do julgamento em diligência, junta de documentos, adiamento, competência do tribunal ou da turma julgadora, etc., pois essas medidas são meramente “instrucionais”.

Outrossim, nos moldes da parte final do art.530 do CPC “os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”. Ilustrativamente, se o pedido compreender várias parcelas “a”, “b”, “c”, e “d”, sendo rejeitada a primeira por unanimidade e as demais por maioria, só quando as divergentes alimentarem embargos. É que os embargos não podem exceder o limite do voto vencido, pois seu conhecimento será limitado ao alcance deste, levando em consideração o princípio *utile per inutile non vitiatur* (o ato válido não é prejudicado pela parte inválida).

A título de elucidação, de se reafirmar que “À decisão dos embargos infringentes será adstrita aos limites da divergência, podendo o recurso: a) ser acolhido totalmente, com a divergência do voto que fora vencido no aresto embargado; b) ser acolhido parcialmente, caso em que o embargante receberá menos do que fora deferido no voto vencido; c) ou, ser rejeitado, caso em que prevalecerá às inteiras, a solução adotada nos votos vencedores lançados no aresto embargado”⁷.

“Os limites objetivos do recurso de embargos infringentes devem estar circunscritos até o máximo do que concedeu ao recorrente o voto vencido. Assim se o voto vencido concedeu ao recorrente uma pluralidade de pretensões, a nova decisão não pode ir além daquela somatória. Isto significa, contudo, que o Julgamento tenha de se manter fiel àquela somatória, podendo consagrar algumas ou apenas uma das teses contidas no voto minoritário. “(Ac. unân. 1.040 do 1 Gr. de Câms. do TJPR de 03.09.87, nos Embs. nº 63/85, Rel. Des. Oto Luiz Sponholz,; Adcoas, 1988, nº 117.159) ⁸.

Nessa linha de raciocínio, é auspicioso ressaltar que os embargos infringentes, são, portanto, remédios-recursos que têm o escopo crucial de “impedir a eficácia decisória de acórdão majoritário”⁹, já que visa a “provocar o reexame de acórdãos proferidos em apelação e em ação rescisória, no que houver divergência entre os juízes, possibilitando, não só a retratação dos

⁷ NEGRÃO, Theotônio: “Comentário ao CPC” e Leg. em Vigor 27^a ed, Saraiva, 1996, pág. 408 nota do art. 530: 20.

⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro: “CPC anotado”; RJ, Forense, 2^a ed. 1996, pág. 234.

⁹ Op. cit. pág. 164.

que anteriormente votaram, mas também a modificação da decisão pelo ingresso, quando for o caso, de outros juízes no órgão julgador”¹⁰.

A divergência entre os Juízes votantes, deve ser aferida pela conclusão do pronunciamento de cada voto, jamais, pelas razões ou pelos fundamentos utilizados para fundamentar o voto. Por exemplo, em julgamento proferido numa ação de cobrança, ao ensejo de apresentar a apelação, um dos Juízes achou de boa política negar provimento ao pedido, ao argumento de que não restou provado o fato constitutivo do suposto crédito “, os demais Juízes negaram provimento ao pedido por acharem que fora provado fato extintivo”¹¹. No caso, a divergência foi quanto aos motivos ou quanto à fundamentação, haja vista que a conclusão da decisão foi uniforme, qual seja, pelo improvimento, não alimentando, nesse caso, embargos infringentes. Com efeito, a “dissidência de votos que autoriza a intentação do recurso de embargos infringentes é a que se colhe do voto vencido, de modo a viabilizar a sua prevalência do Juízo de retratação, não os seus motivos e fundamentação”. Demais, “se por fundamentos outros, os votos proferidos no julgado são unânimes em sua conclusão, a votação há de ser ter como unânime”¹².

Ainda sobre o assunto, vaticina com muita propriedade Vicente Grego Filho¹³ que “diferente é a situação se trata de apelação ou ação rescisória em que se

¹⁰ Grego Filho, Vicente: “Direito Processual Civil Brasileiro”, vol II, SP, Saraiva, 1996, pág. 344.

¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos: “O Novo Processo Civil Brasileiro”. RJ, Forense, 18^a ed, 1996, pág. 174.

¹² NEGRÃO, Theotônio: “CPC e Legislação Processual em vigor”, 27^a ed, SP, Saraiva, 1996, nota sobre o art. 530:13c.

¹³ Op. cit. pág. 344/5.

apresenta mais de uma *causa petendi* para um mesmo pedido. Nesta hipótese, se houver divergência no reconhecimento, ou não, de ambas as *causae petendi*, ainda que o resultado final seja unânime, existe divergência porque cada *causa petendi* é fundamento de uma ação que poderia ser proposta separadamente e, se assim fosse, haveria voto vencido permitindo os embargos. É preciso porém, que haja voto vencido em todas as *causae petendi*, porque, se em uma a votação unânime tanto quanto o resultado final, não aparece o pressuposto específico dos embargos que é o voto que daria ganho de causa ao perdedor'. Logo, toma-se em separação os votos dos julgadores, em relação a cada uma das *causae petendi* e havendo divergência acerca de qualquer delas, cabível serão os embargos. Ex. interposição de rescisória com fundamento em ofensa à coisa julgada, violação literal de lei e erro de fato. O pedido foi declarado improcedente quanto aos três fundamentos, entretanto em relação a cada um deles houve juiz que o teria acolhido. Cabe embargo já que cada *causa petendi* correspondia a uma ação rescisória, e nenhuma delas foi julgada por unanimidade. "Se houvesse voto vencido apenas no tocante a um dos fundamentos, ou a dois, continuariam a caber os embargos, mas neles já não se poderia insistir no (s) fundamento(s) unanimemente rejeitado(s)".

Aumentando a égide de observações, oportuno trazer à baila a posição de Greco Filho sobre o assunto. Este assevera que "voto vencido não quer dizer, necessariamente, voto oposto. Basta que o voto seja diferente, quantitativa ou qualitativamente. Neste caso, a divergência é parcial, e somente no que houver diferença é que se pode pedir a reforma por meio de embargos. Igualmente, se parte do acórdão for unânime e

parte por maioria, somente sobre esta podem incidir os embargos. Assim, por exemplo, se, por unanimidade, o tribunal julga a ação procedente decretando a rescisão de um contrato e por maioria condena à multa contratual, os embargos somente poderão versar sobre a multa". Noutra dizer, para a configuração do deserto, basta que qualquer dos juízes emita voto diferente dos outros, não sendo necessário que vote em sentido oposto. "A divergência pode indiferentemente verificar-se em qualquer dos pontos sobre que se haja de decidir no julgamento da apelação ou da rescisória, quer se trate capítulo principal, quer de acessório (inclusive condenação em custas processuais e/ou honorários advocatícios)"¹⁴

Na mesma reta de considerações, oportuno salientar que a divergência do julgamento de uma ação acumulada, inclusive na hipótese de reconvenção e de declaratória incidental, não permite a interposição de embargos no pertinente a outra ação¹⁵.

Para que os embargos infringentes sejam conhecidos, não basta que simplesmente seja feita alusão ao voto vencido, mas, é de mister que estes contenham transcritos expressamente os fundamentos do voto vencido.

Se os embargos versarem unicamente sobre prescrição ou decadência reconhecida de forma não unânime em apelação rescisória, o seu acolhimento implica a devolução do feito à turma julgadora da apelação ou rescisória para que prossiga o julgamento.

Impossível alegar em embargos infringentes incompetência do tribunal, a não ser que sobre ele tenha havido divergência na apelação.

¹⁴. BARBOSA MOREIRA, José Carlos: "O Novo Processo Civil Brasileiro". RJ, Forense, 18^a ed, 1996, pág. 174.

¹⁵. BARBOSA MOREIRA: Op. cit. pág. 175.

A apresentação de infringentes norteia-se também pelo princípio da *non reformatio in pejus*, haja vista que em qualquer hipótese fica proibida a reforma para pior.

De regra não se admitem embargos infringentes em acórdão proferido no agravo de instrumento, retido ou regimental. Entrementes, “se ao apreciar agravo retido o tribunal apreciou matéria de mérito (art. 269¹⁶), ou que não preclui (art. 276-IV, v, vI, e 3¹⁷) e proferiu decisão não unânime, os embargos são cabíveis”. “Admitem-se embargos infringentes em agravo retido, quando a questão neste versada estiver inafastavelmente vinculada ao próprio mérito da apelação” (STJ – 4 Turma, Resp, 26.899-4RJ, rel. Min. Athos Carneiro, j. 9.11.92 – DJU 17. 12. 92, p. 24.251). Logo, a decisão proferida em agravo retido, se, umbilicalmente vinculada ao mérito, e não unânime, permite a interposição de embargos infringentes, salvo se tiver apenas rejeitado a preliminar de cerceamento de defesa.

No diapasão, em se tratando de pedido de antecipação da tutela, se rejeitando, é admissível a interposição de agravo de instrumento ou retido. Em sendo apresentado o agravo retido para evitar a preclusão temporal, como a impugnação da matéria se refere ao próprio mérito da relação jurídica, este quando

¹⁶. O art. 269 do CPC estipula que: “Extingue-se o processo com o Julgamento de mérito: I) quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; II) quando o réu reconhecer a procedência do pedido; III) quando as partes transigirem; IV) quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; V) quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação”.

¹⁷. As matérias previstas nos incisos IV, V e VI do art. 267, quais sejam, os pressupostos processuais e as condições da ação, não precluem, pois que a própria lei assim estabelece em virtude de serem matérias de ordem pública.

apreciado como prefacial da apelação pelo tribunal, se o acórdão referente a essa matéria devolvida for divergente, enseja a interposição de embargos infringentes¹⁸.

No pertinente ao cabimento de embargos infringentes interpostos de decisão proferida em apelação apresentada em mandado de segurança existem duas Súmulas da suprema corte. A primeira de nº 294 que é estipulante: “São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão do Supremo Tribunal Federal em mandado de segurança”, e a segunda de nº 597 asseverante: “Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação”.

Não concordamos, *permissa maxima venia* com esse entendimento. É que da decisão proferida em mandado de segurança cabe apelação, e, das decisões não unânimes proferidas em apelação, cabem embargos infringentes. Outrossim, nem o CPC nem tampouco a lei 1.533/51 proíbe expressamente a interposição de embargos infringentes de acórdãos não unânimes proferidas em apelação apresentada contra decisão em mandado de segurança.

Não poderíamos deixar de enfatizar que no caso de voto divergente proferido em apelação ou rescisória, compulsoriamente devem ser apresentados os embargos infringentes, quanto à parte divergente, para que posteriormente possa ser apresentado recurso especial e/ou extraordinário, porquanto, a devolução da matéria em campo extraordinário demanda, preambu-

¹⁸. Diferentemente da nossa posição respaldada na doutrina e em parte da jurisprudencial, encontra-se a Súmula 181 do STF que obtempera: “Contra a decisão proferida sobre o agravo no auto do processo, por ocasião ao julgamento da apelação, não se admitem embargos infringentes ou de nulidade”.

larmente, o esgotamento de todas as vias comuns e ordinárias. No particular, em sendo apresentado embargos infringentes quanto à parte não unânime, e houver violação de lei federal ou da constituição quanto à unânime, o recurso especial e o extraordinário impugnativo da parte unânime, deverão ser apresentados juntamente com os embargos infringentes, pena de preclusão (Súmula 355 do STF¹⁹), e em sendo apresentados, estes restarão sobrestados até o julgamento daquele (CPC, art. 498).

A decisão por maioria proferida em embargos de declaração de omissão em acórdão proferido em apelação permite a interposição de embargos infringentes, pois os embargos de declaração integram o que foi julgado na apelação. Registre-se, ainda: havendo voto vencido parcialmente no acórdão, não sendo possível determiná-lo precisamente, já que o acórdão foi omissão a respeito, é *conditio sine qua non*, e não facultade, que essa omissão seja suprida por meio de embargos declaratórios, se pretender apresentar embargos infringentes, de eles não serem reconhecidos.

Mesmo inexistindo recurso voluntário, são admissíveis infringentes em remessa necessária ou de ofício. Essa é a orientação da súmula 77 do antigo TFR: “Cabem embargos infringentes a acórdão não unânime proferido em remessa *ex officio* (Código de Processo Civil, art. 475)”. O regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com sede em Recife, também se orienta nesse sentido através de seu artigo 237. Nós, entretanto, nos permitimos asseverar

¹⁹ A súmula 355 do STF frisa: “Em caso de embargos infringentes parciais, é tardio o recurso extraordinário após o julgamento dos embargos, quanto à parte da decisão embargada que não fora por eles abrangida”.

que, como a remessa compulsória ou necessária não é considerada recurso, mas simplesmente uma providência necessária para que a sentença possa transitar em julgado, não concordamos com a pré-falada súmula do TRF nem com seus concordantes. Desta feita, em remessa necessária, não há por que se falar em embargos infringentes, assim entendemos.

No concernente ao cabimento de embargos infringentes apresentados em julgamento divergente, proferido em apelação apresentada de ação falimentar existem duas correntes: uma que admite, e outra situada em pólo oposto da qual fazemos parte e que tem orientação contrária. É que “em matéria de recursos, a Lei de Falências é auto-suficiente, e a exaure em suas previsões. Não cabe, pois ampliar os recursos nela previstos”.²⁰

“São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos Tribunais (súmula 293 do STF)”.

“São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão unânime do STF em ação rescisória (súmula 295 do STF)”.

“São inadmissíveis embargos infringentes sobre matéria não ventilada pela turma, no julgamento do recurso extraordinário (súmula 296 do STF)”.

²⁰ O Decreto Lei 7.661/45 (Lei de Falências), prevê expressamente os recursos interpostos das decisões proferidas tanto na falência quanto na concordata, se referindo ao agravo de instrumento (art. 17: “Da sentença que declarar a falência pode o devedor, o credor ou o terceiro prejudicado, agravar de instrumento”), ao embargo (art. 18: “A sentença que decretar a falência com fundamento no art. 1º pode ser embargada pelo devedor, ...”), apelação (art. 19: “Cabe apelação da sentença que não declarar a falência”), etc.

“Em caso de embargos infringentes parciais, é definitiva a parte da decisão embargada em que não houver divergência na votação (súmula 354 do STF)”.

“Não há embargos infringentes no processo de reclamação (súmula 368 do STF)”.

Não há que falar em infringentes de decisões não-unânicas, proferidas em recurso apresentado de sentença nos juizados especiais, pois a Lei 9.099/95, apesar de silente, é também auto-suficiente quanto aos recursos admissíveis naquele procedimento eminentemente sumário.

O Regimento Interno do STF através de seu art. 333, III e IV admite a interposição de Embargos infringentes de decisão não-unânime do Plenário ou da Turma proferida em ação rescisória. Por outro lado, os artigos 260 a 262²¹, do Regimento Interno do STJ também admitem embargos infringentes de decisões não-unânicas proferidas em apelação e rescisória de sua competência originária.

3. PROCEDIMENTO

Os embargos infringentes devem ser apresentados no protocolo do tribunal, através de petição escrita dirigida ao relator da decisão embargada (ação rescisória ou apelação), no prazo de 15 dias, contados da publicação das conclusões do acórdão no órgão ofi-

²¹ O art. 333, III e IV do RISTF vaticina: “Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma: ... III - que julgar ação rescisória; IV - que julgar a representação de inconstitucionalidade”. Por seu lado, o art. 260 do RISTJ frisa: “Cabem embargos infringentes, no prazo de quinze dias, quando não for unânime o julgado proferido em apelação, e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”. Constata-se que o RISTJ repetiu o preceptivo codificado.

cial (art. 506, item III do CPC)²². Sendo apresentados, cabe à secretaria do tribunal juntá-los aos autos, independentemente de despacho, sendo em seguida levados conclusos ao relator para que este objetive o Juízo primeiro de admissibilidade, responsável pela análise dos pressupostos gerais e específicos.

Atente-se para o fato de que a petição deve ser dirigida diretamente ao relator do acórdão embargado, e este pode não ser necessariamente, o próprio relator da apelação ou da rescisória, consoante se depreende do didatismo inteligente do art. 556 do CPC²³.

A petição deve conter a identificação do embargante e da parte *ex adversa*, o pedido de novo julgamento no pertinente a matéria divergente, e na mesma peça ou em anexo, a fundamentação do pedido.

Carecendo o embargo de qualquer pressuposto de admissibilidade, cabe ao relator inadmiti-lo de imediato, cabendo desse despacho, a partir da sua publicação no *Diário Oficial*, o recurso de agravo²⁴, no prazo de 5 (cinco) dias, endereçado ao mesmo órgão que iria julgar os embargos (CPC, art. 532). Ressalte-se, por oportuno, que todas as regras gerais aplicáveis aos

²² Observe o Art. 188 do CPC que giza: “Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”, e o art. 191 estipulante: “Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos”.

²³ O Art. 556 frisa: “Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento designando para redigir o acórdão o relator, ou, se este for vencido, o autor do primeiro voto vencedor”. De se observando que de regra quem dirige o acórdão é o relator do processo. Entrementes, em sendo esse vencido, o autor do voto vencedor ficará encarregado de redigir o acórdão, e para ele deverá ser direcionado os embargos infringentes.

²⁴ De ressaltar que esse recurso, pela sistemática anterior, não tinha nome.

prazos recursais, inclusive no concernente à contagem, prorrogação, suspensão e interrupção, bem como o estatuído nos arts. 188 e 191 do CPC incidem sobre esse instituto.

Em face ao silêncio do Código, entendemos que a petição do agravo deve dirigir-se ao prolator do despacho que inadmitiu os embargos, e este não pode, em hipótese alguma negar seguimento do mesmo aos seus pares. Admitir o contrário seria permitir a interposição infundável de agravo contra despacho trancatório de agravo. Ademais, apesar de silente o CPC quanto à questão da retratação, somos pelo prolator do despacho trancatório dos embargos infringentes que, reapreciando sua decisão indeferitória, pode, se achar conveniente, retratar-se, ou seja, voltar ao *statu quo ante*, permitindo o seguimento dos embargos indeferidos ou inadmitidos. Pela natureza dos agravos, esses, quase sempre, permitem que a decisão agravada seja revista pela própria autoridade prolatora.

No pertinente ao procedimento do agravo, caso não haja retratação, de se por em liça que nele não se faculta a apresentação de contra-razões pela parte agravada, devendo o mesmo ser colocado em julgamento na primeira sessão seguinte perante o órgão que julgaria os embargos e, nesse caso, o prolator do despacho trancatório não participará da votação.

Se os embargos forem admitidos, observados e respeitados todos os pressupostos de admissibilidades gerais e específicos, ou em face de provimento do agravo, haverá o sorteio de um novo relator, devendo recair a escolha, **na medida do possível**, em Juiz que não haja participado do julgamento da apelação ou da rescisória (art. 533 e parágrafo). Noutro asseverar, ao se observar o sorteio do novo relator devem-se excluir

os participantes do julgamento da apelação ou rescisória, desde que seja possível²⁵.

Sorteado o relator dos embargos, independentemente de despacho, abre-se a vista dos mesmos ao embargado para no prazo de 15 (quinze) dias manifestar-se, assim pretenda (CPCm, art. 508). Segundo José Carlos Moreira, na mesma obra, todas as regras atinentes aos prazos lhe são aplicáveis, com exceção do constante no art. 507 do CPC²⁶.

Na contramanifestação aos embargos cabe ao embargado combatê-los do ponto de vista formal e material, ou seja, quanto à admissibilidade e ao mérito. Apresentadas as contra-razões, ou passando *in albis*, os autos serão conclusos ao relator no prazo de 48 (quarenta e oito) horas para que este conhecimento do recurso, visto que, até então não tinha tido contacto com ele, dispondo do prazo de 15 (quinze) dias para estudá-lo e proferir o seu relato (visto), expondo os pontos controvertidos (CPC, art. 549). Após a consubstanciação do relatório, cabe à secretaria expedir cópias autenticadas do mesmo e distribuí-las entre os membros do colegiado que irão participar do julgamento (CPC, art. 553).

Após a distribuição das cópias, os autos serão conclusos ao revisor, que será o juiz mais antigo após o relator (§1º do art. 551 do CPC), dispondo esse tam-

²⁵. A lei não proíbe a participação dos juízes que julgaram a apelação ou a rescisória, procura evitar apenas, que sejam os embargos relatados por algum participante do julgamento anterior.

²⁶. O Art. 507 salienta: "Se, durante o prazo para a interposição do recurso, sobrevier o falecimento da parte ou de seu advogado, ou ocorrer motivo de força maior, que suspenda o curso do processo, será tal prazo restituído em proveito da parte, do herdeiro ou do sucessor, contra quem começará a correr novamente depois da intimação".

bém de 15 (quinze) dias para revisar a matéria, colocar o seu visto, devendo em seguida pedir dia para julgamento. Interessante mencionar que em se tratando de embargos infringentes interpostos de acórdão não-unânime proferido em apelação apresentada de decisão em ação de procedimento sumário, em ação de despejo ou nos casos de indeferimento liminar de petição inicial (§ 3º do art. 551 do CPC), não haverá revisor.

Os embargos infringentes são julgados pelos órgãos especiais ou pelo pleno dos tribunais, conforme o caso. O Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Pernambuco estipula através de seu artigo 24, inciso I, letra “c” que a competência para julgamento dos infringentes é do Grupo da Câmara Cível, órgão de natureza especial. Já o Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, através do inciso III do artigo 6º atribui a competência ao pleno. O regimento do STJ através dos artigos 11 e 12 atribui à competência ao Órgão Especial e às Seções. O RISTF estipula ser do plenário a competência para apreciar os embargos infringentes. Havendo embargos infringentes adesivos, estes seguem os mesmos trâmites processuais dos embargos principais.

4. PREPARO

De acordo com o código de 1939, havia determinação expressa no sentido de que este recurso devia ser preparado. Hoje, entretanto, as normas disciplinadoras desse instituto são silentes. Nessa perspectiva, por escassez de exigência legal, não existe pagamento de custas, e por via de consequência, preparo. Inda mais que custas já foram pagas na preparação da apelação ou na inicial da ação rescisória. Alguns autores enfatizam ser necessária a objetivação do preparo

quando houver exigência ou determinação por parte de **norma interna corporis** dos tribunais, o que não concordamos, pois os regimentos devem se amoldar às normas processuais federais.

5. EFEITO

Além do efeito devolutivo inerente a todo e qualquer recurso²⁷, os embargos infringentes terão efeito suspensivo nos limites do voto vencido objeto dos embargos, desde que a apelação, base do acórdão recorrido, tenha recebido efeito suspensivo. Em se tratando de embargos interpostos de acórdão proferido em apelação, a parte voluntariamente não embargada, ou em face da impossibilidade de embargos, pois que unânime, será objeto de execução definitiva ou provisória. A definitiva, quando não houver apresentação de recurso especial ou extraordinário. A provisória, quando houver interposição de qualquer desses dois recursos²⁸.

Ampliando o âmbito de considerações, não vislumbramos a possibilidade de se atribuir efeito suspensivo em embargos infringentes apresentados em julgamento não-unânime, em ação rescisória. A rescisória em virtude do comando expressamente salientado no artigo 489 do CPC “não suspende a execução da sentença rescindenda”. Nesse sentido, por analogia, os embargos apresentados de acórdão proferido em apelação só terão efeito suspensivo se a apelação o

²⁷. Em seara dos embargos infringentes existe a devolução ou remessa da matéria objeto do voto divergente proferido na apelação ou rescisória, ensejador dos embargos.

²⁸. Registre-se que o recurso extraordinário e especial será recebido apenas no efeito devolutivo (§ 2º do art. 541).

tiver. Como a rescisória não suspende a sentença rescindenda, os embargos apresentados de seu julgamento jamais poderão suspender a matéria, objeto da divergência e dos embargos.

6. EMBARGOS INFRINGENTES CONTRA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU

As Leis 6.825 de 1980, através do seu artigo 4º e a de nº 6.830, também de 1980, através de seu artigo 34, substituíram o remédio apelativo das decisões finais, pelos embargos infringentes dessas decisões, como único recurso cabível contra sentenças proferidas em causas da competência da Justiça Federal, quando interessadas, seja na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes estejam a União, autarquias e empresas públicas federais, e nas execuções fiscais em geral, desde que, em qualquer dos casos, o valor da causa fosse igual ou inferior a 50 OTN (obrigação do tesouro nacional)²⁹.

A primeira lei foi revogada pela de nº 8.197/91. A segunda, que “reviveu os antigos embargos de alçada” do Código de 1939 para causas de valores iguais ou inferiores a dois salários mínimos, permanece íntegra e intocável.

O art. 34 da segunda lei disciplinante das *execuções fiscais* da União, Estados e Municípios, estabelece, *in verbis*: “Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração” levando-se em conta a “dívida monetariamente

²⁹. A OTN foi substituída pela BTN que por sua vez foi substituída pela ORTN que por sua vez...

atualizada” acrescida de multa, juros de mora e demais encargos, sem sujeições a alterações futuras.

Inicialmente, cumpre registrar que a nomenclatura atribuída a esse instituto recursal é paradoxal. Se temos pressuposto dos embargos infringentes a decisão não-unânime proferida por órgãos colegiados, como atribuir a mesma nomenclatura a um recurso interposto de decisão prolatada por órgão singular ou monocrático, impossível de se haver julgado não-unânime? Estamos que a terminologia utilizada pelo legislador foi inadequada.

Esses embargos, deverão ser interpostos perante o próprio Juiz prolator da decisão, no prazo de 10 (dez) dias, em petição fundamentada, instruída ou não com documentos novos, se for o caso.

Apresentados os embargos será ouvido em igual prazo. Em seguida, os autos serão conclusos ao juiz para apreciá-los, podendo rejeitá-los ou acolhê-los (reformando), num prazo de 20 (vinte) dias (§ 2º, da Lei).

De asseverar que a adoção dessa sistemática de se impugnar a decisão do Juiz apresentando embargos infringentes ao próprio Juiz, eliminou a possibilidade de se apresentar agravo de instrumento ou retido, apelação ou recurso especial, violando o princípio do duplo grau de jurisdição. Cabe apenas o recurso extraordinário, que segundo a doutrina dominante tem que ser interposto diretamente ao STF, caso haja violação de normas constitucionais³⁰ ou embargos de declaração em caso de omissão, contradição e obscuridade.

³⁰. Art. 102 da CF vaticina caber extraordinário das causas decididas em única ou última instância (quando não couber mais recurso, salvo embargos de declaração), “quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição”.

De prudência vaticinar, que nessas causas não haverá a preclusão das interlocutórias irrecorridas, pois que toda a matéria decidida no curso da ação será desenvolvida ao conhecimento do próprio Juiz através dos embargos infringentes.

Não se admite também nem sequer reexame necessário, cabendo, entretanto ação rescisória.

A título ilustrativo, em se tratando de ações conexas, julgadas em conjunto, se o valor de cada um for inferior ao valor da alçada, mesmo que a soma seja superior, não cabe apelação, mas infringentes, pois a alçada determina-se com o valor de cada ação, não a soma delas.

Em se tratando de ação de embargos de terceiros apresentado em execução fiscal, não deve ser levado em consideração o valor da causa na ação fiscal, mas a alçada da ação de embargos de terceiros.

Em face da lacuna na lei, diz-se, por analogia, que a interposição desses embargos infringentes, tem efeito suspensivo, salvo se ocorrer alguma das hipóteses em que não produziria a apelação.

7. EMBARGOS INFRINGENTES NO PROCESSO TRABALHISTA

Cabem embargos infringentes para a Seção Especializada em Dissídios Coletivos ou Seção Normativa, das decisões não unânimes proferidas em processo de Dissídios Coletivos de sua competência originária (quando o dissídio exceder a Jurisdição de TRT), salvo, se a decisão impugnada estiver em consonância com precedente Jurisprudencial ou Súmula de Jurisprudência do TST (art. 2º, inciso II, letra "c" da lei 7.701/88).

Por sua vez, o RITST através do art. 356 estabelece: "Cabem embargos infringentes das decisões não unânimes proferidas pelas Seções Especializadas, no prazo de oito dias, contados da publicação do acórdão ou sua conclusão no órgão oficial, nos seguintes processos de competência originária do Tribunal: denegará o seguimento ao Recurso, facultado à parte, a interposição de agravo Regimental" (art. 358 do RITST).

Logo, não apenas das decisões proferidas em dissídio coletivo de Competência originária do STF que enseja a interposição de Embargos Infringentes, cabendo-os, também, das decisões não-unânimes proferidas em Ação Rescisória de competência originária do TST.

Merece destaque, o fato da decisão que em qualquer desses dois tipos de ações forem prolatadas por unanimidade sem que haja violação da Constituição Federal, daí, nenhum outro recurso será admissível, nem Ordinário nem o Recurso Extraordinário. É o que se depreende da interpretação dos artigos 539, I, do CPC, 101, II, "a" e III da Constituição Federal, art. 309, 326 e 327 do RITST³¹. Portanto, resta prejudicado o Duplo Grau de Jurisdição.

³¹ O Art. 102 da Constituição Federal frisa: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I...II - julgar, em recursos ordinários: a) O habeas corpus, o mandado de segurança o habeas data e mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão: III - julgar mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição": b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal: c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição."

- O Art. 539 do CPC estipula: "Serão julgados em recurso ordinário: I - Pelo Supremo Tribunal Federal, os mandados

Ressalte-se, que a ausência de unanimidade deve dizer respeito a cada cláusula rediscutida no Recurso, vez que os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência (CPC art. 530 parte final).

De asseverar que é a própria Seção Especializada em Dissídios Coletivos que é responsável pelo julgamento dos Embargos Infringentes, e, inclusive, vai julgar Agravo Regimental da negativa de seguimento dos infringentes.

8. A GUIA DE ARREIMATE.

À luz do que foi explanado acima, cumpre concluir infantizando que: 1) Na sistemática recursal dos embargos infringentes são admissíveis as decisões proferidas em apelação, inclusive daquela apresentada em mandado de segurança, e rescisória desde que julgada por maioria; 2) A matéria devolvida está circunscrita ao voto vencido; 3) A divergência pertinente aos votos deve ser aferida levando em consideração a conclusão, jamais a fundamentação ou *causae petendi*, salvo quando houver várias *causae petendi*, para um único pedido, caso em que ensejará infringentes em existindo divergência quanto as *causae petendi*; 4) Cabem infringentes em recurso adesivo quando se referir ao próprio mérito da demanda, ou

de segurança, os habeas data e os mandados de injunção decididos em única instância pelos Tribunais superiores, quando denegatória a decisão”.

- A seu lado o Art. 309 do RITST enfatiza: “ao acórdão (proferido na rescisória) poderão ser inerpostos embargos infringentes, na matéria em que não foi unânime o julgado”.

- O Art. 326 do mesmo regimento sublinha: “Concluído o julgamento do dissídio, e proclamada a decisão normativa, o relator ou redator designado terá o prazo máximo de dez dias para lavrar o respectivo acórdão, que será imediatamente publicado.”

devolver questão de ordem pública ou que não preclui; 5) Cabem embargos infringentes de decisão não-unâ-nimes, proferida em embargos de declaração apresentados em acórdãos omissos, contraditórios ou obscuros, de apelação ou rescisória, pois estes integram o próprio acórdão; 6) Não basta a simples alusão ao voto vencido, mas é de mister seja ele transcrito nas razões recursais; 7) A apresentação de infringentes quanto à parte não-unânime, demanda, no mesmo prazo a apresentação do especial ou do extraordinário, ou de ambos, quanto à parte unânime, pena de preclusão temporal e, por conseguinte, a execução definitiva da parte preclusa; 8) Os embargos infringentes têm efeito suspensivo na medida em que o tenha a apelação. Diferentemente ocorre dos infringentes interpostos de rescisória, haja vista que esta não suspende a execução de sentença (CPC art. 489); 9) Não há necessidade de pagamento de custas ou preparo; 10) Os embargos devem ser dirigidos diretamente ao relator da decisão embargada, e serão julgados por órgãos especiais ou pelo tribunal pleno. Em caso de denegação de seguimento cabe agravo regimental para o mesmo órgão; 11) Cabem embargos infringentes das decisões proferidas nas ações fiscais de baixo valor que serão julgado pelo mesmo juiz; 12) No Processo Trabalhista os infringentes só são admissíveis perante o Tribunal Superior do Trabalho.

AÇÃO EVICTÓRIA - DENUNCIÇÃO DA LIDE

POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DIRETA DO DENUNCIADO.

Demócrito Ramos Reinaldo Filho
Juiz de Direito

Em caso submetido a nosso julgamento, apresentou-se a deslinde a seguinte situação: o autor adquiriu do réu um veículo que depois veio a se saber de procedência criminosa. Apreendido o veículo administrativamente, pela delegacia especializada, o autor buscou o reparo do desfalque patrimonial por ele sofrido, ajuizando ação evictória contra o réu. Este denunciou da lide seu antecessor na cadeia dos proprietários, que lhe haviam alienado o veículo. Aceitando a sua condição de litisconsorte passivo, ofereceu contestação ao pedido autoral. Na instrução do feito, ficou comprovado que o litisdenuciado era o único que tinha conhecimento da origem ilícita do veículo.

A questão de direito material não oferecia maiores dificuldades, pois a hipótese enquadrava-se confortavelmente dentro no instituto da **evicção**, tratado no art. 1.107 e seguintes do C.C.. Aquele que vende coisa viciada deve resguardar o adquirente pelo desfalque que sofra em seu patrimônio, conforme se deduz do citado dispositivo de lei, *verbis*:

“Nos contratos onerosos, pelos quais se transfere o domínio, posse ou uso, será obrigado o alienante a

resguardar o adquirente dos vícios da evicção, toda vez que se não tenha excluído expressamente esta responsabilidade”.

A jurisprudência, a respeito do tema, é remansosa em reconhecer o direito de evicção, contra o alienante da **res furtiva**, quando o veículo comprado por terceiro de boa-fé vem depois a ser apreendido pela polícia. Destaca-se, a propósito, o seguinte aresto:

“EVICÇÃO - COMPRA E VENDA DE AUTOMÓVEL PARTICULAR - VEÍCULO FURTADO E APREENDIDO PELA POLÍCIA - AÇÃO EVICTÓRIA CABÍVEL MESMO À FALTA DE DECISÃO JUDICIAL - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

Em furto de veículo cabe a ação de indenização pela evicção contra o alienante da **“res furtiva”**, independentemente de prévia sentença que despojou o evicto, se não existe dúvida quanto à procedência criminosa do automóvel e a legalidade da apreensão administrativa” (Ap. Civ. 6.863-Dourados, Rel. Des. Hermínio Baptista de Azeredo, TJMT)¹.

Na mesma linha de entendimento, decisão do STF:

“Cabimento de ação de indenização contra o vendedor de coisa furtada, independentemente da prévia sentença sobre sua responsabilidade por evicção”².

Outras decisões de outros tribunais também podem ser referidas, como as seguintes:

¹ Acórdão publicado na *Jurisprudência Brasileira*, vol. 109, pág. 62.

² Acórdão publicado na RTJ, vol. 42, pág. 389.

"EVICÇÃO - COMPRA E VENDA DE AUTOMÓVEL PARTICULAR - VEÍCULO FURTADO APREENDIDO PELA AUTORIDADE POLICIAL - AÇÃO CONTRA O VENDEDOR - ADMISSIBILIDADE - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS FARTOS.

Se o veículo foi regularmente apreendido por autoridade policial e devidamente entregue ao primitivo dono, a situação pode e deve ser enquadrada no âmbito da evicção" (acórdão do TJMG)³.

"Tendo sido apurado que, antes de ter sido vendido, o automóvel havia sido furtado de outrem, nada obsta a que o comprador se volte contra o vendedor, reclamando, desde logo, a restituição do preço" (acórdão do TJSP)⁴.

"Ação de evicção julgada procedente. Automóvel que o autor comprou do réu foi apreendido em cumprimento de carta precatória expedida pela autoridade policial do Estado de São Paulo. A responsabilidade pela evicção é daquele que vendeu o veículo ao autor, sendo certo que ele poderá acionar por sua vez os vendedores anteriores. (...)" (acórdão do TJPR)⁵.

"EVICÇÃO - AUTOMÓVEL - VEÍCULO FURTADO - APREENSÃO PELA AUTORIDADE POLICIAL - PERDA EQUIPARADA À EVICÇÃO - AMOLDAMENTO DO ART. 1.117, I, DO CÓD. CIVIL À ATUALIDADE.

(...)

Condenação do vendedor a pagar o valor do automóvel, alcançado pela evicção, atualizado através de tabelas de preços de veículos usados. Sentença mantida" (acórdão do TJSP)⁶.

³ Acórdão publicado na *Jurisprudência Brasileira*, vol. 109, pág. 68.

⁴ Acórdão publicado na RT, vol. 462, pág. 86.

⁵ Acórdão publicado na *Jurisprudência Brasileira*, vol. 109, pág. 85.

⁶ Acórdão publicado na *Jurisprudência Brasileira*, vol. 109, pág. 131.

A dificuldade assentava-se em saber se, no dispositivo da sentença, a condenação pela reparação poderia ser feita diretamente na pessoa do denunciado, excluindo-se o denunciante da relação processual. O nosso posicionamento firmou-se em sentido contrário, pelas razões que passamos a evidenciar.

De logo, cabe notar que o autor realmente tinha que ajuizar a ação contra a pessoa do denunciante, embora não fosse este o primitivo alienante. É que a ação de evicção tem de ser proposta contra o alienante direto, e não contra o primitivo transmitente, segundo ensinamento jurisprudencial:

"Ação de evicção não pode ser substituída pelo pedido de indenização do último adquirente contra o primitivo transmitente, com abstração da cadeia sucessiva de transmissões (art. 1.17 do CC)"⁷.

O réu, por sua vez, em sendo demandado, tinha o direito de denunciar à lide o seu antecessor na cadeia dos proprietários, ou seja, o alienante anterior, para assegurar-se de uma possível derrota na ação (art. 70, I, CPC).

Feita a denunciação da lide e aceita esta pelo denunciado, ocorre a formação dentro do mesmo processo de duas relações: uma principal, envolvendo o autor e o réu-denunciante, e uma segunda demanda derivada, entre o denunciante e o denunciado. Na litisdenunciação, o denunciado vem ao processo para garantir o réu-denunciante, evitando a necessidade de posterior ação de regresso, o que importa ver que a relação se estabelece entre eles, e não entre o autor e o denunciado. Daí porque "a sentença que julgar procedente a ação, declarará, conforme o caso, o direito do

⁷ Acórdão publicado na RTJ, vol. 119, pág. 1.100.

evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos”, em respeito à determinação contida no art. 76 do CPC. Em interpretação a esse dispositivo legal, vem a talho o aresto abaixo ementado:

“A sentença em processo com denunciação da lide é dúplice: julga a ação principal e em seguida julga ação secundária, acolhendo ou não a pretensão do denunciante de ver declarada a responsabilidade do denunciado”⁸.

No mesmo sentido:

“Havendo denunciação da lide pelo réu, o juiz deverá decidir, na mesma sentença, a relação entre o autor e o réu-denunciante e a demanda derivada entre o denunciante e o denunciado”⁹.

Do STJ, é recomendável referenciar acórdão proferido no Resp Nº 55-RJ, tendo como Rel. o Min. Sálvio de Figueiredo:

“(…) Havendo denunciação da lide, impõe-se a apreciação das demandas original e derivadas, em qualquer das correntes de exegese”¹⁰.

Na doutrina, pode ser citado Celso A. Barbi¹¹, que traz o seguinte ensinamento:

“O denunciado é réu na ação indenizatória proposta contra ele pelo denunciante, de modo que não se concebe seja ele considerado litisconsorte; na verdade é seu adversário”.

Também nos deparamos, sobre o mesmo assunto, com a lição do Min. Sidney Sanches¹²:

⁸ Acórdão publicado na RT, vol. 498, pág. 89.

⁹ VI ENTA - concl. 27, aprovada por unanimidade, conforme anotação ao art. 76, Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, Saraiva, 26ª ed..

¹⁰ Acórdão publicado na RSTJ, vol. 5, pág. 363.

¹¹ “Comentários”, Forense, nº 417.

¹² “Denunciação da Lide no Direito Processual Civil Brasileiro”, in RT, ano 1984, vol. 2, pág. 230.

“A sentença em processo com denunciação da lide é dúplice: deve julgar a ação principal e, em seguida, a ação secundária, num só ato, acolhendo ou não a pretensão do denunciante de ver declarada a responsabilidade do denunciado.

Assim, se A propõe ação com pretensão indenizatória perante B e este denuncia a lide C, o juiz, se julgar procedente a ação principal (de A contra B), deverá julgar, no mesmo ato, a ação incidental de B perante C. Não pode, por exemplo, dizer que B não foi culpado e julgar a ação de A como se tivesse sido proposta perante C. Nem julgar a ação de A como se proposta perante B e C. Muito menos omitir julgamento de qualquer das ações (principal e incidental), sob pena de nulidade”.

Esse entendimento, entretanto, não é uníssono, havendo quem vislumbre no art. 75, I, a figura do litisconsórcio unitário, a exemplo de Milton Flacks¹³, merecendo ainda registro a posição do Min. Athos Gusmão Carneiro¹⁴, que descortina nesse dispositivo o litisconsórcio por determinação legal, sujeitando-se o denunciado-litisconsorte aos efeitos da sentença até mesmo quando revel.

Lastreada nessa última corrente, a jurisprudência tem admitido, em algumas hipóteses de denunciação da lide, a condenação direta do denunciado, quando reconhecida sua exclusiva responsabilidade, com a liberação do denunciante. Nesses casos, o fundamento legal para se atribuir diretamente o ônus da responsabilidade ao denunciado, com exclusão do denunciante, reside no citado art. 75, I, do CPC, que define como

¹³ “Denunciação da Lide”, Forense, 1984, nºs 109 a 111.

¹⁴ “Intervenção de Terceiros”, Saraiva, 1986, 3ª ed..

situação litisconsorcial a posição do denunciado que aceita a denúncia e contesta a ação. Na qualidade de litisconsorte, que contesta o pedido, o denunciado pode ser condenado diretamente, na concepção dos arestos abaixo reproduzidos em ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. RELAÇÃO LITISCONSORCIAL.

O acórdão que define como litisconsorcial a relação do litisdenunciado com o réu litisdenunciante não contraria o art. 75, I, do CPC” (STJ-3ª Turma, Resp. 26.734-5 – SP, Rel. o Sr. Min. Dias Trindade, j. 06.10.92) ¹⁵.

“Contestando a ação, o litisdenunciado assume a posição de litisconsorte do denunciante e pode ser diretamente condenado, tanto que reconhecida a sua exclusiva responsabilidade” (STJ- 3ª Turma, Resp 23.102-8-RS, rel. p. o ac. Min. Dias Trindade, j. 9.3.93) ¹⁶.

A solução propugnada pelos dois acórdãos acima transcritos, todavia, não podia ser adotada no caso em estudo.

Conquanto seja verdadeira a observação de que, em última análise, a responsabilidade pela indenização transfere-se para o denunciado, e uma decisão condenando-o diretamente responderia a uma exigência de ordem prática, tal solução poderia prejudicar o direito do autor de ver-se indenizado por aquele com quem travou a relação comercial de compra e venda do veículo, contra o qual efetivamente demandou. Uma condenação direta do denunciado, com a exclusão da responsabilidade do denunciante, poderia implicar pre-

¹⁵ Acórdão publicado na RSTJ, vol. 40, pág. 543.

¹⁶ Acórdão publicado em ementa no DJU de 5.4.93.

juízo ao autor, na hipótese daquele primeiro não dispor de patrimônio suficiente para o pagamento da indenização fixada na sentença. A possibilidade do denunciado oferecer menos garantias patrimoniais do que o denunciante, revelou-se em circunstância que desaconselhava a condenação direta daquele. Ora, se o autor fechou o negócio de compra do veículo com o denunciado, assim o fez levando em consideração a pessoa de quem lhe oferecera garantias para a celebração do contrato. A condenação direta do denunciado implicava na vinculação deste ao autor, que não fez pedido relativamente a ele. O direito à evicção é um direito pessoal, do evicto contra o alienante imediato, que, mesmo estando de boa-fé, por desconhecer o vício da coisa, não fica liberado de responder pelos prejuízos surtidos no patrimônio daquele.

Analisando o art. 75, I, do CPC, o Min. Eduardo Ribeiro, do STJ, realizou a melhor exegese, em nosso entendimento, desse dispositivo, ao afirmar que:

“Certo que a lei afirma que o denunciado figurará como litisconsorte. A meu ver, entretanto, esta expressão, não muito feliz, só pode ser entendida dentro do contexto em que foi regulamentado o instituto. Interessa ao denunciado opor-se à pretensão formulada pelo adversário do denunciante, mas, tão-só e exclusivamente, na medida em que essa demanda é prejudicial à outra e, julgada improcedente a ação originária, ficará prejudicada a litisdenúnciação” (voto vencido proferido no Resp. 26.734-5-SP) ¹⁷.

Ressalvados os casos em que há uma relação pessoal do autor com o denunciante, como no exemplo do direito à evicção, não se pode afastar a construção

¹⁷ Acórdão publicado na RSTJ, vol. 40, pág. 543.

jurisprudencial em sentido diverso, de condenação direta do denunciado, útil do ponto de vista da economia processual, nos casos em que a responsabilidade é exclusiva deste. Aliás, essa construção pretoriana tem sido erigida em casos concretos nos quais, tecnicamente, a denunciação da lide não se mostrava admissível. Foi o que ocorreu, por exemplo, no julgamento do Resp. Nº 23.039-5-GO, pela 4ª Turma do STJ¹⁸, versando a respeito do caso em que o ex-proprietário, citado para se defender em ação indenizadora de dano causado por veículo automotor, suscitou a preliminar de ilegitimidade passiva e denunciou a lide ao proprietário dele à época do evento danoso. O resultado do julgamento foi pela carência de ação, em relação ao réu-denunciante, e pela procedência da ação quanto ao denunciado, por ter ficado constatado que, realmente, o réu não mais era o proprietário do veículo causador do acidente, cujo domínio já havia sido transferido ao denunciado, único responsável, portanto, pela reparação dos prejuízos causados.

A rigor, a denunciação da lide não era cabível porque, em sustentando o réu sua ilegitimidade passiva *ad causam*, visto que não mais era proprietário do veículo, cumpria-lhe tão-somente porfiar por uma extinção do processo sem julgamento de mérito, com arrimo no art. 267, VI, do CPC, dando-se o autor como carecedor do direito de ação contra ele, e não denunciar de terceiro com quem não mantinha qualquer relação jurídica que o obrigasse a indenizá-lo (ao réu), regressivamente, em caso de sucumbência na ação principal. Com efeito, o relator do processo, Min. Sálvio

¹⁸ Julgamento proferido a 25.11.92, à unanimidade de votos, com acórdão publicado na RSTJ, vol. 47, pág. 263.

de Figueiredo, deixou assinalado esse aspecto em seu voto, ao dizer:

“A denunciação da lide pressupõe que o denunciante continue a integrar o pólo passivo da relação básica, assumindo, porém, a condição de autor na causa paralela em que figura como réu o denunciado. Há portanto, concomitância de ações, envolvendo, contudo, distintas relações processuais e materiais.

Já na hipótese em que o requerido alega ser parte ilegítima porque não mais lhe pertencia o automóvel envolvido no desastre, impõe-se, se comprovada referida alegação, apenas excluí-lo da relação processual única”.

A Turma, todavia, levou em consideração que a condenação direta do denunciado atendia à finalidade instrumental do processo. Já que às partes havia sido assegurada plenitude de defesa, pelos meios instrumentais adequados, seguindo o processo seu regular caminho, o simples reconhecimento do incabimento da denunciação, obrigando o denunciante a aforar outra ação contra o denunciado, importaria àquele (denunciante) ônus injustificável e desatenderia, conseqüentemente, o princípio da economia processual. Assim justificou o Ministro relator seu voto condutor:

“Reformar tal *decisum*, quanto ao aspecto concernente à impossibilidade da denunciação da lide, conduziria na prática ao simples reconhecimento de ilegitimidade do réu, obrigando ao ajuizamento de outra ação, o que, além de contrariar o princípio da economia processual, redundaria em prejuízo maior aos recorrentes”.

A ementa do acórdão restou assim redigida:

“Em linha de princípio, a denunciação da lide não se presta à substituição da parte passiva. Contudo,

se o réu alega ser parte ilegítima e ao mesmo tempo denuncia a lide ao verdadeiro responsável, e este, aceitando a litisdenúnciação, contesta o pedido formulado pelo autor, passando à condição de litisconsorte passivo, não há prejuízo em que a sentença dê pela carência de ação, em relação ao denunciante, e pela procedência ou improcedência da pretensão quanto ao denunciado”.

Análoga situação foi objeto de julgamento no Resp. Nº 26.734-5-SP, pela 3ª Turma do STJ¹⁹. O caso era o seguinte: o autor tivera seu veículo abalroado por outro, adquirido pelo réu, quando este era conduzido pelo preposto da concessionária (denunciada) à casa do réu (denunciante). A decisão, da mesma forma, possibilitou a que se atribuisse diretamente à denunciada o ônus pela reparação, com exclusão do denunciante, já que isento totalmente de responsabilidade. Aqui também não se vislumbra adequação técnica ao instituto da denúncia, por não se encaixar o caso concreto em nenhuma das hipóteses genéricas do descritor normativo (incs. I, II e III do art. 70, CPC), sendo o caso de simples ilegitimidade passiva do réu.

Como se vê, os casos em que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admitiu a condenação direta do denunciado estão marcados por notas peculiares: responsabilidade exclusiva do denunciado e inexistência de uma relação pessoal do réu para com o autor.

¹⁹ Acórdão publicado na RSTJ, vol. 40, pág. 543, tendo sido relator o Sr. Min. Dias Trindade.

CONCLUSÃO:

1ª Feita a denunciação da lide, e aceita esta pelo denunciado, ocorre a formação dentro do mesmo processo de duas relações: uma principal, envolvendo o autor e o réu-denunciante, e uma segunda demanda derivada, entre o denunciante e o denunciado. Na litisdenúnciação, o denunciado vem ao processo para garantir o réu-denunciante, evitando a necessidade de posterior ação de regresso, o que importa ver é a relação estabelecer-se entre os mesmos, e não entre o autor e o denunciado. A sentença, sob pena de nulidade, deve julgar ambas as lides, decidindo inclusive a respeito de custas processuais e honorários dos advogados em cada uma delas.

2ª Na hipótese de que tecnicamente não era admissível, por ser caso específica e unicamente de ilegitimidade da parte ré, mas tendo sido antes acatada a denunciação da lide e já tendo o denunciado contestado o pedido autoral, com o processo cumprindo o regular caminho da litisdenúnciação, nada impede que o julgador, por uma questão de economia processual, decida no sentido da carência da ação, em relação ao réu-denunciante, e pela procedência da pretensão quanto ao denunciado, quando evidenciada sua exclusiva responsabilidade e diante da inexistência de relação pessoal entre autor e réu.

DA DIMENSÃO DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Petrúcio Ferreira da Silva
Juiz do TRF da 5ª Região

Tem-se discutido, em sede de juízo eleitoral, sobre a dimensão da legitimidade processual dos partidos políticos, ou das coligações partidárias, quer através de seus órgãos de direção, quer de seus Delegados, inquinando-se, muitas das vezes, de imprestabilidade peças recursais que atacam decisões judiciais onde restaram negados interesses de filiados de tais agremiações partidárias, mas cujas peças processuais apresentam-se assinadas tão-só pelo Presidente do partido ou da coligação, representados ou não por advogado, ou por Delegado do partido, às vezes, não inscrito nos Quadros da OAB. Atente-se para o disposto da Lei 4.737/15/07.65, que instituiu o Código Eleitoral, art. 66, ao cuidar dos Delegados de partido perante o alistamento, após registrar que os mesmos, desde que credenciados junto o TSE, poderão representar o partido perante qualquer Tribunal Regional, Juízo ou Preparador, estabelece ser lícito aos partidos políticos acompanharem os processos de inscrição, promovendo a exclusão de qualquer eleitor inscrito ilegalmente e assumirem a defesa do eleitor cuja exclusão esteja sendo promovida. A Lei Complementar 64/18.05.90, que prescreve casos de inelegibilidade e, ao cuidar da arguição desta,

estabelece ser competente para fazê-la, de acordo com o art. 3º, entre outros, o partido político.

É, ainda, esta Lei Complementar que, no art. 22, legitima o partido político a representar à Justiça Eleitoral sobre as transgressões ao art. 19 do mesmo diploma legal. Por seu turno, a Lei 5.682/21.07.71, art. 13, § 2º, tem expressamente o partido político como parte legítima para impugnar o registro e, no art. 76, assim também o faz em relação aos Diretórios dos Partidos Políticos para ajuizarem representação com vista à perda do mandato de que cuida o art. 72 do referido diploma legal.

A Lei 9.100/29.09.95, que estabelece normas para a realização das eleições municipais de 03 de outubro do presente ano, em seu art. 15, § 1º, também legitima o partido político para requerer o cancelamento do registro do candidato, como o faz no art. 66, no tocante ao direito de resposta em caso de ofensa a sua imagem por qualquer veículo de comunicação social. Assim também agiu o TSE na Resolução 19.509, art. 22, no tocante à impugnação ao registro.

A Lei 9.096/19.09.95, após cuidar, em seu art. 11, do registro dos Delegados dos partidos políticos perante a Justiça Eleitoral, parágrafo único, dispõe textualmente: "Os Delegados credenciados pelo órgão de direção nacional representam o partido perante quaisquer Tribunais ou Juízes Eleitorais; os credenciados pelos órgãos estaduais, somente diante do Tribunal Regional Eleitoral e os Juízes Eleitorais do respectivo Estado, do Distrito Federal ou Território Federal; e os credenciados pelo órgão municipal, perante o Juiz Eleitoral da respectiva jurisdição."

No mesmo sentido, a Resolução 19.406 do TSE, art. 28 e seu parágrafo único. É que, destinando-se o

partido político, nos precisos termos da lei 5.682/71, art. 2^a, e que o tinha como pessoa jurídica de direito público interno, ou, da lei 9.090/95, art. 1^a, que o tem como pessoa jurídica de direito privado, “a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal e, tendo seus filiados, nos precisos termos do art. 4^a da Lei 9.096/95, como, por sinal, já dispunha a Lei 5.682/71, art. 3^a, parágrafo único, “iguais direitos e deveres”, inegável reconhecer nos partidos políticos, como leciona Torquato Jardim em “Direito Eleitoral Positivo”, 1996, que a democracia representativa assentada, exatamente, neles, “os admite enquanto veículos do liame necessário entre os diversos grupos e interesses que compõem, de um lado, a sociedade civil, do outro, o Estado, e também como instrumentos de divulgação das idéias, de coordenação dos interesses dos segmentos da sociedade civil que pretendem representar” e, como ainda observa o mesmo autor, “a filiação partidária como condição da elegibilidade (Const., art. 14, 3^a, V) torna inequívoco o papel duplo de poder intermediário entre a sociedade civil e o Estado, de enquadrar os eleitores e os eleitos”.

Fávila Ribeiro, em “Direito Eleitoral”, após afirmar que, em sua dimensão política, o partido político é instrumento de relevante importância na dinâmica do poder, contribuindo à interação entre o governo e governados no esquema do regime representativo, e doutrinar que o partido político nasce e mantém-se na esfera do poder político, exatamente, no dizer do autor, o que é produzido no ambiente estatal, “tendo por objeto a dominação governamental, como sujeito passivo o povo, caracterizado no eleitor, e como processo

de relacionamento a eleição”, estudando as nascentes associativas dos partidos políticos e o papel de seus filiados para seu funcionamento democrático, observa haver uma reciprocidade entre os filiados e os partidos, desde que consumada a fundação, pois no seu entender corporifica-se na manutenção da densidade sociológica por filiados atuantes, ficando a mesma a depender de voluntárias adesões institucionalizadas, para comprovação de sua força, “não somente na qualificação pela expressão numérica e das fichas de filiados, mas pela efetiva participação em suas atividades internas”.

Afinal, não há como olvidar que imprimem características existenciais aos partidos políticos, como ainda ensina Fávila Ribeiro, ou seja, fazem parte de sua própria essência, entre outros, o grupo social – base humana (dirigentes, líderes e filiados) em que se apóiam os partidos políticos e que lhes confere dimensão sociológica a relação de solidariedade entre os seus membros. Em suma, conclui Fávila Ribeiro: “tudo isso faz parte do princípio da isonomia jurídica e política nas relações com os filiados no âmbito dos seus respectivos partidos políticos, por decorrência mesma da linhagem associativa, que assim o pressupõe, não somente para os instantes fundamentais a fim de trazer legitimidade em suas nascentes, mas para que legítimo continue no seu modo democrático de funcionamento, pela participação indiscriminada de seus filiados”. O TSE no Ac 12.209, Rel. Min. Pertence, em cuidando da natureza dos partidos políticos, “natureza bifonte” decorrente de sua titularidade de direitos-função em cujo exercício conjugam-se, de um lado, a atuação de um direito público subjetivo do cidadão ou da coletividade organizada de cidadãos que dele seja titular e,

de outro, o desempenho da função pública de órgão parcial da formação de vontade eleitoral do Estado, identificou-os, enquanto instrumentos do exercício plural da cidadania e titulares de direitos públicos subjetivos, como associações civis, reinando, aí, precisamente, os princípios da liberdade de criação e de autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento.

Aliás, em falando de autonomia dos partidos políticos, é bom lembrar que da mesma decorre, nos precisos termos do art. 3^a da Lei 9.096/95, o poder de definir sua estrutura interna, sua organização e seu funcionamento. É, ainda, poder dos partidos políticos, cujos órgãos de direção (municipais e regionais e, se organizado, no mínimo, em um terço dos Estados, o seu órgão de direção nacional – art. 11, da Resolução 19.406, do TSE – credenciar Delegados perante o Juiz Eleitoral, o Tribunal Regional Eleitoral e o partido Tribunal Superior Eleitoral, que os representarão junto a tais órgãos do Poder Judiciário Eleitoral. Atente-se que, tanto a Lei. 9.096/95, art. 10, parágrafo único, como Resolução do TSE 19.406, art. 28, falam em “poder”, faculdade, e não obrigatoriedade, de onde decorre que os partidos políticos podem fazer-se presentes à Justiça Federal, ou diretamente por seus órgãos de representação, diretoria ou presidência, municipal, estadual ou nacional, ou através dos seus filiados a quem tenha delegado tal poder, se tal delegação apresentou-se, ou continua apresentando-se oportuna ao partido. Torquato Jardim, em seu “Direito Eleitoral Positivo”, como já o fizera em sua “Introdução Ao Direito Eleitoral Positivo”, em se cuidando dos sujeitos da relação processual, observa que “O partido político pode ser sujeito ativo quando requer o registro de can-

didatos, ou interpõe recursos em geral; sujeito passivo quando defende as impugnações ao registro de seus candidatos, ou nos processos em que acusado de fraude eleitoral”.

Em se tratando de estar em juízo, oportuna a distinção conceitual apresentada por Pontes de Miranda, no caso:

a) capacidade de estar em Juízo, ou mais propriamente a legítima *persona standi in iudicio*. Direito de ordem processual, cuida a hipótese da capacidade processual, da *legitimatío ad processum*, por meio da qual se exerce, segundo o próprio Pontes de Miranda, o direito de presunção, direito este nem sempre identificado em quem tem o direito de ser parte, materializando-se tal capacidade nos atos processuais para eleitos em nome próprio, ou por conta de outrem;

b) capacidade de ser parte, de ser sujeito ativo ou passivo da relação jurídica processual, que, segundo o grande jurista alagoano, “inere a pretensão à tutela jurídica”, cuida da espécie de um conceito pré-processual;

c) capacidade de postular, ou direito de representação processual, que não há de confundir-se com a representação de direito material através da qual os incapazes absolutamente ou as pessoas jurídicas exercem o direito de apresentação no processo.

A capacidade postulacional ou o *jus postulandi* realiza-se na prática dos atos processuais onde haja postulação e se reserva a quem autorizado a tal por dispositivo legal, não se confundindo tal faculdade de incoar o processo, como doutrina Pontes de Miranda, nem com a capacidade de ser parte, nem de estar em juízo, cuidando a hipótese, sob o enfoque processual, do exato direito de representação.

Ainda sobre a matéria, afastado o exame dos chamados requisitos objetivos identificados como pressupostos processuais, ao lado dos requisitos subjetivos, referentes a estes, importa que se atendam, em relação à capacidade de ser parte, as figuras dos substitutos e dos representantes processuais. Sendo de regra que as partes defendem em nome próprio, direito próprio, estabelece o CPC, na primeira parte do art. 6º, onde se lê “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio...”, em havendo autorizado da lei, (parte final do supracitado art. 6º, do CPC, “... salvo quando autorizado por lei”), pode surgir a figura do substituto processual, legitimado a litigar em juízo, em nome próprio, como autor ou réu, mas, na defesa de direito alheio, configurando a hipótese, a legitimação extraordinária, situação esta que difere da representação processual (materialmente), onde o representante, não sendo parte, substitui a parte. Em seu nome, e no interesse de seus direitos, age.

Por outro lado, ao estabelecer o art. 3º, do CPC, que para propor ou contestar uma ação faz-se necessário ter, como pressuposto *a legitimatio ad causam*, interesse de agir, deixa patente que, como observa Moacyr Amaral Santos, em suas “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, direito de agir, distingue-se do direito material a que se visa tutelar com ação, pois enquanto objetivando provimento jurisdicional no tocante à pretensão nela deduzida, interesse primário (o próprio direito material) buscado na ação, o direito ou interesse de agir, consistindo na necessidade de obter uma providência jurisdicional quanto ao próprio interesse substancial deduzido no pedido, apresenta-se, em sua instrumentalidade processual, como um direito secundário.

A partir daí, melhor se entende Carnelutti quando, em procurando conceituar o interesse afirmou que o mesmo se apresenta como “*uno rapporto tra un bisogno dell'uomo e un quid atto a soddisfarlo*”, e, neste sentido, há de falar-se, como lembra Rodolfo de Camargo Mancuso, em seus “Interesses Difusos, Conceito e Legitimação para Agir”, em:

a) interesse social que, nas lições do autor, em seu sentido amplo, atine ao interesse que consulta à maioria da sociedade civil, enquanto reflexo do bem comum e aí se identificam como tal o anseio de proteção da *res publica*, a tutela dos valores e bens mais elevados, espontaneamente eleitos pela sociedade como os mais relevantes e devendo-se tomar, em relação a tal interesse, o adjetivo coletivo num sentido amplo, poder-se-ia dizer, como observa Mancuso, que o interesse social equivale ao exercício coletivo de interesses coletivos,

b) interesse geral que, no entender de André de Laubedère, apresenta-se como o interesse “*destiné à donner satisfaction à un besoin d'intérêt général*”, como exemplifica José Vidal, “*les du commerce en général, de l'urbanisme, des finances publiques*”, apresentando-se assim tais interesses como aqueles que no dizer de Jacques Chevallier, após se terem aglutinado nos diversos grupos sociais, ascendem a um plano de maior amplitude, passando a integrar o interesse geral;

c) interesse público, onde predomina a presença do Estado, cabendo-lhe não só a ordenação normativa do mesmo, como igualmente a indicação de seu conteúdo. É, como já afirmava Ulpiano, “*jus publicum est quod ad statum rei romanae spectat...*”;

d) e interesses segundo a amplitude de seu referencial, no caso: I – os interesses individuais que são os resultantes do direito subjetivo dos particulares em face do Estado-Poder e que, encontrando-se na base mesma do direito subjetivo, resultam da fusão entre tais interesses e a proteção estatal que os chancela e garante, no momento em que eles correspondem aos valores eleitos como os mais relevantes em determinada comunidade; II – coletivos, que são: 1. Os que interessam à pessoa moral (interesses pessoais do grupo) e que, não sendo propriamente coletivo, concernem, primordialmente, no dizer de Mancuso, à pessoa moral como entidade, no caso, os atos de gerência, de economia interna, tratando-se exatamente de um interesse direto pessoal da entidade; 2. Os de interesse coletivo como uma soma de interesses individuais, tendo-se o mesmo como coletivo, unicamente, na forma; 3. Os interesses coletivos como síntese de interesses individuais, onde não se identifica propriamente uma defesa do interesse pessoal do grupo, nem tampouco, de mera justaposição de interesse dos integrantes do grupo, e sim de interesses que deparam esses dois limites, restando assim afetados a um ente coletivo, nascido, como textualmente afirma Mancuso, “a partir do momento em que certos interesses individuais, atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum, amalgamam-se no grupo, é síntese, antes que mera soma”.

Tal direito, como ensinam H. Solus e R. Perrot, surge “comme une entité générale et abstraite qui absorbe et dépasse la somme des intérêts individuels de ses membres”, tornando-se para o grupo um interesse direto e pessoal, legitimando o grupo a representar a coletividade como um todo. Falando das formas de expressão dos interesses coletivos, é ainda Mancuso,

que, em relação aos partidos políticos, na obra supracitada, observa textualmente: “é curial que sejam repositórios de interesses coletivos, no caso o interesse popular à participação do processo de tomada de decisões políticas, vale dizer, no processo de gerência do poder...”

Aliás, em matéria de interesses dos partidos políticos a própria Constituição Federal reconheceu qual a amplitude dos mesmos, ao legitimá-los, nos expressos comandos do art. 5º, LXX, “a”, a impetrar mandado de segurança coletivo e, no art. 103, VIII, a propor a ação de inconstitucionalidade, colocando-o ao lado das organizações sindicais (confederações sindicais, no caso de ajuizamento de ADIN), entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano (de âmbito nacional), no caso de ajuizamento de mandado de segurança coletivo. E, atente-se, que, enquanto àquelas entidades, no tocante às elencadas no art. 5º, LXX, “b”, em referência à impetração do MS Coletivo, a legitimação dada às mesmas o é, desde que em defesa dos interesses de seus membros ou associados, assim não se dispõe quanto aos partidos políticos, levando Ada Grinover a observar que, tanto em relação ao Mandato de Segurança Coletivo, quanto à ADIN, inexistente qualquer restrição. José Lázaro Alfredo Guimarães, em suas “Ações Coletivas e as Liminares contra Atos do Poder Público”, após reportar-se à posição jurisprudencial e ao entendimento do mestre baiano, o professor Calmon de Passos, que restringem a legitimação constitucional dada aos partidos políticos aos casos onde se identifique um liame entre os interesses de tais órgãos e os interesses individuais de seus filiados, observa textualmente. “Não se deve, em princípio, restringir o alcance da

legitimação ativa do partido, no mandado de segurança, mas, caso a caso, verificar-se-á a existência de nexos entre os fins sociais da atuação partidária e o interesse perseguido". Dentro de tais princípios, é que o TSE assim se houve: "MS 2.097 - Cerro Largo, RS.

Relator: Ministro Marco Aurélio.

Presidentes: Diretórios Municipais do PT/PDT/PMDB/PSDB, por seus Presidentes, à unanimidade assim se posicionou:

Coisa julgada. Terceiros. Substituto processual. Tratando-se de legitimação concorrente, a revelar anômala espécie de substituição processual, a sentença prolatada em demanda ajuizada pelos substituídos, uma vez transitada em julgado, faz exsurgir o pressuposto negativo de desenvolvimento válido do processo quanto à protocolada pelo substituto. A substituição processual não ser empolgada a ponto de conduzir a verdadeiro paradoxo, ou seja, à duplicidade de oportunidades quanto ao desfecho de um mesmo tema controvertido. À unanimidade".

Recurso 12.303 - Porto Alegre, RS. Relator: Ministro Marco Aurélio.

Recorrente: Coligação "Movimento Rio Grande Unido e Forte" - PMDB/PSDB/PL, por seu Delegado. Recorrida: Coligação "Frente Popular" - PT/PSB/PCdo B/PSTU/PPS, por seu Delegado. Direito de Resposta - Legitimidade. A legitimidade é concorrente, a alcançar não só o partido ou coligação que indicou a registro. É que, uma vez assacadas ofensas ao candidato, denegrindo a imagem pessoal e a respectiva dignidade, dá-se a irradiação a ponto de prejudicar o partido ou a coligação que respalda a candidatura. Vulnere o art. 77 da Lei 8.713/93 decisão em sentido contrário. À unanimidade." Deste aresto vale destacar do voto do

Sr. Ministro Relator: "No caso dos autos, como consignei no relatório, o candidato da Coligação Recorrida, Olívio Dutra - assacou expressões que, na inicial, são tidas como a denegrir a imagem e a dignidade do candidato da Coligação Recorrente - Antônio Brito.

Acrescente-se que, na hipótese, tendo em vista as repercussões do que asserido, evidencia verdadeira legitimidade concorrente, a indicar a possibilidade de atuação do ofendido direto ou do partido ou coligação que procedeu à indicação do candidato a registro e pelo qual concorre. É que, no mundo político e no tocante às eleições, os interesses confundem-se, não se podendo afastar a atuação do partido ou coligação. "Em conclusão, pois, não há como se negar aos Partidos Políticos ou às Coligações Partidárias, dentro do interesse pessoal do grupo, atendendo exatamente aos interesses coletivos que representa na finalidade precípua de assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal, o *jus standi in judicio*, quer em nome próprio e em defesa de seus próprios interesses, enquanto pessoal moral, como, igualmente, no exercício de uma legitimação extraordinária, na qualidade de substituto processual, em seu nome próprio e na defesa dos interesses de um, vários ou de todos os seus filiados, em plenitude exercitar sua capacidade de apresentação.

Questiona-se, todavia, se, reconhecida, como o é, aos partidos políticos e suas coligações, a capacidade de estar em juízo, quem deve representá-los no exercício de tal direito de apresentação e quem em nome dos mesmos e de suas Coligações exercerá o *jus postulandi in judicio*? Cuidando a espécie de pessoas jurídicas, far-se-ão os mesmos e suas Coligações presentes em juízo

por seus órgãos de direção (art. 12, VI do CPC combinado com o art. 10^a, parágrafo único, da Lei 9.096/95), não se olvidando, no caso, poder cada partido ou mesma coligação partidária credenciar Delegados, que, nos termos do art. 28, da Resolução 19.406 do TSE, serão em número de 03, perante o Juiz Eleitoral, 04, perante o Tribunal Regional Eleitoral, e 05, perante o TSE. Por outro lado, de uma leitura atenta do art. 66 e seus inciso I a III e art. 169 do Código Eleitoral, verifica-se que nos mesmos dispositivos, ao lado da legitimatio ad processum, a capacidade de estar em juízo, dada aos partidos políticos, através de seus Delegados, a quem se atribui a capacidade de que cuida o art. 12, VI, do CPC, o direito de representar o partido em sua apresentação em Juízo, dá-se, igualmente, aos mesmos Delegados, o Direito ou Capacidade de Postular em nome dos Partidos Delegantes.

Nesse sentido, atente-se ao dispositivo legal: “Art. 66. É lícito aos partidos políticos, por seus Delegados: I – acompanhar os processos de inscrição; II – promover a exclusão de qualquer eleitor inscrito ilegalmente e assumir a defesa do eleitor cuja exclusão esteja sendo promovida; III – examinar, sem perturbação do serviço e em presença dos servidores designados, os documentos relativos ao alistamento eleitoral, podendo deles tirar cópias ou fotocópias... Art. 169.

À medida em que os votos forem sendo apurados, poderão os fiscais e Delegados de partido, assim como os candidatos, apresentar impugnações, que serão decididas de plano pela Junta. “Se dúvida alguma pudesse restar da leitura dos dispositivos acima quanto à capacidade de postulação perante a Justiça Eleitoral dos Delegados dos partidos, espanca-se a mesma, à leitura do parágrafo 4^a, do art. 66 do mesmo Diploma

Legal, onde, textualmente se estabelece: “Art. 66... 4^a. O Delegado credenciado junto ao Tribunal Regional Eleitoral poderá representar o partido junto a qualquer Juízo ou preparador do Estado, assim como o Delegado credenciado perante o Tribunal Superior Eleitoral poderá representar o partido perante qualquer Tribunal Regional, juízo ou Preparador.” Importa insistir que sendo os partidos políticos pessoas jurídicas, nos termos do art. 12, VI, do CPC, serão representadas em Juízo, ativa ou passivamente, “por quem os respectivos estatutos designarem ou, não os designando, por seus diretores”.

Cuida tal dispositivo, exatamente, da representação da própria capacidade de estar em juízo, diz respeito ao direito de apresentação, à legitimatio ad processum, e no caso, tal representação exurgindo naturalmente da própria atividade da pessoa jurídica, que agirá na administração de seus interesses, na realização da sua vontade, através de seus órgãos de representação, não necessita de credenciamento junto a qualquer órgão judiciário. É como leciona Pontes de Miranda em seus Comentários ao Código de Processo Civil “As pessoas jurídicas são apresentadas, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, por quem os respectivos estatutos designarem (regramento de natureza autônoma, interna, corporis), ou, não o designando, pelos seus diretores”. No caso específico dos partidos políticos, devem eles atender ao comando do art. 10, parágrafo único, da Lei 9.096/95, e do art. 27, 1^a, Resolução 19.406, do TSE, “O órgão de direção nacional comunicará ao Tribunal Superior Eleitoral a constituição de seu órgão de direção, os nomes dos respectivos integrantes...”, devendo, em juízo, tal qual outra qualquer pessoa jurídica, restringir-se a fazer

prova, exatamente desta regularidade de representação, sob pena de aplicar-se-lhe o comando do art. 13, do CPC. Tal representação é direito material, como ainda observa o mesmo Pontes de Miranda, pois diz respeito ao *jus standi in judicio*, e não se confunde com a representação processual, que diz respeito ao *jus postulandi in judicio*, ou capacidade de postulação, de que cuidam os arts. 37 e seguintes do CPC. Importa insistir que os partidos credenciarão Delegados junto aos Juízes Eleitorais, os Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral, quer nos exatos termos dos dispositivos do Código Eleitoral, arts. 66 e 169, entre outros, para “acompanhar os processos de inscrição, promover a exclusão de qualquer eleitor inscrito ilegalmente, assumir a defesa do eleitor cuja exclusão esteja sendo promovida, examinar, sem perturbação do serviço e em presença dos servidores designados, os documentos relativos ao alistamento eleitoral, apresentar impugnações”, em suma, representar o partido junto à Justiça Eleitoral, procurando em juízo. Neste sentido foi e continua sendo o papel do Delegado do partido junto à Justiça Eleitoral.

Atente-se, que na Resolução 16.724, processo 11.333 – BSB, DF, onde foi Relator o Sr. Ministro Vilas Boas, e onde se consultou da necessidade dos Delegados dos partidos serem regularmente inscritos nos Quadros da OAB, lê-se: “A Resolução 16.347, de 27 de março de 1990, (Instruções para escolha e registro dos candidatos às eleições de 03 de outubro de 1990) em seu art. 17, prescreve tão-somente ‘A coligação será representada perante a Justiça Eleitoral por Delegados indicados conjuntamente pelos partidos que a integram’. O art. 25 da mesma resolução, quando trata do pedido de registro, diz que o mesmo poderá ser subs-

crita pelo Presidente do partido a nível regional, pelos Presidentes regionais dos partidos coligados, ou por seus Delegados, autorizados em documento autêntico, inclusive por telegrama, e sempre com a assinatura reconhecida por Tabelião. O art. 58, 5ª e 6ª, da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, quando trata dos Delegados que representam o partido perante a Justiça Federal, de igual forma, não faz qualquer exigência a respeito de, necessariamente, serem eles advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados”.

O mesmo diga-se dos dispositivos do Código Eleitoral, relativos aos Delegados dos partidos políticos, e da Lei 9.096/95, ou mesmo, da Resolução 19.406 de TSE. Importa observar que, inobstante constar do art. 133 da CF, ser o advogado indispensável à administração da justiça, não se identifica qualquer conflito, mesmo aparente, entre tal dispositivo maior e as exceções ínsitas no art. 36 do CPC, bem como as demais exceções autorizadas por lei, CPP, quando trata da representação, nos crimes contra a honra, no HC, CP, art. 355, art. 47, da Lei da Contravenções Penais, art. 791, da CLT, art. 2ª da Lei 3.836, e porque não a Legislação Eleitoral, nos dispositivos acima já citados.

Por outro lado, dentro do princípio de quem pode mais, pode menos, se o partido político, representado por seu Delegado, pode postular em juízo, se presente em Juízo o próprio órgão representativo do partido político, seu Presidente, não há como se negar a tal prerrogativa.

Neste sentido, poucas não são as vezes que os partidos políticos, através de seus Delegados, ou mesmo diretamente, através de seus Presidentes, têm-se feito presentes na Justiça Federal e procurado em Juízo, sem serem representados em tal postulação por advo-

gados, ou Delegados, necessariamente, inscritos nos Quadros da OAB. Vejam-se, no caso, o MS. 2.132 – Tocantins (Palmas), onde é impetrante o Diretório Regional do PL, por seu Presidente, não se registrando em tal Acórdão a presença de qualquer advogado; o MS 2.097, Cerro Largo, RS, onde são impetrantes os Diretórios Municipais do PT, PDT, PMDB, PSDB, por seus Presidentes, também não se registrando em tal Acórdão a presença de qualquer advogado; o Agravo de Instrumento 12.298, Cuiabá, MT, onde é agravante a Coligação 'União Por Mato Grosso' por seu Delegado e Agravado o Diretório Regional do Partido Democrático Trabalhista – PDT, por seu Presidente, onde também não se identifica a presença de advogado, em relação ao Agravado, nem se noticia seja o Delegado da Agravante regularmente inscrito nos Quadros da OAB, entre outros que poderiam ser citados. Atente-se em especial à exceção presente no parágrafo 2º do artigo 19, da Lei 9.096/95, onde se dá aos prejudicados o direito de postulação em juízo, quando lhes facultada diretamente requerer à Justiça Eleitoral. Explicando tal dispositivo legal, o TSE em sua Resolução 19.406, art. 36, 5º, em termos procedimentais, e tão-só em tais termos, pois não pode a norma reguladora dispor além do disposto na norma regulada, nem distinguir onde a mesma não distingue, este é o princípio que estabelece “os prejudicados por desídia ou má-fé poderão requerer, diretamente ao Juiz Eleitoral da Zona, que intime o partido para que cumpra, no prazo que fixar, sob pena de desobediência, o que prescreve o “caput” deste artigo (Lei 9.096/95, art. 19, 2º).

Cheguei a posicionar-me nesta casa, acostando-me ao entendimento de que tal exceção seria tão-só no juízo singular entendimento este do qual me afastou,

pois, em me detendo em um exame mais profundo do disposto no parágrafo 5º do art. 36 da Resolução 19.406, do TSE, nele não identifiquei, como entendo não se pode identificar disciplina alguma que possa divergir do estabelecido no dispositivo regulado, Lei 9.096/95, art. 19, 2º, que fala em Justiça Eleitoral e não, simplesmente, em Juiz Eleitoral.

Tem, no entanto, a Jurisprudência do TSE, como se observa da consulta a que se refere a Resolução 16.724 algumas vezes posicionado-se no sentido de que a partir de 1988, como se vê de anexas ementas e da íntegra do Acórdão 10.362, vem se firmando (não está ainda firmada, esclareça-se) no sentido de que recursos subscritos por candidatos interessados, e por Delegado que constituiu advogado sem que tenha feito prova dessa condição, não podem ser conhecidos, à vista do defeito de representação”. Resta assim a matéria tão-só no campo da Jurisprudência e, como se registra na Resolução 16.724, em Jurisprudência ainda não firmada. É que, independe de tal exigência não se fazer presente em qualquer dispositivo legal que trate do Delegado do partido político, se assim ocorresse, criar-se-iam dificuldades, inclusive às representações partidárias para credenciar Delegados junto aos Juízes Eleitorais, nas localidades onde não dispusessem tais representações de filiados com tal qualificação, transformando em letra morta o disposto inclusive no art. 11, I da Lei 9.096/95, e no art. 28, I, da Resolução 19.406 do TSE. Este jamais será o espírito que tem norteado, continua norteador e, com certeza, haverá de nortear a própria Justiça Eleitoral e a legislação pertinente aos seus procedimentos, como hoje se vê da exceção ínsita no art. 19, 2º, da Lei 9.096/95, editada a 07 anos da vigência da atual Carta Magna.

Em conclusão, entendo que os partidos políticos têm *legitimatío ad processum*, quer a ordinária, quer a extraordinária, ou anômala, como assim preferem chamá-la alguns processualistas e, igualmente, entender que, tanto por seus Delegados, como através de seus Presidentes ou dos Presidentes de suas Coligações, quando assim presentes em juízo, encontram-se, excepcionados por legislação específica eleitoral, autorizados a postular em juízo, em nome próprio ou de seus filiados, rejeito a preliminar de não conhecimento do Recurso.

A IMPRENSA E O JUDICIÁRIO

Sálvio de Figueiredo Teixeira

Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Diretor
Presidente da Escola Nacional da Magistratura.

Nas relações Poder Judiciário e Imprensa sobreleva-se, de início, a importância do Judiciário e da Imprensa no contexto político-social.

O primeiro, pela missão que desempenha como Poder e como instituição na efetivação dos direitos, na preservação da democracia, no respeito à ordem jurídica, na garantia das liberdades e no cumprimento da vontade popular, assentada na lei maior que é a Constituição.

A Imprensa, por sua vez, tornou-se indispensável à convivência social, com atividades múltiplas, que abrangem noticiário, entretenimento, lazer, informação, cultura, ciência, arte, educação e tecnologia, influenciando no comportamento da sociedade, no consumo, no vestuário, na alimentação, na linguagem, no vernáculo, na ética, na política etc.. Representa, em síntese, o mais poderoso instrumento de influência na sociedade dos nossos dias. A propósito, recentemente o prof. Calmon Passos assinalou (“Revista de Processo”, 73/98 e segs.):

“O século XX, particularmente, experimental, no particular, verdadeira revolução. Nele se consolidou o que vinha paulatinamente se revelando – a pro-

gressiva transformação de um público pensador de cultura e formador de opinião em um público consumidor de cultura, deslocando-se a formação da opinião pública para os detentores dos meios de comunicação de massa.

“Nenhum outro tipo de empresa conseguiu somar tanto poder político ao seu poder econômico quanto as empresas da área de comunicação. Por isso mesmo elas se fizeram mais políticas que econômicas, ou melhor dizendo, as que mais eficientemente utilizaram o poder público em favor do seu poder econômico. A imprensa, máxima com sua expansão além da imprensa escrita, se fez um poder e um poder que, por não estar formalmente institucionalizado, escapa de controles sociais, inexistindo controles políticos eficazes. Pode-se subjugar a imprensa, submetê-la ao poder político, estatizando-a ou censurando-a prévia e drasticamente, mas não se sabe como controlá-la eficientemente, quando liberada.

“Umberto Eco, com sua costumeira acuidade, adverte que, não muito tempo atrás, se alguém desejasse empolgar o poder político num país, suficiente seria controlar o exército e a polícia. Hoje, só em países subdesenvolvidos, generais facistas podem dar golpes de Estado, usando seus tanques. Basta, porém, que um país tenha adquirido um certo nível de industrialização para que o panorama mude completamente. E exemplifica. No dia seguinte à queda de Krushev, os diretores do Pravda e do Izvestia e das cadeias radiotelevisivas foram substituídos; prescindiu-se de qualquer movimentação de tropas. E conclui: “Hoje, um país pertence a quem controla os meios de comunicação”. Acrescenta ainda: “Como sugeriu o prof. Mc. Luhan, a informação não é mais um instrumento para

produzir bens econômicos; ela própria tornou-se o principal dos bens. A informação transformou-se em indústria pesada. Quando o poder econômico passa de quem tem em mãos os meios de produção para os que detêm os meios de informação, que podem determinar o controle dos meios de produção, também o problema da alienação muda de significado. Diante da sombra de uma rede de comunicação que se estende para abraçar o universo, cada cidadão do mundo torna-se membro de um novo proletariado”. É incisivo: “Os meios de massa não veiculam uma ideologia: são, eles próprios, uma ideologia”.

Há, por outro lado, visível identificação entre o Judiciário e a Imprensa.

Representam ambos valores democráticos, refletidos especialmente na liberdade de manifestação e nas garantias da cidadania. E sofre, cada um a seu modo, as restrições dos regimes totalitários.

Ademais, convivem ambos, presentemente, com o perfil de massa da sociedade dos nossos dias, ao qual procuram adaptar-se. A Imprensa, diversificando-se. O Judiciário, buscando novos mecanismos e novas técnicas de solução de conflitos, ciente de que seu modelo liberal-individualista não mais responde aos reclamos dos tempos atuais.

Outrossim, nítida é a busca do aprimoramento que ambos perseguem: a Imprensa, debatendo sua ética e o seu poder de influência, adotando inclusive a figura do *ombudsman*; o Judiciário, com a criação de escolas judiciais, cursos de formação e aperfeiçoamento do seu pessoal e, ainda, com o debate em torno da adoção de um órgão de controle administrativo-disciplinar e outro de reflexão e planejamento permanentes.

Notórias, de outro lado, são as suas deficiências principais.

Assim, em relação ao Judiciário, a impunidade, o formalismo exarcebado, o nepotismo, a morosidade, o corporativismo, muito embora contra esses vícios lute o próprio Judiciário em sua parcela mais expressiva e também se saiba que a correção das falhas exige investimento com recursos materiais e humanos e uma legislação adequada, criativa e moderna.

Em relação à Imprensa, as falhas são sobretudo decorrentes de abuso e irresponsabilidade. Para exemplificar, tomo de empréstimo estudo realizado em Pernambuco, sob a coordenação da Universidade Católica e do Desembargador Nildo Nery dos Santos. Pesquisa feita com critério científico, tomando por base as programações da televisão em 264 horas, no período de três semanas, no ano de 1979 (hoje, certamente os dados seriam mais alarmantes), registrou (publicação no Tribunal de Justiça de Pernambuco):

“Cenas de agressão: 3.484, sendo que 1.203 de modo verbal, 753 com luta corporal, 620 por meio de arma de fogo e 636 com utilização de outros tipos de arma. Decorreram dessas agressões, 608 lesões, 573 mortes, 363 aprisionamentos, 258 torturas, 234 ocorrências de direção perigosa e 316 chantagens.

“Foram anotadas no dito período, a prática de 501 crimes de diversas naturezas, dos quais 149 assaltos, detectando-se, como motivação delituosa, 272 por dinheiro, 103 por desvio sexual, 93 por abuso alcoólico e 33 pelo uso indevido de tóxicos. Provocaram ainda os ditos fatores, 70 cenas de prostituição, 19 de homossexualismo, 19 suicídios e mais 110 casos de direção perigosa.

“O desajuste familiar em novelas e filmes de TV surgiu nas três semanas 543 vezes, com 60 casos de infidelidade feminina. Foram registradas 233 brigas de casal, 157 brigas entre pais e filhos, 35 brigas entre irmãs. Em consequência destes desajustes, ocorreram 73 separações de casais, 35 roubos, 42 mulheres ingressaram na prostituição, 07 tornaram-se viciadas em drogas, 54 passaram a abusar do álcool, 12 tentaram ou consumaram o suicídio, e foram registradas por essa motivação, 20 lesões.

“As cenas de erotismo anotadas foram de 874, das quais 89 apresentaram atos de conjunção carnal, 320 de exibição do corpo feminino, 374 modos sensuais, 38 gestos imorais e foram proferidas 53 pornografias. O crime de estupro registrou-se em seis ocasiões.

“Os sujeitos ativos da violência foram 1.878 homens e 588 mulheres, e como sujeito passivo – 1.716 homens e 506 mulheres, e 116 crianças apareceram como personagens da violência.

“Assinale-se que, em 95 programas do gênero para crianças, somente três não continham episódios violentos”.

Freqüente e generalizado, não se pode negar, é o descontentamento do Judiciário com o noticiário da Imprensa.

Em primeiro lugar, pelo desconhecimento de noções elementares por quem dá a notícia, a começar por confundir o Judiciário com a Polícia, com o Ministério Público, com a Defensoria, com os Ministérios da Justiça e do Trabalho, englobando, na expressão “Justiça”, todos esses segmentos e passando à sociedade uma imagem distorcida, publicando manchetes apelatórias do tipo “Supremo dá de goleada no governo”, “Polícia prende e Judiciário solta”, “Os juizes não

querem o controle do Judiciário” etc.. Publicando meias verdades e deixando ao relento temas que efetivamente interessariam a todos, até mesmo certas mazelas, como balbúrdia das remunerações e a anormalia dos classistas da Justiça do Trabalho.

Em segundo lugar, pela carência de boas entrevistas com pessoas qualificadas do Judiciário e pelo descaso como que nele ocorre, contribuindo para passar à sociedade uma imagem falsa do Poder, sem notificar decisões que em muito interessariam à comunidade, como, para exemplificar, as relacionadas ao Direito de Família, especialmente em uma fase de tantas mutações nesse campo.

É de convir, todavia, que o Judiciário também contribui marcadamente para esse quadro, não se equipando devidamente com assessorias eficientes, não se utilizando do *marketing* e da mídia, conforme, recentemente, enfatizaram o publicitário Luiz Salles e o jornalista-jurista Walter Ceneviva (*O Judiciário e a Constituição*, Saraiva, 1993).

Não menos certo também é que, além da estrutura pesada, conservadora e hermética do Judiciário, nós magistrados, não raras vezes, contribuímos para o distanciamento em relação à Imprensa, quer por timidez excessiva, quer por prepotência ou despreparo, quer até mesmo pela retórica gongórica da linguagem judiciária, de que são exemplos expressões como: “inacolhe-se a exordial *ab avo*”; “desatende-se o reclamo irresignatório”; “a irresignação lhe resultou inexitosa”; “um quadro adstrito ao gizamento medular destinado a esse colendo areópago”.

Ao finalizar, a título de contribuição, ficam as seguintes reflexões:

a – O conhecimento da atividade do Judiciário é direito do cidadão. Sendo os magistrados prestadores de serviço público, imprescindível se faz que essa atividade seja a mais transparente possível;

b – Impõe-se, para o aprimoramento da democracia no País, que haja uma maior aproximação entre o Judiciário e Imprensa, veículo que é da atuação e da postura dos diversos segmentos sociais, mostrando como atua o Judiciário, qual a sua competência, sua estrutura, seu alcance como Poder, suas deficiências, seus abusos reais;

c – É fundamental, destarte, que sejam superadas as dificuldades apontadas, e outras que existirem, tornando-se o Judiciário mais acessível à divulgação e, via de consequência, ao público; esmerando-se a Imprensa, por seu turno, em aperfeiçoar o seu sistema de divulgação, com inteira liberdade, mas sem as distorções, os abusos e as omissões que o estágio atual está a demonstrar;

d – O Estado democrático de Direito não se contenta mais com uma ação passiva. O Judiciário não mais é visto como mero Poder equidistante, mas como efetivo participante dos destinos da Nação e responsável pelo bem comum. Os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos fundamentais clássicos, exigem a atuação do Estado, proibindo-lhe a omissão. Essa nova postura repudia as normas constitucionais como meros preceitos programáticos, vendo-as sempre dotadas de eficácia em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, valorização do trabalho e da livre iniciativa, defesa do meio ambiente e construção de uma nova sociedade mais livre, justa e solidária;

– Cada vez mais, e o próximo século encaminha-se para essa demonstração, o Judiciário terá participação maior e mais efetiva na sociedade, especialmente para conter os excessos do Poder dominante e melhor resguardar os direitos da cidadania. Nesse quadro, igualmente relevante, será o papel a ser desenvolvido pela Imprensa. Daí a necessidade de ambos aparelharem-se convenientemente, corrigindo suas atuais e múltiplas deficiências, aprimorando seus mecanismos e buscando diretrizes que melhor atendam aos anseios de uma sociedade livre, justa, solidária e responsável.

EXPROPRIAÇÃO

NILZARDO CARNEIRO LEÃO

Prof. da Faculdade de Direito do Recife. Membro do CNPP. Membro do CONEN-PE – Advogado

Sumário

1. Introdução, 2. Expropriação, 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Quinze horas de um dia qualquer da semana.

Na revitalizada Rua do Bom Jesus, no bairro do Recife, um grupo de cinco ou seis jovens, aparentando entre doze e quinze anos, malvestidos e sujos, espalham-se e espriam-se na calçada de uma tradicional livraria.

Um, deitado, apesar do calor que está a fazer, dorme encolhido e a tremer, como se estivesse sentindo muito frio. Outro, sentado no batente de uma das portas da livraria, tem a cabeça entre as pernas e, chamando-o, não responde. Alguns mais, olhos injetados, avermelhados, mal conseguindo proferir rápidas palavras, ficam a pedir dinheiro aos transeuntes, que, assustados, afastam-se do grupo.

Todos têm um frasco contendo a “cola” e ficam aspirando-a, permanentemente. O que dorme, dizem

os colegas, puxou um “dólar” de **maconha** e não consegue acordar. Há, em torno deles, um cheiro de erva queimada.

Quantos, no Recife, estão, nessa mesma hora, a **cheirar cola** e a fumar **maconha**? Alguns saem pela manhã da miséria dos barracos, onde dormiram sobre papelões e cobriram-se com jornal, deixando a mãe, macilenta e sem alimento, com vinte e poucos anos, grávida do sétimo filho, dos quais dois apenas estão vivos “porque Deus assim quis, foram levados por Deus” e ficam a perambular pela cidade, sem destino, sem rumo, na mais cruel expressão da palavra.

Enganam a fome, iludem a miséria, esquecem a própria vida. **Cheiram cola** e fumam **maconha**, esta adquirida facilmente, trazida das grandes plantações em propriedades rurais, levando o lucro de um dinheiro sujo para os donos ou exploradores da terra, cada vez mais ricos.

Podem pedir o auxílio com voz triste ou de forma agressiva, assustam e espalham o medo. E são cinco ou seis jovens, aparentando doze a quinze anos, maltrapilhos e sujos.

Até quando o Recife vai continuar assistindo a tão deprimente espetáculo? Até onde irá a insensibilidade e o descumprimento pelo Estado de suas funções básicas?

Jamais a exibição e a face dos excluídos, dos menos favorecidos revelou um rosto tão ameaçador, tão desesperado, tão agressivo. E, também, tão desesperançado e sem perspectiva.

O abandono e o desamparo, motivadores da liberação súbita e incontrolável de condutas, muitas vezes por conta de uma angústia refletida na agonia de tantos semblantes, fazem levar à canalização de uma vio-

lência organizada, causadora da desagregação radical de valores de convivência social. E, para essas manifestações de agressividade, não se busquem soluções com reprimendas penais e ações de natureza policial. Lei alguma de repressão resolverá problemas de desigualdades sociais, de abandono de camadas da população, de omissão do Estado no trato de questões que estão a gritar pela urgência de soluções sociais. O que existe é a fome grassando cada vez mais. A fome, disse **Tobias Barreto**, faz o estômago e não a cabeça comandar as ações dos homens.

Esse, porém, não é um quadro dramático constatado apenas no Recife. Ele pode ser visto em qualquer grande cidade brasileira.

Durante quarenta dias, no Rio de Janeiro, o repórter **Fernando Pinto** travou diálogo com jovens abandonados de ruas, com “galeras” de bairros, sob tetos esfumaçados pela droga, em bares das zonas nobres. Experimentou, conforme diz, seus pecados, ouviu gabolices, queixas e meias explicações, para obter respostas às perguntas de sua reportagem:

“Por que um jovem odeia?

Por que um jovem mata?

Por que um jovem se deprava?

Por que um jovem perdeu a fé?

Por que um jovem bebe?

Por que um jovem rouba?

Por que um jovem se utiliza de **tóxicos**?”

E saindo da aventura jornalística, dá um diagnóstico: “*eles dão a impressão de terem perdido o rumo. Mas ninguém parece interessado em lhes mostrar outro caminho ou, pelo menos, ouvir-lhes as suas razões. A esse tipo de desprezo eles respondem com ódio, distilado de várias formas, como quem procura*

se defender buscando a alternativa do ataque. O ódio, para eles, é a tábua de salvação. E a agressividade é um recurso para chamar a atenção e merecer o respeito dos mais velhos. Como não conhecem métodos mais convincentes de persuasão, conquistam esse respeito no peito e na raça, passando por cima das convenções e das leis. Talvez devido a esse fato, são considerados pela sociedade como marginais perigosos que cometem pecados capitais sem direito à apelação do purgatório.”

Esse mesmo jornalista, no início de seu livro “Os 7 Pecados da Juventude Sem Amor”, faz uma **Exceção à Regra:**

“Os personagens deste livro são reais. Por isso, não se assuste ao reencontrar nas entrelinhas das páginas a figura de seu filho ou de seu irmão. Aqui não existe a desculpa de mera coincidência”

O dia 26 de junho foi escolhido pela Organização das Nações Unidas como “Dia Internacional de Combate ao Abuso de Drogas”. O Conselho Estadual de Entorpecentes de Pernambuco – CONEN.PE – atendendo à solicitação da ONU, procurou mostrar e demonstrar à sociedade, através do “**Seminário Sobre Estratégias Políticas de Prevenção, Tratamento e Repressão às Drogas**”, o perigo cada vez maior das drogas, que vem causando danos inimagináveis ao meio social, impedindo gerações de participarem ativamente da sadia atividade laboral, provocando a progressiva degradação de jovens, destruindo famílias e trazendo incalculáveis prejuízos à comunidade.

Foram analisadas e discutidas, nesse Seminário, para Pernambuco, soluções a curto, médio e longo prazos. Em relação ao flagelo das drogas foram conhecidas as “drogas psicoativas”, conceitos, classificações,

disfunções orgânicas, tratamento, recuperação. Discutiram sobre as “ações preventivas”, campanhas educacionais, modelos. Feita a análise completa e os juízos críticos sobre a Lei No 6.368/76, foram conhecidas as “ações repressivas, os organismos policiais, os serviços de inteligência, as operações preventivas, os recursos, as apreensões e as estatísticas”.

Mas, nessas mesmas horas que se realizava o **Seminário**, em todo o mundo, milhões e milhões de usuários de drogas ficam cada vez mais escravizados ao vício e milhões e milhões de dólares estão sendo movimentados no comércio sujo do narcotráfico, que não escolhe vítimas e cuja extensão tem objetivos definidos, dos quais os mais graves são a corrupção dos mantenedores da ordem e a ascensão ao PODER, em suas mais variadas formas.

Podemos, pois, repetir o afirmado por **Vicente Greco Filho** em seu livro “Tóxicos”:

“Esclarecida a dinâmica da toxicomania e suas implicações pessoais e sociais, o combate ao uso indevido de drogas necessariamente não pode limitar-se à eliminação de um fator etiológico, mas deve abranger todos os aspectos que se prestem à sua infiltração.

Com esta finalidade, podemos classificar as medidas de combate à narcomania em medidas preventivas, terapêuticas e repressivas, conforme se destinem a evitar o uso de drogas, curar as toxicomanias instaladas e punir os responsáveis pelo vício.”

Vemos, assim, que são ações múltiplas, dos mais variados tipos, a se realizarem em todas as frentes, preventivas e repressivas, de ordem social, pessoal e penal, a serem executadas pelo poder público, inclusive municipal, bem como por entidades comunitárias, clubes de serviço, associações de bairros, etc.

Dentre essas ações e medidas, é de se destacar a **expropriação** de terras usadas para o “cultivo ilegal de plantas psicotrópicas”.

É preciso ter a consciência de que, se, à semelhança do crime, impossível a total eliminação do flagelo das drogas da sociedade, é importante e indispensável, para sua própria sobrevivência, reduzir os males em nível de suportabilidade social. E, nesse esforço, é indispensável a participação de órgãos municipais, entidades comunitárias, clubes de serviço, igrejas, todo cidadão.

Não é de se permitir, assim, que a oferta ao consumidor seja facilitada pela ação do traficante, como também deixar o fornecedor ou atravessador do comércio da droga atuar sobre o dependente em potencial.

Sabemos das dificuldades dos órgãos do poder público no enfrentamento de organizações altamente sofisticadas como as exploradoras do tráfico de drogas. A criminalidade do tóxico é, hoje, a mais bem aparelhada do mundo, com as mais variadas ramificações nos países, atuando com aviões, através de satélites, até via INTERNET, com códigos próprios, veículos terrestres e marítimos e armamentos de última geração.

Para o combate à droga, são necessárias novas tipicidades e novas espécies de sanções penais, de um direito penal diferente, não de sancionar apenas o indivíduo, tanto mais quanto a pena privativa de liberdade, tal como hoje aplicada, é considerada pelos penologistas de todo o mundo como falida e a ser substituída pelas penas alternativas. Outros os caminhos a serem tomados. E a **expropriação** é um deles, ao

lado de sanções econômicas, financeiras, contra instituições, pessoas jurídicas, impedindo-se transferências e “lavagem” de dinheiro, etc..

Precisamos, acima de tudo, meditar sobre as palavras de **Alceu Amoroso Lima**:

“Se esse trabalho multissecular de renovação da vida e dos ideais de uma vida melhor se repete indefinidamente ao longo da história da humanidade, nunca, porventura ao longo dela, foi tão tremendo o choque do passado com o presente, das velhas gerações com as novas, como em nossos dias. E de modo particular, como em nossa terra. A aceleração do ritmo da história é, sem dúvida, a marca mais típica dos nossos tempos. A humanidade caminhou em trinta anos, tempo de duas gerações, trinta vezes mais do que em trezentos, tempo de vinte gerações.”

Adverta-se que a caminhada em busca do progresso e a aquisição de novos métodos tecnológicos e científicos, recentemente utilizados, não são feitos apenas pelos homens chamados “de bem”. As modernas conquistas da ciência são usadas, também, em novas formas de criminalidade. E os que fazem as instituições públicas e os órgãos especializados parecem estar cegos para essa realidade.

2. EXPROPRIAÇÃO

O legislador constituinte de 1988, ao elaborar a nova Constituição da República Federativa do Brasil, teve preocupação especial em garantir a **propriedade** como direito fundamental do cidadão (Art. 5^o XXII), fazendo, porém, o destaque de que “a propriedade atenderá a sua função social” (Art. 5^o XXIII).

Ao assim disciplinar, o legislador constituinte destacou que a propriedade, no moderno Estado-de-Direito-Democrático, tem que servir ao proprietário e à comunidade.

É esse não-uso social que faz nascer para o Estado, o direito de intervir no direito de propriedade, porque, como dizem os modernos autores, o Estado-de-Direito aproxima-se do que se entende como Estado de Bem-Estar (Welfare State), dentro de seu sentido finalístico que é o da constante melhoria das condições sociais da sociedade.

Se a propriedade não está a serviço da coletividade ou do bem comum, pelo não-uso ou pelo mal uso, o Estado de Bem-Estar (que é o Estado-de-Direito-Democrático), intervém sobre a mesma, pois que inaceitável o seu uso anti-social, ou seja, sem atender às necessidades mínimas da coletividade, dos grupos, das classes que integram a sociedade.

Diz **Agustin A. Gordillo**:

“A nuestro juicio, la noción de Estado de Bienestar há venido a operar como un correctivo para la noción clásica de Estado de Derecho, revitalizandola, pero en modo algún suprimiéndola o sustuyéndola.” (“Introducción al Derecho Administrativo”, 1966).

O Estado de Bem-Estar a que se refere o autor concretiza-se, pois, no Estado-de-Direito-Democrático, que, essencialmente, garante os direitos individuais e coletivos e assegura a **justiça social**, nos precisos termos do **art.170 da Constituição Federal**:

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

- I – soberania nacional;
- II – propriedade privada;
- III – função social da propriedade;
- IV – etc...”.

Sendo assim, desde que a propriedade privada não esteja atingindo a sua função social, isto é, apresenta-se contrária ao objetivo do bem-comum da coletividade, válida e necessária a intervenção do Estado.

Essa intervenção deverá ser, porém, contida nos limites constitucionais ou de lei ordinária, vez que ao mesmo tempo que busque o **fim social da propriedade**, não deve, nunca, violentar os **direitos individuais**.

Ao cuidar “Da Política Agrária e fundiária e da Reforma Agrária, a Constituição da República Federativa do Brasil, assim dispõe:

“Art.184 – Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, etc...”.

E, no **Art.186**, a Constituição expressa que está a propriedade rural cumprindo a sua **função social** quando ocorrer:

- I – aproveitamento racional e adequado;
- II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

A intenção, pois, do legislador constituinte de 1988 foi garantir o direito de propriedade mas exigindo, também, seja utilizada com uma **função social**.

Há, assim, o claro reconhecimento da intervenção do Estado no direito de propriedade:

“Os fundamentos da intervenção na propriedade e atuação no domínio econômico, repousam na necessidade de proteção do Estado aos interesses da comunidade. Os interesses coletivos representam o direito do maior número, e, por isso mesmo, quando em conflito com os interesses individuais, estes cedem àqueles, em atenção ao direito da maioria, que é a base do regime democrático e do direito civil moderno.” (Helly Lopes Meirelles, “Direito Administrativo”, pg.493).

Nos tempos atuais, o conceito liberal de propriedade não é mais aceitável, daí porque deixou de ser o **direito subjetivo do proprietário** para converter-se na exigência da **função social do detentor da riqueza**, segundo expressão de León Duguit (“Las Transformaciones Generales Del Derecho Privado”).

Sendo assim, em momento algum o legislador constituinte tornou inaplicável o **Art. 2º** da Lei Nº 6368/76:

“Ficam proibidos em todo o território brasileiro o plantio, a cultura, a colheita e a exploração por particulares, de todas as plantas das quais possa extraída substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.”

Lei que, ao cuidar dos **crimes** e das **penas**, estabelece uma sanção de 3 (três) a 15 (quinze) anos para quem:

“Art.12 – semeia, cultiva, ou faz colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica.”

O legislador constituinte de 1988, preocupado com a crescente e permanente infiltração de condutas

anti-sociais destinadas ao **plantio, cultivo e colheita** de plantas reconhecidas como destinadas à preparação de drogas determinantes de dependência física ou psíquica, do tráfico cada vez mais mais lucrativo, e quem sabe, de outros lucros, não hesitou, pioneiramente, em inserir no texto constitucional:

“Art. 243: As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente EXPROPRIADAS e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único – *Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializado no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.”*

Fez, pois, com absoluta clareza, o legislador constituinte, a distinção entre **desapropriação por interesse social** de imóvel rural que não esteja cumprindo a sua **função social**, mediante prévia indenização, e a **expropriação de glebas** onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, **sem qualquer indenização ao proprietário**.

Fica, a nível constitucional, perfeitamente distinguido dois institutos de direito civil: **desapropriação** e **expropriação**, o que fora já destacado por **Plácido e Silva**, embora a maioria dos doutrinadores civilistas e a própria jurisprudência tratem um e outro com similitude. Não há campo, neste trabalho, para

maior análise do tema, ante a distinção firmada pela Constituição Federal.

É o disposto no **Art. 243** auto-aplicável ou está a depender de regulamentação?

Em histórico voto proferido no Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Apel. Cível No 13.308-PE), o Exmo. Sr. Juiz **Francisco Falcão** assim se pronunciou:

“Também não faz sentido a alegativa de extinção do processo, sem julgamento de mérito, porque o dispositivo constitucional que autoriza a desapropriação para fins de reforma agrária, em decorrência de cultivo de substâncias entorpecentes (art.243) depende de regulamentação. Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Brito, in “Curso de Direito Constitucional”, Saraiva, 11a. edição, pgs. 109/110, discorrendo sobre a aplicação da norma constitucional, escreveu que:

“...a possibilidade de plena incidência da norma está sempre condicionada à forma de regulamentação da respectiva matéria. Se esta é descrita em todos os seus elementos, é plasmado por inteiro quanto aos mandamentos e às conseqüências que lhe correspondem no interior da norma formalmente posta, não há necessidade de intermediária legislação, porque o comando constitucional é bastante em si, tem autonomia operativa e idoneidade suficiente para deflagrar todos os efeitos que se preordena.”

Então podemos repetir com os autores citados, que se a norma contém todos os seus “elementos lógico-estruturais – que são a hipótese, o mandamento e a conseqüência” – é uma norma cheia, tem “autonomia operativa e idoneidade suficiente para deflagrar todos os efeitos a que se preordena.”

E citando o **art. 243** da Constituição, o ilustre magistrado conclui que

“Todos os elementos lógicos e estruturais de que falam os autores citados – hipótese, mandamento e conseqüência – estão presentes neste dispositivo.”

Por outro lado, é de se ver que, quando a Constituição Federal exige uma regulamentação, através de legislação ordinária infra-constitucional, ela o faz de forma expressa. Assim, por exemplo, dentre outras dezenas de dispositivos, pode-se destacar: **Art. 5º, incs. VIII, XII, XIII, XXVIII, 7º I, XI, XIX, 9º § 1º, 17 § 3º, 20, II, 134 par. único, 147 § 7º, 172, 195 § 4º 238, 244, 245, etc.**

É de se ter em vista, igualmente, o texto inserido na Constituição da República Federativa do Brasil (**art. 243**) frente à comunidade internacional.

Em nível de direito internacional, o Brasil adota uma **posição dualista**, isto é, o direito internacional coexiste em forma independente e só vale no país porque este reconheceu e incorporou suas regras ao ordenamento jurídico de direito interno, de acordo com os procedimentos sobre a criação do direito estabelecidos na norma constitucional. É o que dispõe o **Art.5º, inc. LXXVII, § 2º** da Constituição:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Em 20 de dezembro de 1988, a “Conferência das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas”, reunida em Viena, Áustria, fez publicar, para adesão, uma assembléia referente à matéria.

Os considerandos proclamados nessa Convenção revelam a preocupação das Nações Unidas com “a magnitude e a crescente tendência de produção, da demanda e do tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas nos diversos grupos sociais com a exploração de crianças em muitas partes do mundo, quer como consumidores como na condição de instrumentos utilizados na produção e distribuição, o que constitui perigo de gravidade incalculável... e que o tráfico ilícito é uma atividade criminosa internacional cuja supressão exige a atenção urgente e a mais alta prioridade, pois existente o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas vínculos que minam as economias lícitas e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estado.”

Há uma consciência internacional de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper estruturas da administração pública.

A Convenção define o que seja **bem** (“ativos de qualquer tipo, móveis ou imóveis... e os documentos legais que **confirma a propriedade ou outros direitos** sobre os ativos em questão), **confisco** (“privação, **em caráter definitivo**, de algum **bem**, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente.”).

No documento internacional há referências a anteriores Convenções, conceito de “planta de *cannabis*”, do que seja **produto** (os **bens** obtidos ou derivados, direta ou indiretamente, da prática do delito, etc...)

Cuidando dos **Delitos e Sanções**, determina que **as partes** caracterizem como infrações penais, dentre outras, “o cultivo de sementes de ópio, do arbusto da coca ou de planta de *cannabis*, com o objetivo de produzir entorpecentes, etc...”

Através do Decreto Legislativo Nº 162, de **14 de junho de 1991**, o Congresso Nacional aprovou, nos termos do Art. 49, I, da Constituição Federal, o texto da “Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas”, da ONU. Em **26 de junho de 1991**, o Sr. Presidente da República, fundado no Art. 84, inc. IV, da Constituição Federal, através do Decreto Nº 154, promulgou a mencionada Convenção, que passou, assim, a integrar o texto constitucional, e tornando ainda mais explícita a **expropriação** prevista no seu **Art. 243**.

Em **26 de novembro de 1991** é promulgada a Lei Nº **8.257**, que “*dispõe sobre expropriação das glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas.*”

No texto da legislação ordinária, **glebas** sujeitas à **expropriação** são aquelas possuídas a **qualquer título** (art. 4º), não se fazendo limitação quanto à sua extensão.

Há um procedimento judicial próprio, permitindo-se **imissão liminar** pela União (art.10), determinando que a **expropriação prevalecerá** sobre “direitos reais de garantia, não se admitindo embargos de terceiros, fundados em dívida hipotecária, anticrética ou pignoratícia.

O **Decreto Nº 577**, de **24 de junho de 1992**, sancionado tendo em vista o disposto na **Lei Nº 8.257/91**, deu atribuições à Polícia Federal para “*promover as diligências necessárias à localização de culturas ilegais de plantas psicotrópicas, a fim de que seja promovida a imediata expropriação do imóvel em que forem localizadas e que será especialmente destinado ao assentamento de colonos, para o cultivo de produ-*”

tos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário, ao possuidor ou ocupante a qualquer título, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.” (Art. 1^a.)

E mais, que “a autoridade policial articular-se-á com autoridade responsável pela representação judicial da União e com o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA –, a fim de serem providenciadas medidas que possibilitem o pronto ajuizamento da ação expropriatória prevista na Lei No 8.257, de 26 de novembro de 1991, com pedido de imissão de posse liminar, nos termos do art. 10 da mesma lei e efetiva ocupação do imóvel.”

Como disse o Juiz Dr. **Francisco Falcão**, o texto constitucional do Art. 243 é uma “norma cheia”, e assim, auto-aplicável. Como também exata a compreensão de **gleba** firmado na norma maior, destacado pela Procuradoria da União na ação expropriatória já referida:

“A mens legis, ao utilizar o conceito de **gleba**, quis, a toda evidência, abranger todo o bem (sítio, fazenda, etc.) não apenas a área plantada.”

Dá a conclusão do ilustre magistrado do Tribunal Regional Federal da 5^a Região:

“É o lote no seu todo que será **expropriado**, toda a área de terreno e não a pequena porção desse terreno onde fora plantada a erva.

A **expropriação**, ao estilo da Lei Maior, é da **gleba**, do terreno, do lote por inteiro, pois decorrente de circunstância da ilegalidade da cultura do vegetal, cujas folhas e flores são empregadas como narcóticos, de conseqüências semelhantes ao ópio.”

Nem teria sentido, nem atenderia às finalidades

expressamente determinadas na norma constitucional, como foi dito, a **expropriação** de poucos hectares de uma área de mil, com os fins de assentamento de colonos e cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, e nem teria qualquer significação em nível de sanção para o expropriado, pelo mal uso ou uso contrário à lei da propriedade.

3. CONCLUSÃO

Aí está o texto da Constituição da República Federativa do Brasil, que, por si, sem necessidade de qualquer lei ordinária de regulamentação, determina a **expropriação**. Existe, também, lei e decreto especificando e repetindo o contido na Lei Maior; há uma Convenção Internacional que o Brasil obriga-se a cumprir; há estudos de doutrina e existe voto de juiz de segunda instância federal.

Pergunta-se: por que, em Pernambuco, não se faz **expropriação**? As **glebas** são conhecidas, diariamente noticia-se a queima de plantações de milhares e milhares de arbustos da **cannabis sativa**, **maconha**; os colonos estão aí, sem-terra, a carência de alimentos e de medicamentos é uma realidade, pois as estatísticas mostram a miséria e a fome grassando em grande parte da população.

Que falta, pois, para o cumprimento da norma constitucional, no combate ao plantio e ao tráfico da droga?

Stern, citado por **Hilário Veiga de Carvalho** define a **inteligência** como a capacidade de resolver problemas novos. E conclui:

“Será que os novos problemas de índole psico-social, com fortes componentes econômicos e mesmos políticos, não podem ser resolvidos por essa capacidade que os homens inteligentes devem ter? Ou será que, apesar dessa capacidade, uma indiferença quase fatalista do

deixa ficar como está para ver como fica – ao estilo cínico de uma fase política de há muito ultrapassada? Há que lutar contra esse estado estagnado de materialismo intelectual e afetivo. E reanimar corações e espíritos, fazendo velhos e novos se recordarem de que, acima de tudo dispõem de um equipamento capaz de transpor todas as barreiras.” (pg. 60).

Inteligência, existe. Textos legais, igualmente, existem. Localizações de plantio de **maconha** são feitas. Porque não se dá cumprimento à lei?

Por terminar, uma estória: “conta-se que numa determinada cidade, em comemoração a certa data, o seu burgomestre mandou colocar na praça central um grande tonel, solicitando que cada produtor de vinho da região nele despejasse uma jarra da mencionada bebida, para que no dia aprazado, em determinada hora, fosse aberta a sua torneira e dela jorrasse o espumante vinho de que todos se serviriam na festa popular celebrada.

Eis que, dentro daquele princípio de “deixar que outros façam”, cada vinhateiro, de *per si*, pensou assim: “se eu colocar na minha jarra apenas água, em vez de vinho, não se vai perceber a sua falta e eu não usarei da minha bebida.”

E, à hora aprazada, aberta a torneira, só jorrou água, porque todos haviam pensado e agido do mesmo modo, deixando aos outros o cumprimento do apelo e do compromisso assumidos.

Se nenhum de nós desempenhar um pouco do que somos destinados a fazer por amor ao próximo, pelos marginalizados, excluídos, um dia haveremos de precisar de ajuda, olharemos em nossa volta e não encontraremos ninguém para ajudar. Isto porque não soubemos ou não fizemos usar a nossa cidadania.

A RESSOCIALIZAÇÃO COMO ALTERNATIVA PARA O PROGRESSO DO DIREITO NO BRASIL.

Rosângela Araújo Viana

Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (FDR). Universidade Federal de Pernambuco. (UFPE) e assessora no 2º Juízo Cível da Comarca do Recife/PE.

“O homem é livre com outros homens e nas suas relações com eles”

J. Comblin

O desenvolvimento científico está na razão inversa da ideologia. Assim, uma ciência é considerada desenvolvida quando apresenta de forma teórica exatizada.

A Física, por exemplo, tem um parâmetro de ciência empírica relativamente rigorosa. Dizemos relativamente porque no sentido estrito nenhuma ciência é desenvolvida.

A Teoria Sociológica fundamenta-se em conceitos e não em proposições concatenadas. Por esta razão, a sua estrutura pode ser considerada subdesenvolvida, ou seja, sem paradigmas, sem proposições teóricas de rigor.

Podemos caracterizar a Sociologia Jurídica, ou Sociologia do Direito, como uma ciência que serve de ponte entre as outras ciências.

O seu objetivo de conhecimento é o Direito e assim constitui um âmbito especial da Ciência Jurídica.

ca e, em paralelo, é responsável por investigar o Direito como elemento componente da estrutura formadora da ordem social. Neste sentido estabeleceu um espaço particular da Sociologia.

Pelo fato da existência destas duas características, a Sociologia Jurídica tem sido tratada sob diferentes enfoques, de acordo com o predomínio dos interesses de cada estudioso, seja no enfoque jurídico, seja no enfoque sociológico. Cultores do Direito que se propuserem a uma orientação jurídica devem possuir uma intenção pragmática.

A praticidade decorre da pretensão de que os resultados obtidos sejam ou se tornem úteis à própria aplicação do Direito.

Ao abordar um tema que se refere ao progresso do Direito à luz da Sociologia Jurídica, procuramos efetuar o melhor serviço da ciência.

Muitos juristas incorrem no risco de uma postura em que se faz presente um equívoco entre ação científica e ação política.

Salientamos que aquele que se propuser ao estudo do Direito deve se conduzir de modo a informar com rigor tanto quanto possível.

Não abandonamos a importância do resultado daqueles que se dispõem a um estudo do Direito de maneira a se restringirem a assinalar as regularidades sociais expressas em leis, oferecendo, por conseguinte, uma melhor compreensão da realidade social.

Chamamos atenção apenas para a realidade brasileira na iminência do terceiro milênio que se aproxima e do qual faremos parte.

Chegaremos ao século XXI com estrondosos problemas sociais que necessitam de uma solução. Daí ressaltamos a importância no desvelo à obtenção de

uma cientificidade fundamentada numa consciência crítica real, de um saber, senão de perfeita exatidão, ao menos de possibilidade.

Com este procedimento objetivamos lançar perspectivas que possam conduzir a vias menos obscuras das que se tem tomado até então por nossa sociedade.

O caráter social do Direito – por uma definição do conteúdo.

Na natureza tudo tem a sua forma e o seu conteúdo. Diferentemente do que propôs Simmel em seus estudos, ao demonstrar uma certa preocupação com as formas, tentou, ao expor suas idéias, separar a forma do conteúdo, já que para ele este último seria de natureza histórica.

Aceitamos, entretanto, a assertiva de que não se pode separar forma de conteúdo, ou seja, se alguma coisa é social por conceder das relações intersubjetivas, é analogamente fato.

O Direito como fato social básico não é pura forma, pois tem conteúdo social, sendo esta dimensão de há muito tempo estudada. Contudo, os próprios autores que se preocupam em perquirir e verificar esta matéria não chegam a um consenso sobre qual é a verdadeira composição do Direito.

Os dogmáticos que se ocupam com a predominância do estudo da forma, por se preocuparem com a exatidão que a mesma possa oferecer, adotam, nesta questão, termos vagos como justiça, fins sociais, etc..

A Sociologia do Direito também não tem um referencial preciso no que diz respeito à composição social. Ela é marcada por dois momentos em sua história.

Houve um período em que se denotou uma dose de hostilidade. Esta fase alcança os precursores da Sociologia Jurídica e vai até o fim do século passado.

Para Augusto Comte o direito era um mero vestígio metafísico, absurdo, imoral.

Saint-Simon considerava o Direito um mesquinho fruto legal.

Spencer, influenciado por Charles Darwin propôs o Evolucionismo Social.

As posições destes pensadores, que não foram os únicos, eram naturais. Pois, o que reinava era a Sociologia Positivista e naturalista, período em que se desdenhava o mundo das normas e dos valores. Então, a sociologia Jurídica era hostilizada pelos próprios sociólogos.

Em nosso século a hostilidade perdeu, de forma progressiva, a sua força. Mas, há um resquício, um relativo abandono e este último denota o segundo momento da Sociologia do Direito.

Na França, Durkheim definiu o Jurídico pela organização das sanções. Para ele a vida social, onde exista de maneira duradoura, tende a tomar uma forma definida e a organizar-se. O Direito é esta organização e será responsável por refletir a solidariedade social. A vida social é extensão, na relação e no tempo, da vida jurídica.

Para ele o Direito seria regras de sanções organizadas. Essas regras seriam a área de organização estratégica básica e fundamental. Assim, quando a sociedade organiza sanções, essa área é básica, basta conhecer o Direito para conhecer a sociedade, sendo ela o símbolo visível.

Durkheim não delimita o domínio do Direito. Sua definição do Jurídico não é satisfatória e não consegue

classificá-lo. Não se pode definir o Direito tão-somente por suas sanções, pois tem o mesmo um caráter instrumental, uma vez que pode existir atuação social Jurídica mesmo que inexistam sanções organizadas como instrumento do Direito.

Henry Levy-Bruhl também ofereceu uma definição, porém, vaga. De acordo com ele “O Direito é o conjunto das regras obrigatórias determinando as relações sociais impostas a todo momento pelo grupo ao qual pertence”.

Para Gurvitch, no entanto, o Direito se configuraria na tentativa de realizar a justiça em um determinado quadro social. Por sua natureza bilateral ou multilateral, encadeia pretensões de uns e deveres de outros, este processo envolve “a necessidade de sua imposição pela autoridade de um fato normativo”.

Então, esse encadeamento somente pode ser realizado pela eficácia de uma garantia social que o proteja e que é precisamente a autoridade dos fatos normativos. Para essa eficácia não se faz necessário que os quadros sociais estejam organizados e muito menos que haja Estado.

Gurvitch insiste na separação entre julgamento de realidade e julgamento de valor. Para ele a sociologia nasce como ciência quando ocorre esta separação. Então, seria o Direito composto de fatos normativos grupais. Ora, esta é também uma definição formal. Muito embora haja uma certa abertura, há referência à autoridade e será ela que vai falar explicitamente de justiça?

Gurvitch expressou sua idéia mencionando um juízo de realidade atribuível aos homens de ciência, efetuado pela ciência. E também um juízo de valor, que julga em função da justiça ou de determinada moral.

A crítica que se faz é que Gurvitch esquece que o homem de ciência também faz valoração e que sempre há tendência por parte dos sociólogos para este juízo, pois não há juízo de realidade puro e deve-se reconhecer que a ciência tem o seu valor específico que é a ideologia da cientificidade. nele não há esforço para um entendimento além da autoridade. Percebe-se visivelmente uma busca de conteúdo.

Na Alemanha, Erlich oferece a primeira obra sistemática. Dizia que a Ciência do Direito dos juristas era uma doutrina prática que visava fins práticos e técnica relativa devido a seu condicionamento pelos diferentes quadros sociais resultando numa apreensão mais superficial do Direito. Chamou a atenção para a necessidade de superação do tecnicismo estatista procedente dos juristas da época.

Fala em “Direito Social” buscando na sociedade e não na lei, doutrina e jurisprudência.

Por viver em uma sociedade onde havia centralização estatal, seu pensamento será uma antítese ao pensamento jurídico tradicional da época. Reduz a importância do estado e fala no Direito vivo não fixado em proposições legais que domina a vida e regula a vida social. Entretanto, não dá a composição do Direito e não se faz claro. Ao afirmar que o Direito é o que brota da sociedade não diz em que consiste o fenômeno.

Já Max Weber atribui um primado à forma sobre seu elemento material, isto é, o conteúdo. Para ele o Direito jamais brota de modo espontâneo da realidade social, é sim obra de juristas com finalidades práticas. Deste modo, também definiu o Direito de maneira imprecisa, como um conjunto de regras a possuir uma probabilidade de efetivação pela força, sendo esta for-

ça não necessariamente estatal. Falta a Weber uma delimitação de conteúdo, de composição.

Nos Estados Unidos da América do Norte houve manifestação ou gosto pelo concreto e pelas técnicas empíricas.

Timasheff, discípulo de Gurvitch, afirmava que o Direito deveria ser averiguado em termos de expressão biopsíquica do homem, pois, no biopsíquico estaria a fonte real do Direito. Faz, assim, uma síntese de ética e de poder. Da junção de ambos diz ser formado o Direito. Mas, ao afirmar que qualquer fenômeno real provém do biopsíquico não explicou em que se constitui o fenômeno.

Cowan fala em compensação de valores de pensamento e valores de sentimento. Vê a justiça, na sua essência, como sentimento. O Direito seria a conciliação destes dois valores. É uma transição de uma postura de conteúdo.

Underhill Moore, por sua vez, definiu o Direito como a conduta manifesta de alta frequência na sociedade.

Percebemos, então, que há e sempre houve uma confusão entre os juristas das mais variadas correntes de pensamento em explicar a questão do caráter social do Direito uma vez que sempre seguiram estas três vertentes:

- Poder
- Ideologia
- Dogmas

Muitas são as posições, entretanto, demonstraremos a de Max Weber sobre o poder, que ele denomina de “Marcht” – potência, significa para ele “toda oportunidade de impor a sua própria vontade, no interior de uma relação social, até mesmo contra resistências, pouco importando em que repouse tal oportunidade”.

Nota-se que a canalização do “Marcht” (palavra advinda do verbo alemão *Machen* = fazer), provém da idéia de força que se explicita não sob o modo da ameaça, uma vez que força não significa necessariamente a posse de meios violentos de coerção, e sim de vias que permitam influir no comportamento de outra pessoa, através da ordem dirigida ao outro sujeito da relação e que presumidamente deve cumpri-la. É o que Max Weber chama, denomina de “Herrschaft” (Herr = do latim, *dominus* = Senhor), ou seja, “a probabilidade de que uma ordem com um determinado conteúdo específico seja seguido por um dado grupo de pessoas”.

Distintamente posiciona-se o grande sociólogo Talcott Parsons ao traduzir o termo Weberiano por “Imperative Control”. Para este renomado sociólogo, “A noção de “Imperative Control” obscurece o confronto entre quem comanda e quem obedece, num sistema de ordem imposto... Ora, as relações de domínio ou de poder institucionalizado não constituem a totalidade do sistema de comportamento socialmente imposto. Os costumes, leis, preconceitos, crenças, paixões coletivas contribuem também para determinar a ordem social”.

Parsons nega-se a considerar o poder como sendo uma “ação imposta por um ator a um outro ator”. Segundo ele, o poder é “a aplicação de uma capacidade generalizada, que consiste em obter dos membros da coletividade o cumprimento das obrigações legítimas em nome de fins coletivos, e que, eventualmente, permitam forçar o recalcitrante através de sanções negativas”.

Não devemos esquecer, porém, que o Direito é um fenômeno ético. Explicar o seu conteúdo sob o

enfoque de um fenômeno apenas impositivo é incorrer no gravíssimo erro de apresentar o seu conteúdo como poder.

Direito não é poder, pois, podemos entendê-lo dentro, fora ou até contra o poder.

Abordar o caráter social do Direito, sob o ponto de vista do poder, resulta em conclusões sem conteúdo e sem substância.

Se, por outro lado, partirmos para a análise da Dogmática, cedo concluiremos que a lei é forma e forma que pode alcançar qualquer conteúdo.

Ao adotar um procedimento lógico normativo, intenta a Dogmática isolar aspectos lógicos normativos do conjunto da vida social, objetivo que nunca obtém de maneira efetiva.

Para a Sociologia Jurídica a lei é um fenômeno social e por isto se converte em um dos seus objetos de estudo. A lei é uma das vertentes do fenômeno social, uma forma do fenômeno jurídico.

Para a Dogmática a lei é o objeto.

A norma ou conduta social jurídica é na Sociologia Jurídica estudada em função do comportamento social total, podendo o conteúdo ser com ou sem forma de lei, e, manifestar-se em diferentes formas.

O conteúdo normativo jurídico é uma das possibilidades de estudo, definitivamente não é uma ótica dogmática. Se se restringisse apenas à lei, teria a Sociologia Jurídica de se limitar exclusivamente ao estado e ao seu estudo, pois a lei procede deste grupo social dos homens de poder socializado. Assim, o Estado é parte, é grupo setorial.

Finalmente em referência a Ideologia, já se fez notório que a mesma implica a concepção falsa ou duvidosa da realidade por basear-se em conhecimento

determinar unilateralmente o processo interativo, sem contar com a vontade do indivíduo afetado por esse processo, porque as normas sociais não são algo imutável e permanente, mas o resultado de uma correlação de forças submetidas a influências mutantes”.

O Direito é um fenômeno social que se interrelaciona com outros processos sociais, podendo ser processos interativos de aproximação ou de afastamento.

A semelhança seria o fator de aproximação e a dessemelhança de afastamento.

Interação significa ação entre, não significando necessariamente bilateralidade ou ação recíproca. Esta interação ocorre por duas vias: através do Processo Social Simples e do Processo Social Grupal.

O primeiro atua numa interação simples, caracterizada por sua não continuidade no tempo, por ser fugaz.

O segundo vai ser aquele que sintetiza várias interações simples tanto de semelhanças como de dessemelhanças, havendo, no entanto, o predomínio da primeira.

Quando acontece este predomínio, isto é, quando a idéia de semelhança prepondera, diz-se que o sistema interativo está em equilíbrio.

O processo de afastamento é caracterizado pela competição, conflito ou hierarquia. O de aproximação pela cooperação.

Este princípio geral de maior aproximação entre os pólos da interação social, segundo o Professor Cláudio Souto, propiciaria ainda mais o Direito por aumentar a coesão do grupo. Já que o Direito representaria a garantia externa e objetiva desses valores de semelhança, passando a serem patenteados e consagrados como valores de referência e de Direito fixados consen-

sualmente. E que garantindo a plenitude da estabilidade social geral e em particular de cada ordem específica, encontrariam nas normas de conduta, principalmente nas jurídicas a expressão da conduta social indicadora do que cada interagente deve fazer.

A ideologia neoliberalista competitiva

A contradição social é um problema antigo que a humanidade enfrenta desde a antigüidade. Este conflito tornou-se mais agudo nos tempos modernos devido a ideologia inerente ao sistema econômico do qual fazemos parte.

No capitalismo aguça-se a hierarquia, provocando a competição. Esta última não pode ser considerada como um fator de equilíbrio permanente como prega a ideologia neoliberalista. Isto configura um absurdo do capitalismo, pois ao afirmá-la, ele se contradiz.

O liberalismo econômico como livre concorrência é a competição e, competição, como vimos no tópico anterior, é processo de afastamento, porque, enquanto uns ganham, outros perdem e isto gera a exclusão.

A exclusão é a responsável por nefastas consequências, provocando até o aumento da violência e da criminalidade que assusta e inquieta a sociedade.

A ideologia neoliberal cria uma consciência social, para que as pessoas aceitem-na e sintam-se motivadas para aderir a ela. A sua proposta de que a solução para os problemas sociais não virá do Estado, modelo defendido nos anos 60 e 70, mas da livre iniciativa do mercado, foi assumida pelos governantes de quase todo mundo.

Ninguém controla o mercado teoricamente, porque ele não é uma entidade, mas algo abstrato. É algo

inexplicável, mas que tem repercussão no cotidiano das pessoas. Por exemplo, em nossa sociedade, de uma forma geral, quando um indivíduo está deprimido, vai ao Shopping Center fazer compras. Se é pobre, sai para ver as vitrines. As pessoas entram nos Shoppings e sentem-se num lugar sagrado. Lá se respira um ar diferente. O fascínio das mercadorias das vitrines faz com que elas se sintam extremamente felizes, gratificadas. É essa a experiência do cotidiano. Quando se propaga que o mercado livre é a solução, há a associação dessa experiência, pois a pessoa sente-se alguém, porque tem dinheiro e pode comprar sempre mais.

Na realidade brasileira o discurso é o de que precisamos ficar nas mãos do mercado.

Nesta ideologia há uma certa resignação perigosa e desumana. Acabamos convivendo com a riqueza ao lado de uma pobreza extrema, sem indignação ética, com a desculpa de que o mundo é assim mesmo.

Quando alguém possui o mínimo de humanidade, olha para uma criança passando fome, por exemplo, pensa que ela também é um ser humano, e reconhece não ser justo gastar demais em “bugigangas”, enquanto a outra não tem o que comer. Mas se a pessoa olha para criança e não acha que ela é gente, e sim um empecilho, não terá esses pensamentos.

Para o neoliberalista, o pobre é o culpado da própria pobreza e está nesta situação porque é vagabundo, e com tais pessoas não existe solidariedade.

A mudança de consciência reflete-se nas ações concretas.

O assassinato dos meninos de rua, no Brasil, causou algum problema social? A resposta é não. Se quem sai de um Shopping Center carregado de compras supérfluas vê uma criança assim, simplesmente dará gra-

ças a Deus porque pode morar num condomínio fechado, onde não se convive com este empecilho.

Nas leis do mercado pregadas pelo neoliberalismo, não tem sentido viver conscientemente, como sujeito. Pois, o verdadeiro sujeito histórico é o mercado. O que conduz à abdicação da solidariedade na defesa do interesse próprio contra quem não puder se defender.

Vivemos num país onde se diminui a proximidade entre grandes parcelas da população, decresce a capacidade de relacionamento comunitário e aumenta o individualismo.

É preciso erradicar, ou pelo menos, diminuir esta dissonância através da negação dessa proposição antropológica de competição e conseqüente exclusão.

A recuperação do sentido de solidariedade é o passo concreto para não se deixar contaminar pela teoria do neoliberalismo.

Mudança Social e Direito

O estudo sob esse tema constitui uma preocupação para o estudioso de todas as épocas, pois a mudança social é inerente ao sistema social.

Nos dias atuais há uma maior preocupação, percebe-se uma maior ênfase por parte das sociedades civilizadas pelo estudo deste assunto.

Primeiramente, devido ao fato de se querer descobrir os porquês das transformações sociais, muito embora existam hoje modernas técnicas de verificação empírica. A explicação teórica é insuficiente.

Em segundo lugar, por causa do controle que o homem gostaria de exercer nas modificações sociais.

A realidade social pode ser observada pelo homem comum, este último pode até constatar o fenômeno da mudança social. Entretanto, somente através do indagar mais profundo, mais acurado, que essa realidade é vista como um processo, pois há dentro dele um desenvolvimento permanente.

A repetição social não ocorre, não há fixação dos fatos sociais. Mas, a interação é processo básico. Dela própria nascem tanto as normas que asseguram a própria continuidade desta interação, como a mudança.

Explicitamos abaixo:



O controle e a mudança caminham na sociedade simultaneamente, os dois juntos servem para manter e transformar a sociedade.

A mudança social fará às vezes do controle social quando houver situações novas que não foram resolvidas pelas respostas conhecidas, formais e estruturadas. Assim, a interação social originará fatos normativos. Podendo também a mudança social ser planejada e posta em prática por um ato normativo formal.

O sistema vai retratar a mudança e o controle. Estes últimos vão se evidenciar na estrutura biopsíquica social do indivíduo, particularmente. O mesmo, em seu desenvolvimento, modifica-se ou mantém-se. Assim:

INDIVÍDUO



SOCIEDADE (composta de características daqueles)

Deste modo, notamos três etapas:

1. A sociedade humana é o resultado da interação de elementos;
2. A interação é um processo;
3. A sociedade é um processo.

Podemos afirmar que a sociedade é dinâmica, porém, muitas vezes se expressa em ritmo lento e de difícil apreensão.

Seu equilíbrio decorre dos processos de relações humanas que se mantêm em harmonia relativa. Os relacionamentos dão-se em nível de: pessoa-pessoa e pessoa-coisa ou coisas que cristalizem mensagens mentais de dinamicidade.

A alteração notará-se-á com maior ou menor intensidade dependendo do tamanho e da forma dos relacionamentos. No entanto, há modificações que não são percebidas enquanto se efetuam, mas apenas quando decorridas de um longo período.

O controle formal na realidade brasileira

O controle social começa na socialização. Desde muito cedo faz-se presente a necessidade da formação do caráter social no processo de aprendizado do indivíduo.

Este dito processo pode ocorrer de maneira fácil quando se percebe uma força socializante direcionada de forma organizada ao destinatário da socialização. No entanto, esta última pode ser feita sem cuidados e sem moldes ideais e assim se tornar difícil.

A socialização é produto da interação e para sua eficácia necessita de papéis sociais definidos. em outras palavras, o papel social será a maneira como cada um atua dentro da sociedade não qual está inserido.

O indivíduo é um microcosmo a refletir o macrocosmo. Todo indivíduo é uma sociedade ambulante.

No Brasil atual, vasta parte da população está indo para a socialização como um todo, carentes de núcleos primários tais como a família e a escola.

Isto resulta em pessoas que não se enquadram nas normas sociais, morais, de Direito, etc.. Falta socialização adequada para toda comunidade.

A sociedade brasileira está sem oportunidade de ter um processo de socialização normal, natural ou adequado.

Na realidade, a adequação acontece apenas para um pequeno grupo. Mas, a socialização pede um comportamento uniforme, mesmo que essa padronização não seja perfeita uma vez que nunca se consegue igualdade total.

O homem em qualquer sociedade vai se socializar, pois, traz o potencial para ser gente. Porém, a semente precisa ser desenvolvida.

As pessoas aprendem a conformar-se com as normas sociais. Este é o primeiro momento em que o indivíduo, ainda criança, tem acesso a saber o que é certo e o que é errado dentro do grupo ao qual pertence. Isto deve ser feito com firmeza. Quando há quebra de valores, há muita transgressão. Para uma socialização normal é preciso passar por três estágios. O primário que é aquele onde a criança aprende a ser gente na família; o secundário, caracterizado pelas relações que a criança vive e aprende na escola e o complementar.

Por complemento entende-se aquilo que se acrescenta a alguma coisa para inteirá-la. O indivíduo parece que aprendeu tudo na família e na escola, porém somente com este dois últimos não consegue desempenhar o seu papel e, ao longo do ser crescimento necessariamente precisará de “remates” para uma socialização completa. Isto aprenderá da própria sociedade através do processo interativo que ocorre durante toda a vida do indivíduo.

No Brasil não se está buscando uma uniformidade, uma homogeneidade. A realidade é que estamos desagregando.

A influência da socialização é grande, nela a idéia de controle começa a ser transmitida suavemente. O controle social, por sua vez, atuará na formação do controle formal que resultará na norma.

A família no Brasil não está assumindo seu papel de responsabilidade, o Estado também não, e a mulher não está transmitindo bem o seu papel; necessitando de uma redefinição deste último em concordância com o homem.

Na antigüidade os papéis eram definidos. Com o advento da Revolução Industrial e a ampliação do mercado de trabalho da mulher acabou a nitidez, pois a sociedade organizou-se de tal forma que hoje é necessário repartir tarefas e há uma crescente probabilidade de redefinição de papéis que atingem também o homem e a estrutura familiar. Deste modo, todos estes são fatores que implicam a dessocialização das crianças.

O controle social mais eficiente dá-se através do Direito. Para sua efetividade há que se ter harmonia de valores, o que não ocorre no Brasil. Atualmente a idéia que impera é a de que é mais fácil transgredir do que obedecer.

Nas sociedades desenvolvidas ocorre:

MENSAGEM (valores da sociedade efetivados na norma)	REALIDADE (normas conscientemente respeitadas)	COERÊNCIA (socialização)
---	--	------------------------------------

Todavia, nas sociedades subdesenvolvidas, a exemplo do Brasil, processa-se diferentemente:

MENSAGEM (valores da sociedade efetivados na norma)	REALIDADE (Transgressão)	AUSÊNCIA DE COERÊNCIA (dessocialização)
---	------------------------------------	---

Isto nos leva a concluir que o controle formal, ou seja, o Direito, não está sendo obedecido, não se está conseguindo transmitir a mensagem corretamente e, se conseguida, não é correspondida.

O sentido da norma e a sua eficácia

É o sentido objetivo e subjetivo das ações coletivas, definidas pela norma que as tornam o ponto de referência significativa da ação social.

As normas apresentam-se de modo formal e informal mas sempre expressando o Direito, sentido do dever ser.

As normas informais fixariam o sentido do Direito espontâneo, natural social.

As normas formais oficializariam como objetivo positivo, esse direito de caráter extralegislativo. Realizando a função educativa, a função conservadora e a função renovadora. O Direito expressa-se na norma jurídica, seja formal ou informalmente, intimando a

cada integrante das relações sociais a efetivar o compromisso que voluntariamente assumiu e, voluntariamente, obrigou-se a cumprir.

Esse caráter obrigacional é o sinal próprio da norma jurídica.

Os conflitos que se manifestam durante todo o processo social, podem ser solucionados pelas próprias partes que é a solução do direito informal, através da negociação direta, mediação e do arbitramento, formas espontâneas para se garantir o Direito. Se, porém, não se chega a um acordo, existe a decisão judicial em que o juiz, membro imparcial da relação jurídica formal, aplicará o princípio da justiça que a própria sociedade fixou.

Existem, porém, os aspectos dinâmicos da sociedade uma vez que os fatos sociais são móveis. Não há estaticidade dos valores e por conseqüência há mudança de atitudes e de comportamentos diante das normas que objetivaram.

Os estudos de anomia representam um sintoma dessa rigidez ou estaticidade das normas diante de novos valores.

Os desvios, as omissões e as transgressões só se aplicam como resultado da falta de significado e motivação das normas.

Se é aceitável que o sistema normativo jurídico no expressar os valores do Direito, faça-o definindo as semelhanças objetivas e subjetivas diante das exigências e desses valores, somente a falta desse sentido de semelhança objetiva e subjetiva pode explicar o descumprimento dos compromissos.

O Brasil possui uma tradição escravista e feudal na sua colonização.

Nossas leis são o resultado de uma aristocracia que “leu” o liberalismo e em um segundo momento o socialismo.

Quando das influências liberais defendeu-se o direito de uma economia capitalista industrial, quando a realidade do Brasil era de relações escravistas e de servidão, de capitalismo mercantil. Por outro lado, defendeu-se um direito de economia socialista quando a economia do Brasil estava chegando ao capitalismo industrial.

Denotou-se uma tremenda dissonância normativa surgindo desde este período a problemática da existência de um sistema normativo e a falta de eficácia.

O sistema legal não está na realidade efetivando o Direito. No Brasil, o grupo está se conservando em função dos donos do poder.

As nossas leis conservam a estrutura real de poder. Quem manda é o rico. É o poder político.

O ideológico é o normal da vida judiciária brasileira. Pois aplicar a lei é também uma ideologia. A lei é uma ideologia.

Os juízes do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, são indicados politicamente. Dever-se-ia aplicar a adoção de um outro critério.

Os juristas práticos, por sua vez, tendem a uma aplicação apenas “*secundum leges*” e neste proceder configura-se a antidisciplinabilidade.

Somos o que pensamos, não pode existir o cumprimento fidelíssimo da lei, pois assim acontecendo o jurista desconhecerá a realidade social. Se os nossos juristas tivessem uma educação interdisciplinar é provável que a nossa realidade seria diferente da que se apresenta.

Estes tipos de procedimento só vão diminuir com a ciência empírica. A ciência aumenta a margem de acordo, as ideologias de desacordo.

Quanto mais científica for a mente humana, menos ideológica ela há de ser.

Uma opção de mudança

Somos o que foi nossa educação. Em nosso país a nossa educação não foi e não tem sido uma educação para a solidariedade.

Crencemos na idéia de que uns mandam enquanto outros obedecem, de que há sempre um hierarquicamente superior.

Vivemos em uma sociedade onde se incentiva a competição e isto se configura em um absurdo sociológico. A competição é luta que gera a contradição fundamental da opulência versus a miséria. então, jamais se alcançará um equilíbrio numa sociedade baseada em competição e conflito, por serem processos dissociativos que implica hierarquia e autoridade.

A autoridade é o exercício do poder onde há nítida separação entre governantes e governados implicando a possibilidade de uso da força.

Se no capitalismo o homem segue a rota para a racionalidade progressiva, ainda restam esperanças. Do contrário, segue-se a competição e deste modo ninguém poderá salvá-lo.

No socialismo, com a existência de um partido único nivelou-se a sociedade, ao menos teoricamente, do ponto de vista econômico, porém, o político manteve-se desnivelado.

Os capitalistas proclamam que o socialismo real teria fracassado, mas, esta é uma alegria que não vai

longe, pois há de vir o dia em que, por causa das crises internas, haverá a superação do sistema.

O bloco dos países socialistas ruiu por ter-se tornado uma ditadura e não por ser o capitalismo melhor do que o socialismo.

Uma opção com vista a mudanças concretas seria a ênfase no incentivo e a cooperação e não a competição. Muito embora seja o homem um ser competitivo por natureza, deveria atuar no processo de cooperação através de pessoas com sentidos integrados, o que não significaria necessariamente o Estado controlando tudo, porquanto na medida em que o homem fosse se tornando menos animal a necessidade de hierarquia, analogamente, desvanecer-se-ia.

Isto provocaria uma ligação mais estreita do Direito com a ética, alicerçados e justificados por valores tais como a união, a concórdia e a paz.

Vivemos num mundo moderno onde a perda de valores faz do ser humano o objeto e não o sujeito.

No Brasil desmorona-se o sentido de solidariedade.

Nomes de escândalos financeiros jamais apurados continuam soando como uma campanha acossando a má consciência do país.

Se a nação brasileira não consegue combater a corrupção, dívida externa galopante, a miséria permanente, começa, então, a acreditar na sua própria impotência.

A desilusão com que os brasileiros encaram o país hoje vai além da economia e da política; agora o que está em perigo de destroçar-se é a alma brasileira uma vez que situações de violência, de injustiça, de exploração do homem pelo homem estão gerando uma

sociedade castrada em sua ternura e, por isso mesmo, já quase sem esperanças.

Por muito tempo o mundo, e conseqüentemente os homens foram divididos pela idéia de que a solução para os problemas das nações viriam de sistemas econômicos e políticos. Das idéias de Adam Smith de um lado e as de Karl Marx e Engels do outro.

Ficou demonstrado que as mudanças não provêm de cima para baixo, do Estado para o indivíduo, como foi o caso da ex-União Soviética e demais países do bloco socialista.

Por outro lado, não nos iludamos com a idéia de que será com este capitalismo que as transformações surgirão.

Chegou o momento de questionar que tipo de sistema inspira o nosso ordenamento jurídico.

No tópico anterior, discutiu-se acerca da competição como um processo de afastamento. Assim, concluímos que a nossa socialização não está sendo feita no sentido da semelhança entre as pessoas. Esta sendo efetuada de forma desequilibrante. As pessoas vêm-se dessemelhantes e não fundamentalmente semelhantes par o equilíbrio do sistema.

Se há a pretensão de mudar a sociedade, devemos primeiramente buscar a transformação do homem. Sua mente e sentido de ética. E neste homem deve ser introjetada a consciência jurídica da necessidade da conduta. Sabendo ele que o dever a ser cumprido, assim deve ser feito não apenas porque a lei impõe e o Estado obriga-o a tal, mas, por possuir interiormente a consciência de que os seus atos atingirão a sociedade para a promoção da justiça ou injustiça, do equilíbrio ou desequilíbrio social.

Esta introdução configuraria a ressocialização, no sentido de uma reeducação da semelhança fundamental de todos os homens.

A Teoria Sociológica poderia apontar um modelo, ainda não existente, que pudesse provocar uma harmonia e equilíbrio através de um sistema em que a idéia de semelhança fosse a maior possível, onde houvesse gestão popular direta, descentralização, etc.. Seria uma construção teórica não estatista de um sistema que procuraria o bem-estar de todos e não apenas de determinado setor.

Até os dias atuais temos presenciado ideologias com roupagens científicas. O papel da ciência assim será da maior importância para o progresso do Direito, pois iluminará o caminho dos homens.

Para alcançar o progresso almejado no âmbito jurídico, o Brasil precisa despertar, no sentido de dar os primeiros passos neste objetivo da construção de um Direito de conteúdo ideológico apenas inevitável. Pois, ciência ideológica não existe; somente ideologia deixa de ser ciência; ciência com dosagem de ideologia é inevitável.

Ao verdadeiro cientista caberá uma real tolerância e uma abertura para o novo. Porquanto só há ciência quando se rompe a tradição e quando se é diferente do passado.

Referências Bibliográficas

- BODENHEIMER, Edgar, *Ciência do Direito*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1966.
- CARBONNIER, Jean, *As Hipóteses Fundamentais da Sociologia Jurídica Teórica*, do livro *Sociologia e Direito*, versão portuguesa de Nise Pontual.
- FARIA, José Eduardo, *A Sociologia Jurídica no Brasil*, Porto Alegre, Fabris Ed., 1991.
- LANE, Sílvia, *Psicologia Social – O Homem em Movimento*, São Paulo, Ed. Brasiliense, 1988.
- LEBRUN, Gérard, *O que é Poder*, São Paulo, Ed. Brasiliense, 1988.
- MACHADO NETO, A. L., *Sociologia Jurídica*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1987.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto, *O Direito Positivo Enquanto Subsistema Social* Caderno 57, Caruaru, Edição da Faculdade de Direito de Caruaru, 1985.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Ressocialización y Tratamiento de Delincente em Los Establecimientos Penitenciarios Españoles*, in: *La Reforma Penal*, Madrid, 1982.
- PARSONS, Talcott, *The Social System*, Free Press, 1951.
- REHBINGER, Manfred, *Sociologia del Derecho*, Madrid, Ed. Piramides, 1981.
- ROSA, F.A. de Miranda, *Sociologia do Direito – O Fenômeno Jurídico como Fato Social*, Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1976.
- SALDANHA, Nelson, *Sociologia do Direito*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980.
- SOUTO, Cláudio (e Solange), *A Explicação Sociológica*, São Paulo, EPU, 1985.
- SOUTO, Cláudio, *Ciência do Direito e Filosofia Jurídica no Limiar do Terceiro Milênio*, Texto.
- TOCQUEVILLE, Alexis, *Of Individualism in Democratic Countries*, Texto.
- TREVES, Renato, *Introduzione Alla Sociologia del Diritto*, Turim, Glulio Einandi Ed., 1977.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS

Maria Betânia Silva

Promotora de Justiça – Professora de Direito Constitucional da ESMape

Sumário

1. Introdução; 2. A incompatibilidade de argüição de inconstitucionalidade com a ACP: o ponto de interceptação; 3. Os contra-argumentos; 4 Conclusão.

1. Introdução

Este estudo consiste numa reflexão sobre argüição de inconstitucionalidade em sede de Ação Civil Pública¹.

Embora o tema não seja em si de muita originalidade, já que ocupa boa parte da literatura jurídica nacional e da esfera jurisprudencial², o entusiasmo pela questão constitucional como um fator de natureza jurídico-política na compreensão do direito e na produ-

ção de um saber jurídico renovado, guiou o interesse para investigá-lo mais de perto. Além disso, após a constatação de uma tendência doutrinária que sustenta a incompatibilidade de argüição de inconstitucionalidade com a ACP, esse interesse transformou-se numa tomada de posição sobre o assunto.

A conclusão a que se chegou, entretanto, não permite incluir este estudo nessa trajetória consensual de enxergar incompatibilidade entre a ACP e argüição de inconstitucionalidade. A divergência que o caracteriza em relação à tendência doutrinária decorre de uma perspectiva de abordagem sobre o sistema de constitucionalidade de leis distintas daquelas usualmente adotadas, ao mesmo tempo em que leva em consideração a natureza dos interesses que ACP tutela e as suas especificidades processuais.

Diga-se de passagem, porém, que essa tendência doutrinária à qual este estudo se opõe não exclui a consideração desses dois últimos aspectos, ou seja, a natureza dos interesses e especificidades processuais da ACP, mas, o fato é que ela não parece capaz de superar a análise do sistema de controle de constitucionalidade de leis aplicáveis à tutela de interesses individuais e aos conflitos de natureza intersubjetiva para, então, apreciá-lo na órbita dos conflitos metaindividuais.

Crê-se, assim, que há um equívoco no tratamento da questão constitucional quando deslocada para o âmbito da ACP e que termina por contaminar todo o raciocínio jurídico encontrado nas posições doutrinárias cuja tendência é concluir pela incompatibilidade entre ACP e a argüição de constitucionalidade.

Para o fim de demonstrar a ocorrência desse equívoco e desenvolver os argumentos em sentido contrário, este estudo adota, como paradigma do consenso

1 Ação Civil Pública passará, desde então, a ser abreviada ACP.
2 Ver trabalho de Arnoldo Wald, *Usos e Abusos da ação civil pública (análise de sua patologia)*, in *Revista Ajuris*, vol.6175-98, p.84-89. Também apel. civ.191130194, j. em 10.12.1991, da 1a. Câmara do Tribunal de Alçada do RS, vol.81, pags.216-217, cf. Arruda Alvim, *A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, in *Ação Civil Pública*, coord. por Edis Milaré, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, pags.152-162.

doutrinário do qual diverge, o trabalho do eminente jurista Arruda Alvim, publicado no livro *Ação Civil Pública – Lei n° 7347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação* e que se intitula “*A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*”³.

Arruda Alvim começa por situar-se em relação ao assunto, tratando da competência exclusiva do STF para declarar a inconstitucionalidade de lei que, como se sabe, é designado por toda a doutrina como controle *in abstracto*. Em seguida, assinala a existência de controle incidental, realçando o alcance dos seus efeitos que, também, como é sabido, somente se limita às partes em litígio.

Vislumbra, assim, os dois modos de exercício de controle de constitucionalidade de leis admitidas na sistemática constitucional brasileira, justificando o primeiro modo como aquele que se realiza “*confrontando a norma infraconstitucional com texto da Constituição para decidir de sua compatibilidade ou incompatibilidade com esta última*”⁴. E, o segundo como aquele que esta diretamente relacionado a um litígio.

Em seguida, advertindo para o alcance da coisa julgada na ACP, por força do art. 16, da Lei n° 7347/85, questiona os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade nesse tipo de ação, entendendo que isso contraria o princípio regulador dos efeitos dessas decisões ao qual até mesmo o STF se submete.

Para isso, tem em vista a discussão sobre se há ou não necessidade de suspensão pelo Senado de lei

3 Ver nota 2. op. cit.

4 op. cit. pag. 155

declarada inconstitucional pelo STF, salientando, contudo, que, se essa decisão deriva do controle incidental, com certeza, os seus efeitos atingem apenas às partes litigantes, mesmo que a inconstitucionalidade tenha sido pronunciada pelo STF.

Em linhas gerais, ao trazer a questão para a seara da ACP, Arruda Alvim conclui:

a) que a declaração de inconstitucionalidade em ACP, embora denominada de incidental, é na verdade um controle abstrato da lei, porque, primeiro se mostra por vezes desconectada de um verdadeiro litígio e, segundo, tem a pretensão de suspender a eficácia da lei em relação a todos que se encontram no âmbito de jurisdição em que a lei foi declarada inconstitucional. Assim, pode ocorrer que a invalidade e ineficácia de textos abranja parcela da federação, enquanto a maior parte dela se submete aos mesmos textos⁵.

b) que o STF, nesses casos, perde de vista o controle da constitucionalidade, sobretudo em não havendo interposição de recurso de uma decisão do Tribunal local⁶.

c) que, em ACP, se um juiz ou Tribunal declara a inconstitucionalidade de lei a sua decisão “*se insere no espectro de incidência dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, pelo STF, imiscuindo-se na competência privativa do STF*” haja vista, em especial, o efeito *erga omnes* dessas decisões judiciais nas ACP e a pretensão por vezes existente nesse tipo de ação de um “juízo nacional”⁷.

5 op. cit. pag. 157

6 op. cit. pag. 158

7 op. cit. pag. 160/161

d) que, no caso de haver uma ação declaratória de constitucionalidade perante o STF em relação à lei ou dispositivos de lei considerados inconstitucionais na ACP isso redundaria num conflito entre o STF e o juiz ou Tribunal que declarou a inconstitucionalidade, posto que em ambas as ações os efeitos da decisão são *erga omnes*.⁸

2. A incompatibilidade de arguição de inconstitucionalidade com a ACP: o ponto de interceptação.

Embora circunscritas ao trabalho aqui discutido, essas conclusões convergem para o ponto que é o objeto de reflexão deste estudo, qual seja: o de considerar incompatível a arguição de constitucionalidade com a ACP.

Com efeito, a dimensão coletiva das ACP e, por conseguinte, a extensão das decisões judiciais nela proferidas, processualmente, ocupam o espaço que se reconhece apenas ao STF quando provocado para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade das leis.

Posta a questão nesses termos, esse ponto de vista, que se traduz na expressão *incompatibilidade*, parece indiscutível. Os argumentos usados para sustentá-lo, no entanto, são do tipo que se pode designar como externos, no sentido de que estão à primeira vista e não surpreendem, conformando-se ao *sentido comum teórico* da maioria *dos juristas*⁹. Isto quer sugerir que, a questão constitucional, no caso, tem uma relevância,

8 op. cit. pag.161

9 Expressão usada em artigo do Prof. Luis Alberto Warat, O *Sentido Comum Teórico dos Juristas*, in *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*, org. por José Eduardo Faria, Brasília, Editora UnB, 1988, pag.31-41 e que segundo ele engloba "idéias gerais, pontos de vista hegemônicos, juízos éticos, religiosos, proposições científicas, fatores de coesão social etc".

mas da forma como ela é tratada a profundidade é apenas aparente.

Dito de outra maneira, o que de fato parece contar como maior argumento para a sustentação desse ponto de vista é a crença na estabilidade da ordem jurídica constitucional. Na verdade, subjaz a essa tomada de posição um certo receio de desequilíbrio constitucional, o que vem justificar a necessidade de se reivindicar a força jurisdicional do STF como se o problema constitucional em sede de ACP retirasse-lhe o poder de guardar a Constituição e lho delegasse, inadvertidamente, aos juízos inferiores¹⁰.

Pode-se dizer, enfim, que a afirmativa de incompatibilidade de arguição de inconstitucionalidade com a ACP para certa parcela da doutrina advém do fato de considerar o STF como espaço jurisdicional exclusivo da realidade constitucional e isso não é apenas uma questão de velar pela competência dessa Corte, mas, no fundo, reveste-se de uma preocupação em limitar ao seu âmbito de ação os conflitos sociais carregados de constitucionalidade.

Mas, já agora, é possível dizer que uma tal concepção é equivocada. Este é, sem dúvida, apenas um dos aspectos que contribuem para a formulação de uma crítica a essa doutrina.

De outro lado, ainda, atente-se, para a possibilidade de que essa doutrina erige-se a partir de uma visão estática da ordem constitucional, no sentido de que tende a privilegiar a produção legislativa em detrimento da atuação jurisdicional. Na realidade, ao rejeitar o papel e o poder dos juízos inferiores para declarar a

10 E o que Arruda Alvim deixa implícito quando afirma que o próprio STF poderia vir a se submeter a uma decisão declaratória de inconstitucionalidade em ACP, pag.158.

inconstitucionalidade de lei, em ACP, esta embutido nessa doutrina uma hipovalorização da atividade jurisdicional como um todo, sob o pretexto, contudo, de relevância de atuação do STF.

Pode-se afirmar, em contrapartida, que quanto a este último aspecto, ele somente se evidencia em relação aos juízos inferiores, porquanto, desde que o STF aparece como espaço privilegiado da realidade constitucional, a atividade jurisdicional frente à atividade legislativa, no caso, desponta, sem dúvida nenhuma, como bastante valorizada.

Tal afirmação se revela, na verdade, tão aparente quanto aquela que identifica, na ordem pragmática, a decisão declaratória de inconstitucionalidade em sede de ACP pelos juízos inferiores como uma decisão concorrente e substitutiva da decisão de inconstitucionalidade pelo STF, em razão do efeito *erga omnes*¹¹.

E, no caso, não poderia ser diferente porque, o aspecto acima apontado é apenas uma etapa de todo o raciocínio. Uma coisa decorre da outra. Ou seja, concluir pela incompatibilidade da arguição de inconstitucionalidade em sede de ACP porque os efeitos da decisão dirigem-se a todos e por isso confunde-se com o controle *in abstracto* que somente cabe ao STF conduzir, necessariamente, a considerar que a atividade jurisdicional mostra-se privilegiada, nas questões constitucionais, quando exercida pelo STF. Aliás, é essa idéia que o título, dado ao trabalho do Prof. Alvim, sugere.

11 O mesmo autor deixa claro que esse entendimento resulta do que comumente se vê na ordem prática. Ou seja, a propositura de ACP cujo fim é exclusivamente a declaração de inconstitucionalidade. Cita, no entanto, como exemplo, apenas um caso na página 159, nota 17.

Pois bem, mas onde está a distorção doutrinária que este estudo desde o início anunciou? O que sustenta a afirmação de que todos esses argumentos são externos à questão constitucional, no sentido de que não a aprofundam? Ou, em outras palavras, o que de errado existe na concepção doutrinária dominante que aborda a questão constitucional em sede de ACP se a ela subjaz o interesse de estabilidade da ordem constitucional, como se disse acima?

3. Os Contra-argumentos

A resposta à última indagação é o ponto de partida para compreender o sentido das demais e ao mesmo tempo respondê-las.

Sem dúvida, a preocupação com a estabilidade da ordem constitucional é o que norteia qualquer estudo elaborado nesse área.

Portanto, admita-se como correto o ponto de vista de que o problema não está na estabilidade constitucional em si, mas em como buscá-la. Essa busca, por seu turno, está condicionada a uma certa compreensão do que significa estabilidade constitucional.

Como afirma Maria Helena Diniz¹², em seu livro *Norma Constitucional e seus efeitos* a Constituição Federal é “norma-origem”, no sentido de que nela o legislador encontra “*seu limite, devendo obedecer à forma prevista e ao conteúdo anteposto*”.

Mas isso não implica de modo algum um engessamento da Constituição, como se ela não sofresse uma mutação devido a essa qualidade de norma-origem. Ao contrário. Isto significa que no sistema jurí-

12 Ver Maria Helena Diniz, *Norma Constitucional e seus efeitos*, São Paulo, Editora Saraiva, 1992, pag. 14 e 121.

dico-normativo formam-se cadeias normativas que têm início em várias outras normas origem. Cada lei surgida no mundo jurídico carrega consigo a presunção de constitucionalidade e produz efeitos e, somente quando declaradas inconstitucionais se lhes pode retirar a eficácia. Desse modo, são elas mesmas, essas normas inconstitucionais, geradoras de algumas outras, em razão do que a elas se atribui a qualidade de norma-origem.¹³

Por isso, não se pode falar em controle de constitucionalidade de leis se não se admite uma compreensão dinâmica da Constituição. Em outros termos, é preciso encontrar o elo entre a Constituição e a realidade social e normativa para que se sustente a efetividade da norma constitucional.

A idéia de Constituição, portanto, no pensamento da autora, como ela mesma afirma esta *"intimamente ligada ao processo do pensamento político e aos acontecimentos histórico-políticos"*¹⁴ para obter o mínimo de efetividade. E a conformação da Constituição com a realidade social é o que não só garante a estabilidade da norma constitucional, mas a sua eficácia.

Esse posicionamento encontra-se, de certo modo, resumido quando assim se expressa:

"... promulgada a Constituição, ergue-se o sistema, mediante o conhecimento científico-jurídico, que descreve as relações de interdependência normativa, revelando a preponderância da norma constitucional. O jurista deve, portanto, ter a preocupação de fixar e unir. Unir significa reduzir a uma unidade inteligível a multiplicidade de normas, conciliando-as logica-

13 Maria Helena Diniz, op. cit. pag.120/122.

14 idem, op. cit. pag.14.

mente, e fixar consiste em assegurar essa unidade no tempo, tendo em vista o ideal de justiça e de segurança jurídica.

As técnicas de controle do sistema, para solucionar a sua falta de unidade e coerência lógica, são, em regra, insuficientes porque todo destinatário da norma pode obedecê-la, ou não. Logo, sempre haverá possibilidade de norma inconstitucional elaborada irregularmente pelo legislador, e refratária, àqueles mecanismos, de forma que o sistema deverá, então, regular sua estrutura para que possa conviver com ela, prestigiando a autoridade, que a emitiu, garantindo a imperatividade da norma, mesmo que inválida. Será preciso, para tanto, que aquele preceito inconstitucional, criado por órgão competente, seja recepcionado pelo sistema por meio de regras de calibragem, ou regulagem, revelados pelo jurista, que explicam as relações entre validade e eficácia normativa" (op. cit., p.136).

Na esteira dos ensinamentos professados por Tércio Ferraz, por sistema de calibragem, ou regulagem, a autora admite *"um padrão circular de compreensão do sistema jurídico, em lugar de uma simples hierarquia"*. De modo que, do ponto de vista pragmático, *"o sistema normativo não dependerá de uma Constituição, nele há uma inter-relação entre normas que o modificam"*. E acrescenta, *"para a compreensão do sistema é mais importante do que a sua origem (a Constituição), a sua organização atual, de modo que o intérprete e aplicador, ao captá-lo, não deverá preocupar-se apenas com o escalonamento normativo, em termos de hierarquia de competências, compatibilidade de conteúdos, mas também... com relacionamentos cruzados, que poderão até mesmo desconfirmar hierarquias, ditados por princípios hermenêuticos ou*

por regras doutrinárias etc”, ainda seguindo o pensamento de Tércio Sampaio Ferraz. (*op. cit.*, p.137)

Com base no estabelecimento desse padrão circular do sistema jurídico é que a autora identifica inúmeros mecanismos de controle de constitucionalidade vislumbrados pela nossa ordem jurídica, dentre eles: o *habeas-data*, o mandado de injunção, a Ação Popular, o *habeas-corporis* etc. Seguindo essa perspectiva é que este estudo pretende incluir nesse elenco de técnicas, a Ação Civil Pública.

Mas a abordagem sobre a argüição de constitucionalidade em sede de ACP, através da qual emergem os primeiros indícios de divergência com a doutrina dominante não fica por aí.

Por enquanto, respondeu-se apenas à última indagação que dizia respeito à estabilidade constitucional mediante uma concepção renovada da ordem jurídica e de uma proposta de afastamento do paradigma normativista consubstanciado na obra de Hans Kelsen e que influenciou toda a produção do saber jurídico contemporâneo.

Mas que outros argumentos se pode focalizar para aprofundar o tema? Na realidade, a proposta de afastamento desse paradigma não se mostra completo apenas por conferir essa apreensão inovadora do ordenamento jurídico e, em especial, do sistema normativo constitucional. Ela vai mais além, incluindo, necessariamente, uma nova visão da atividade jurisdicional nesse campo do direito.

Alias, o texto transcrito do livro de Maria Helena Diniz antecipa esse aspecto ao atribuir ao intérprete e aplicador da lei uma preocupação com o cruzamento das várias produções normativas possíveis em qualquer ordem jurídica. Assim, pergunte-se: não é o juiz o mais legitimado intérprete da lei?

Sem dúvida alguma, dificilmente, se pode escapar de uma resposta positiva a essa indagação. E o juiz o intérprete da lei por excelência. De forma que tanto melhor ocorra a sua consagração como autoridade capaz de decidir acerca da conformação à ordem constitucional das leis ordinárias.

O seu papel, portanto, se apresenta, nesse caso, muito mais amplo do que aquele que exerce comumente.

Ocorre, porém, que nem sempre, ou melhor, nem em todas as sociedades ele é assim desempenhado. No Brasil, em particular, se mostra tão reduzido que deixa de ter uma expressão convincente ou quando passa tê-la desperta o receio de usurpação.

Em magistral estudo sobre o Poder Judiciário no Brasil, o Professor cearense José de Albuquerque Rocha¹⁵, no seu livro *Estudos sobre o Poder Judiciário* demonstrou a contradição do modelo constitucional brasileiro inspirado no modelo americano. Assinala o autor que, ao fim e ao cabo, este último modelo representou apenas mera transposição para o contexto brasileiro e não se ajustou nem se ajusta à nossa realidade.

O autor traça um paralelo entre o modelo constitucional europeu-continental que, por razões históricas, adota um sistema de controle político sob o critério concentrado e o modelo americano que é do tipo jurisdicional, difuso e concentrado, ao mesmo tempo.

Através desse paralelo, demonstra o privilégio concedido ao Poder Legislativo, na Europa-continental¹⁶ em contraposição àquele concedido ao Poder

15 Rocha, José Albuquerque, *Estudos sobre o Poder Judiciário*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, cap.4, pag.102

16 Saliente-se que essa afirmativa tem mais a ver com o sistema francês, por exemplo, distanciando-se do sistema alemão.

Judiciário, nos Estados-Unidos, o que faz com que, naquele continente, a atitude jurisdicional mantenha coerência com o paradigma normativista que reduz o direito à produção da fonte legislativa e, o mesmo não ocorra na América do Norte.

Transpondo esse raciocínio para a realidade brasileira, o autor conclui que apesar da adoção do modelo constitucional americano, onde a atividade jurisdicional é privilegiada – tanto assim que derivou no movimento do realismo jurídico –, no Brasil, a tendência é de submissão do juiz à lei – esta, enquanto produção legislativa – acentuando com isso a falta de “poder criativo”¹⁷ o que, na verdade se coaduna com o paradigma lógico-formal.

Por isso, conclui seu estudo pugnando pela necessidade de um tribunal constitucional no Brasil a fim de que, então, se estabeleça uma coerência entre a prática jurisdicional e o modelo constitucional.

Não obstante o brilhantismo com que o autor expõe os argumentos para subsidiar essa sua conclusão, nela se pode detectar uma tendência à conservação do papel do juiz ordinário tal como ele o vem desempenhando. Para o autor, a Corte constitucional imporia um perfil jurisdicional determinado pelo conhecimento interdisciplinar e com responsabilidade política dos seus agentes.

Mas, o que dizer nessa perspectiva, dos juízes de instâncias inferiores? Nessa perspectiva, ao que parece, ser-lhes-ia retirada a necessidade de uma formação interdisciplinar e, por conseguinte, a formação técnico-jurídica, desenvolvida sob o paradigma lógico-formal permaneceria ainda como útil e adequada.

17____. op. cit., pag. 103.

Com essa digressão retoma-se aqui o outro ponto de divergência que se pretende discutir no tocante à arguição de inconstitucionalidade em sede de ACP.

A tendência doutrinária afirmativa de incompatibilidade dessa arguição com a ACP deixa entrever, embora seguindo por outros caminhos, que em relação aos juízes das instâncias inferiores não lhes cabe assumir o papel de controladores da Constituição nesse tipo de Ação.

Os argumentos já são conhecidos. São aqueles denominados neste estudo de externos à questão constitucional. Para relembrar, em síntese, eles residem na afirmação de que em sede de ACP o controle de constitucionalidade de leis se confunde com aquele que cabe exclusivamente ao STF, porque, em geral, a questão da inconstitucionalidade em ACP esta desconectada com o litígio que a motivou. E, ademais, tem efeitos *erga omnes* em virtude do que preceitua o art.16, da Lei n° 7347/85.

Em outras palavras, e em rebate a essa opinião, abra-se aqui um parêntese para dizer que é como se a inconstitucionalidade não emergisse do caso concreto, quando, se sabe que é exatamente pelo fato de que uma lei causa um conflito de dimensões coletivas que a inconstitucionalidade dela é argüida. Não poderia ser de outra forma.

Mas, ultrapassada a idéia de que o STF detém com exclusividade espaço da realidade constitucional mediante a adoção do padrão circular da ordem jurídico – normativa, então, por via de consequência, superada estará também a idéia de a incompatibilidade de arguição de inconstitucionalidade com a ACP por causa da confusão que se opera entre a decisão declaratória de inconstitucionalidade nessa ação e aquela pronunciada pelo STF.

E se isso ocorre, é precisamente devido à natureza dos interesses que estão em jogo na ACP. Os interesses são de natureza coletiva, os efeitos da decisão beneficia à coletividade, em geral.

Assim, se inconstitucionalidade existe e vem a ser declarada pelo juízo perante o qual essa ação foi proposta, os efeitos da decisão são consequência da natureza da ação e dos interesses por ela tutelados suspendendo a eficácia normativa do texto impugnado na jurisdição na qual ela se estende. Se esse jurisdição inclui parte da federação ou a federação como um todo, no caso de se pretender a jurisdição nacional de que fala Arruda Alvim, é evidente que não se pode inibir os efeitos dessa decisão.

Para melhor precisar o alcance de competência tenha-se como bastante elucidativo o livro de Hugo Nigro Mazzilli¹⁸ que ao tratar da competência em ACP, considera importante verificar a existência de competência da justiça federal ou estadual, porque, segundo ele, não se pode confundir "*os efeitos que uma sentença pode produzir em todo o país, com a jurisdição, que o juiz pode não ter sobre todo o território nacional*".¹⁹

Esse fato, acredita-se, não autoriza a doutrina a se opor à arguição de inconstitucionalidade em sede de ACP porque ela se mostra similar àquela que se suscita perante o STF, por via direta.²⁰

18 Mazzilli, *A Defesa dos Interesses difusos em juízo*. 7a. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo : Saraiva, 1995, 19__ op. cit. pag.222.

20 Possivelmente, talvez so em relação à matéria tributaria se possa defender a idéia de incompatibilidade entre a arguição de inconstitucionalidade e a ACP. Isto, porém, devido à especificidade da matéria tributaria que não permite uma interpretação dos conflitos, nessa area como de natureza difusa ou coletiva.

Pois bem, nenhum óbice existe em incluí-la como um controle abstrato da lei²¹, inclusive porque isto não vem a contrariar o dispositivo Constitucional que confere competência ao STF para processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade (art.102, inciso I, da C.F.).

No caso aqui em questão, o controle não decorre do exercício pela via direta. Na verdade, na sua origem ele se apresenta como incidental, no sentido de que nasce no bojo de ACP e pode não exaurir o seu objeto. Os seus efeitos, estes sim, é que assumem as características atribuídas, pela própria doutrina, ao controle abstrato que, em geral, se exerce por via direta.

Mantém-se, porém, íntegro em relação ao controle de constitucionalidade de leis o critério difuso que permite a todo e qualquer órgão do Poder Judiciário decidir sobre essa questão.

Admite-se, por evidente, que em termos de ACP, os efeitos dessa declaração se expandem, muito além dos limites que normalmente se lhes impõe, mas na sua origem a arguição permanece, nos termos da doutrina dominante constitucional dominante, como do tipo incidental e o critério de controle difuso.

Enfatize-se, portanto, o uso desse critério difuso como aquele que permitirá aos juízes inferiores o amplo exercício da atividade jurisdicional, fortalecendo-a e delineando-lhes um perfil afastado do paradigma lógico-formal que caracteriza essa atividade no Brasil.

Além disso, através do desempenho desse papel de controlador da constitucionalidade, o Judiciário, em todas as instâncias, passa a assumir uma tarefa que a

21 Trata-se, no dizer de alguns constitucionalistas de controle em hipótese que pressupõe um litígio.

História do país parece lhe atribuir. Trata-se de uma tarefa de natureza político-jurídica.

Embora a seu cumprimento possa representar algum risco para o Poder Judiciário, na medida em que contribui para o seu desgaste e isto é, sem dúvida, indesejável, como escapar a esse destino histórico? Afinal, o desgaste já se agregou à estrutura desse Poder e o papel que lhe cabe desempenhar é muito maior do que o juridicamente desejável.

É esse fenômeno de desgaste, aliás, que subsiste na discussão sobre a crise do Judiciário e decorreu não propriamente do fato de haver o Judiciário se envolvido com as questões sociais emergentes, mas, ao contrário, por haver se distanciado delas, atrofiando-se, e por haver reduzido a sua tarefa a uma técnica-jurídica que não garante a efetividade das normas jurídicas.

De outra parte, como assinala Rodolfo Mancuso, na seu livro *Interesses Difusos*, “hoje se reconhece que a ação em justiça, quando se trata de interesses supraindividuais, é uma forma de participação comunitária na gestão da coisa pública... Não se trata de “inchamento” do Poder Judiciário, porque, quando ele outorga tutela aos interesses metaindividuais, não está desenvolvendo atividade de “suplência”, é a sua própria atividade, de outorgar tutela a quem pede e merece”.²²

Apesar de correta a assertiva, pode-se acrescentar a isso que esse papel do Judiciário representou mesmo um alargamento da sua função nas sociedades contemporâneas e, no Brasil, especificamente, resulta numa tarefa política que o ordenamento jurídico acabou por lhe outorgar.

22 Mancuso, Rodolfo. *Os Interesses Difusos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, pag.96.

4. Conclusão

Assim, o que parece evidente numa tal abordagem da questão constitucional, em sede de ACP, é que esse papel político já o exerce o próprio STF ao se manifestar, por provocação pela via direta, acerca da inconstitucionalidade das leis. A ausência de uma Corte Constitucional no país, terminou por atribuir ao STF, sozinho o exercício, em essência, dos dois tipos de sistema de controle de constitucionalidade: o jurisdicional e o político. O primeiro geralmente exercido na utilização de um critério difuso, o segundo em virtude da adoção do critério concentrado que se manifesta, comumente, na escolha da via direta.

Ou seja, embora a doutrina constitucionalista afirme que, no Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade de lei é do tipo jurisdicional, porque atribuído aos órgãos do Poder Judiciário, e que se exerce sob o critério difuso – quando a via é incidental – e concentrado, quando por via direta, neste último, o controle jurisdicional assume foros também de um controle político.

A inconstitucionalidade de leis, é afinal, uma espécie de conflito que possui uma carga política muito significativa. E, ao ser argüida por via direta, o deslinde jurídico dessa questão começa e termina no STF que, não raro, assume sozinho os custos sociais dessa decisão.

Pensar, portanto, na argüição de inconstitucionalidade em ACP significa a um só tempo levar em conta os aspectos positivos e negativos que a questão constitucional envolve aqui e em qualquer país.

O lado positivo se traduz, enfim, num fortalecimento da autoridade judiciária no âmbito de sua jurisdição, possibilitando-lhe a manifestação de um poder

criativo nas decisões, as quais sob a inspiração dos princípios constitucionais busca a conformação da ordem normativa constitucional à realidade social e, assim, se aproxima do ideal de efetividade.

O lado negativo consiste no risco de uma excessiva contaminação política das decisões judiciais. Mas, paradoxalmente a sensibilidade política do Judiciário é uma exigência de adequação da atividade jurisdicional à realidade, para que desse modo esse Poder possa atender ao seu papel de instância solucionadora de conflitos.

Enfim, como afirma Rodolfo Mancuso *"fica evidente que um dos grandes problemas suscitados pela tutela dos interesses difusos é de ordem política"*²³ e disso não escapa a questão da argüição de constitucionalidade de leis, onde a natureza política de sua existência e exercício precede a consagração pela ordem jurídica constitucional da ACP.

Talvez resida aí – na agudeza da dimensão política com que as questões são tratadas numa e noutra ação – o bloqueio doutrinário para admitir a compatibilidade entre elas.

Se incompatibilidade existe, crê-se que esta não se manifesta propriamente no terreno jurídico, mas no terreno político dada as conseqüências geradas por um conflito coletivo que acumule em seu núcleo tamanha carga política. Sem dúvida, isso pode ultrapassar o nível de resistência conflitual admissível para qualquer sociedade, mas excluir dos órgãos do Poder Judiciário a necessidade de avaliar esses conflitos em todas as suas dimensões tal como lhe são levados, também não contribui para reduzi-los ou mesmo neutralizá-los.

23 ____ . op. cit., pag.100

Prática

SENTENÇA CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE CONSUMO.

RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS

SENTENÇA

Proc. nº 00195025323-6

Tombo nº 20.255

(Sentença do Dr. *Jorge Américo Pereira de Lira*, Juiz de Direito da Capital e Supervisor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE.)

Ementa: **RELAÇÃO DE CONSUMO – RESCISÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO POR VÍCIO DO PRODUTO – SOLIDARIEDADE PASSIVA – PERDAS E DANOS.**

I. Todos aqueles que intervierem no fornecimento dos produtos de consumo de bens duráveis ou não duráveis, em face do consumidor, são solidariamente responsáveis, sem culpa, por vícios de qualidade ou quantidade, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor.

II. Nas relações de consumo, ante a supremacia da ordem pública, prevalece o dogma “*jus publicum privatorum pactis mutare non potest*”.

III. Não sendo os vícios surgidos devidamente sanados dentro do trintídio legal (art. 18, § 2º, da Lei 8.078/90) – nem estando a consumidora satisfeita com as condições do automóvel – afiguram-se inteiramente ade-

quadas à espécie dos autos as alternativas oferecidas pelos incisos do parágrafo primeiro do citado art. 18, do Código do Consumidor, dê, *in casu*, a extensão dos enguiços e a substituição das partes defeituosas comprometeram as qualidades essenciais do produto, diminuindo-lhe, dessarte, o respectivo valor.

IV. É inteiramente desarrazoado exigir da consumidora – que contratou na convicção de estar adquirindo um bem de altíssima qualidade tecnológica, como, aliás, apregoam as milionárias campanhas publicitárias empreendidas pela fabricante e sua rede de concessionárias – permanecer com um produto seriamente comprometido em suas qualidades básicas, mormente após esgotado o prazo previsto no parágrafo primeiro do art. 18, do Código do Consumidor.

V. Por outro lado, como autorizado pela regra gizada no art. 18, parágrafo primeiro, inc. II, última figura, desse mesmo diploma legal, é legítimo à Autora haver perdas e danos, em decorrência daquilo que efetivamente perdeu por efeito direto do consumo do produto viciado.

Provimento do pedido.

Vistos etc.

Trata-se de ação de rescisão de compra e venda cumulada com perdas e danos ajuizada, pelo rito comum ordinário, por **SÉRGIO CABRAL E CIA. LTDA.** em face de **GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA.** e **CAXANGÁ VEÍCULOS LTDA.**, to-

dos devidamente qualificados na petição introdutória de fls. 02/08, alegando a Autora, como causa de pedir, que, a 25 de agosto de 1994, adquiriu por compra à segunda ré um automóvel da marca GM, tipo Vectra - CD – automático, chassi nº 9BGLL19BRRB313446, mediante o preço global de R\$ 34.000,00 (trinta e quatro mil reais), liquidado à vista, sendo certo que, “apesar de se tratar de um carro sofisticado e caro, considerado inclusive top de linha”, com apenas oito (08) dias de uso começou o mesmo a apresentar, reiteradamente, defeitos diversos, o que, mesmo com a substituição de peças e acessórios viciados, comprometeu bastante as qualidades essenciais do produto, diminuindo-lhe o valor.

Em razão disso, pleiteia a Autora a restituição da quantia paga, monetariamente atualizada, e mais perdas e danos.

À peça atrial, instruindo-a, foram juntos os documentos de fls. 09 *usque* 40.

Regularmente citada (cf. fls.51/52), a primeira ré (GENERAL MOTORS DO BRASIL S.A.), fabricante do produto, ofereceu resposta, sob a forma de contestação (cf. fls. 58/67), ocasião em que, em longo arrazoado, se indisciplina contra a pretensão autoral, argüindo, resumidamente, que todos os defeitos porventura apresentados foram devidamente sanados, não ocorrendo qualquer comprometimento às qualidades essenciais do produto ou diminuição do seu valor.

Produziu com a peça de bloqueio os documentos de fls. 68/103.

Após devidamente citada (cf. fl. 54), a segunda ré (CAXANGÁ VEÍCULOS LTDA.), fornecedora do produto, por sua vez, apresentou a contestação de fls.55/56, momento processual em que argüi, tão so-

mente, sua ilegitimação para figurar no pólo passivo da demanda, dê-se que, segundo argumenta, apenas comercializou o bem objeto da lide; esclarecendo, ademais, que, consoante o “termo de garantia”, de emissão da própria fabricante, os eventuais vícios da coisa são de inteira e exclusiva responsabilidade desta.

Sobre as contestações, disse a Autora às fls. 105/119.

Assim, vieram-me os autos conclusos para o deslinde.

É o relatório. **Decido.**

Cuido, de preâmbulo, que o feito comporta o julgamento antecipado da lide, a teor da regra cogente estampada no art. 330, I, do CPC, nada justificando, pois, na espécie, a abertura de dilação probatória em audiência.

A preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* oposta pela segunda ré não merece convalidar. De fato, consoante preconiza a regra compendiada no art. 18, caput, da Lei nº 8.078, de 11.09.90 (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor), todos aqueles que intervirem no fornecimento dos produtos de consumo de bens duráveis ou não duráveis, em face do consumidor, são solidariamente responsáveis, sem culpa, por vícios de qualidade ou quantidade, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor.

A solidariedade, instituto jurídico previsto no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, será aplicada com os contornos estabelecidos pela lei civil.

“O consumidor, em razão da solidariedade passiva, tem direito de exigir e receber de um ou alguns daqueles que intervieram nas relações de fornecimento, parcial ou totalmente, a sanção do vício ou, esta

não sendo levada a efeito, quaisquer das alternativas oferecidas no parágrafo primeiro desse artigo (ver art. 25, parágrafos primeiro e segundo)” (Código do consumidor comentado, ARRUDA ALVIM et al., 2ª ed. rev. e ampl., 2. t. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, pág. 145).

Conseqüentemente, “querendo, pode o consumidor acionar o comerciante e o fabricante do produto, simultaneamente, no mesmo processo, em *litis-consórcio* passivo dos dois, pela totalidade do pedido, por serem devedores solidários” (ob. cit., pág. 145).

Posta, assim, essa prévia, passo ao exame da matéria de fundo da controvérsia.

Consoante se observa da farta prova documental carreada aos autos, o veículo automotor objeto do contrato mercantil sob exame foi retirado da agência em 26.08.95 (uma quinta-feira) e, logo na primeira semana, apresentou imperfeição no compressor do ar-condicionado, barulho nos vidros das portas e uma “vibração com barulho, como se fosse no sistema de escape” (v. docs. de fls.11/12). Acerca dessa primeira impropriedade, esclarece a Autora que “somente depois de vinte e quatro (24) dias após o recebimento do carro, o compressor/correia foi trocado.” A segunda ré alegara, na época, que não dispunha da peça de reposição nesta capital.

Assevera a Autora que os demais enguiços constatados permaneceram sem sanção.

Em viagem à cidade de Curitiba – PR, além de se deparar com as baldas primitivas, relata o representante legal da Autora que o computador de bordo passou a apresentar problema, “marcando quase tudo errado.” O que levou a Autora a conduzir o automotor para a oficina da revenda autorizada CCV-COMER-

CIAL CURITIBANA DE VEÍCULOS LTDA (v. doc. de fl. 13), naquela cidade, onde se constatou que os vidros elétricos estavam com defeito e foram substituídos, procedendo-se, outrossim, a serviços outros para conserto do “computador de bordo”; sendo significativo gizar-se que, nessa mesma ocasião, foi o representante legal da Autora alertado que “o carro tinha problema na coluna e caixa de direção”, fazendo-se mister a substituição de peças, o que somente não foi feito de imediato ante a falta no comércio especializado do material de reposição.

Em 03.11.94, por oportunidade da revisão de 10.000 Km, deu o automóvel entrada na oficina da segunda ré, reclamando a Autora dos seguintes desarranjos: direção vibrando e fazendo barulho (em trepidação), problema no câmbio, infiltração de ar externo pelas portas e rádio que não sintonizava nenhuma emissora fora do perímetro urbano (v. doc. de fl. 14). Sustenta a Autora que, após realizados os serviços e efetuadas trocas de peças, o automotor permaneceu apresentando os mesmos defeitos.

Ante a persistência dos problemas, a Autora, decidindo por mudar de oficina autorizada, conduziu o seu automotor para a VENEZA VEÍCULOS S.A., sendo certo que, consoante discriminação constante da Ordem de Serviço nº 65447 (fl. 15), não funcionavam regularmente os seguintes equipamentos: ar condicionado, computador de bordo, coluna de direção (apresentando barulho) e rádio. História a Autora que, nessa ocasião, se verificou que “o tensor da correia” apresentava impropriedade, razão por que esta (correia) estava “desgastada”; esclarecido que foi a correia substituída por outra, mas, ante a falta de peça, foi mantido “o tensor defeituoso”. Ainda nessa oportunidade foi

“trocado também o chicote do câmbio automático” (v. fls. 16, 17 e 18).

Além dos enguiços já apresentados e constatados (e não solucionados satisfatoriamente), a 09.01.95 o automotor retorna às oficinas da VENEZA VEÍCULOS S.A., depreendendo-se da Ordem de Serviço nº 66.817 (v. fl. 19) que apresentava imperfeições no funcionamento do ventilador, painel de instrumentos, direção e câmbio.

Em 19.01.95, mais uma vez o automóvel é reconduzido às oficinas da VENEZA VEÍCULOS S.A. Motivo: o “coxim direito do motor” apresentava deficiência e necessitava ser trocado (v. doc. de fl. 21); o que, contudo, não é feito ante a falta de peça para a substituição.

Em 07.02.95, o automotor retorna às oficinas da VENEZA VEÍCULOS S.A. Os “senões” se agravaram: o câmbio automático estava quebrado, não permitindo a mudança de marcha. Outrossim, ocorria “vazamento pela mangueira da caixa de marcha” (v. doc. de fl. 22). O problema, já bastante grave, toma uma dimensão ainda maior: o carro fica confiado à concessionária, que alega não dispor das peças necessárias para substituição. Assim, após oito (08) idas e vindas às oficinas autorizadas (tudo dentro do chamado “prazo de garantia”), a Autora fica impossibilitada de usufruir do veículo automotor novo, moderno, sofisticado, “top de linha”, caro e que adquirira há apenas seis (06) meses!

Do exposto, consoante o que ficou irretorquivelmente demonstrado nos autos, não sendo os vícios surgidos devidamente sanados dentro do trintídio legal (art. 18, § 2º, da Lei 8.078/90) – nem estando a consumidora satisfeita com as condições do automó-

vel –, cuidando inteiramente adequadas à espécie dos autos as alternativas oferecidas pelos incisos do parágrafo primeiro do citado art. 18, do Código do Consumidor.

Em nada socorre as demandadas a circunstância – consoante o alegado na contestação da primeira ré – de o automóvel, hoje, após um período nas oficinas da fabricante para sanção dos enguiços (o que apenas comprova a séria gravidade destes), estar à disposição da Autora, posto que, **in casu**, a extensão dos vícios e a substituição das partes defeituosas comprometeram as qualidades essenciais do produto, diminuindo-lhe, dessarte, o respectivo valor.

Parece-me inteiramente desarrazoado exigir da Autora – que contratou na convicção de estar adquirindo um bem de altíssima qualidade tecnológica, como, aliás, apregoam as milionárias campanhas publicitárias empreendidas pela fabricante e sua rede de concessionárias, para depois submeter-se a uma situação psíquica de profundo desgosto e frustração – permanecer com um produto seriamente comprometido em suas qualidades básicas, mormente após esgotado o prazo previsto no parágrafo primeiro do art. 18, do Código do Consumidor.

Por outro lado, como autorizado pela regra gizada no art. 18, parágrafo primeiro, inc. II, desse mesmo diploma legal, é legítimo à Autora haver perdas e danos, em decorrência daquilo que efetivamente perdeu por efeito direto do consumo do produto viciado. Essas perdas e danos compreendem, **in casu**, indenização pelas despesas efetuadas pela Autora com seguro do veículo viciado, emplacamento e licenciamento do mesmo, bem como diárias de hotel pela permanência forçada na cidade de Curitiba-PR e aluguel de táxi para

locomoção durante os dias em que o automotor se encontrava entregue a oficinas autorizadas para consertos.

Não deve ser confundida a devolução da quantia paga atualizada, quando da rescisão do negócio jurídico, por vício do produto, com a indenização oriunda de danos ao consumidor. Isto porque, como anota ARRUDA ALVIM, “o fato do produto trazer em si a idéia de indenização por quaisquer perdas e danos (art. 12, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor), enquanto que o vício implica em direito à sanção do mesmo ou no seu lugar, alternativamente, às possibilidades dos incisos I a III, do parágrafo primeiro, deste art. 18” (ob. cit., pág. 150).

Doutra parte, impende notar que na espécie dos autos está perfeitamente caracterizado, como elemento constitutivo da responsabilidade civil, o nexo de causalidade entre o vício do produto e os prejuízos experimentados pela Autora.

Isto posto, JULGO PROCEDENTE o pedido prefacial formulado pela Autora e, em conseqüência, com fulcro na regra erigida no art. 18, parágrafo primeiro, inc. II, da Lei nº 8.078/90, considerada a opção eleita pela consumidora, ao tempo em que decreto a rescisão do negócio jurídico, condeno as Rés (solidariedade civil passiva) a restituírem àquela a quantia paga para a aquisição do produto (veículo automotor descrito e caracterizado nos autos), monetariamente atualizada, a partir do respectivo desembolso, acrescida de juros de mora de 6% a.a., a contar da citação inicial.

Condeno as Rés, outrossim, a restituir à Autora, monetariamente corrigido a partir dos respectivos pagamentos, tudo que esta desembolsou com seguro,

emplacamento e licenciamento do veículo objeto da lide e as diárias de hotel na cidade de Curitiba-PR (desde que documentalmente comprovadas), bem como as despesas com os alugueres de táxi para locomoção nesta capital ao tempo em que o automóvel viciado esteve confiado a oficinas autorizadas para os serviços reclamados (v. art. 18, parágrafo primeiro, inc. II, última figura, Lei nº 8.078/90), esclarecido que esta última verba deverá ser depurada mediante liquidação por arbitramento, incidindo, por igual, juros de mora de 6% a. a., a partir da citação.

Arçarão as Rés, ainda, em homenagem ao princípio do sucumbimento, com o pagamento das custas processuais adiantadas pela parte autora e da verba honorária advocatícia, esta arbitrada em 20% sobre o total da condenação.

Custas *ex lege*, já satisfeitas por antecipação.

Recife, 22 de agosto de 1996.

Jorge Américo Pereira de Lira
Juiz de Direito

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO LEGISLATIVO. CÂMARA MUNICIPAL

Processo Cível nº 5 7 8 4 / 8 9

Mandado de Segurança

Impetrantes: José Carlos de França Lima, Artur da Silva Rêgo, José Hélio Barbosa Barros, Lucila Mercês Medeiros Silva, Jânio Fernando Piacó da Silva, Manoel Veiga de Lira Filho, Sizino Ferreira Lima Neto, José Vanildo da Silva, Gilberto Aguiar Interaminense e Jucilete Maria Gomes Cavalcanti.

Advogado: Bel. Glauco de Almeida Gonçalves

Impetrado: A Câmara Municipal do Município do Surubim

SENTENÇA

Vistos etc.

José Carlos de França Lima, brasileiro, casado, médico, atualmente exercendo a função de Vice-Prefeito do Município; **Artur da Silva Rêgo**, brasileiro, casado; **José Hélio Barbosa Barros**, brasileiro, casado; **Lucila Mercês Medeiros Silva**, brasileira, casada; **Jânio Fernando Piacó da Silva**, brasileiro, casado; **Manoel Veiga de Lira Filho**, brasileiro, casado; **Sizino Ferreira Lima Neto**, brasileiro, casado; **José Vanildo da Silva**, brasileiro, casado; **Gilberto Aguiar Interaminense**, brasileiro, casado e **Jucilete Maria Gomes Cavalcanti**, brasileira, viúva; todos vereadores no exercício constitucional de mandato eletivo na Câmara Municipal do Surubim, devidamente representados por Advogado constituído, com amparo nas dis-

posições dos artigos 5º, *caput*; 5º inc. LXIX; art. 37 *caput* e 37 inc XV da Constituição Federal de 05.10.1988, c/c o artigo 1º da Lei 1533 de 27.12.51, admitido o procedimento especial da lei referida, impetram “**MANDADO DE SEGURANÇA**” objetivando anular ato resolutivo de fixação de vencimentos e subsídios pela legislatura anterior para a atual, da Câmara de Surubim, representada hoje pelo seu Presidente, Vereador Cacildo de Souza Borba.

Articula, no petitório prefacial do **MANDAMUS**, o seguinte:

a) Que a Câmara Municipal do Surubim era constituída na legislatura anterior por nove vereadores, passando para dez na atual, dos quais apenas foi reeleita a Vereadora Lucila Mercês Medeiros Silva.

b) Que após se reunirem apenas dezoito (18) vezes no ano de 1988, e em data de 27.12.88, no apogeu de seus mandatos, os vereadores da legislatura anterior que não lograram êxito na reeleição, por maioria de votos, em ato de resolução de puro revanchismo político, valendo-se de disposição constitucional, de má-fé, com caráter personalista e imoral, em flagrante ofensa ao art. 37 da Constituição Federal, fixaram, vencimentos e subsídios para a legislatura seguinte, recém eleita e ainda não empossada naquela data, **reduzindo-os**, ou seja: o Prefeito que na legislatura anterior percebia NCZ\$ 2.294,00 (dois mil duzentos e noventa e quatro cruzados novos), pela Resolução passou a perceber NCZ\$ 468,00

(quatrocentos e sessenta e oito cruzados novos). O Vice-Prefeito que percebia NCZ\$ 1.147,00 (Hum mil cento e quarenta e sete cruzados novos), passou para NCZ\$ 108,00 (cento e oito cruzados novos) e assim sucessivamente, reduzindo também o dos vereadores impetrantes para NCZ\$ 200,00 (duzentos cruzados novos) de subsídio, parte fixa e variável.

c) Que a única vereadora reeleita para a atual legislatura, **Lucila Mercês Medeiros Silva**, absteve-se de votar o que também aconteceu com o então vereador **Luiz Antônio Medeiros**, que não foi CANDIDATO e, recebendo ainda a Resolução, voto contrário do vereador **José Augusto Cavalcanti de Farias**, que também não concorreu ao último pleito.

d) Objetiva-se anular a Resolução nº 0001/88 que fixou a remuneração do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, pela legislatura anterior para a atual, em ofensa aos princípios constitucionais do art. 37 da IMPERSONALIDADE, MORALIDADE, IGUALDADE E IRREDUTIBILIDADE de vencimentos que devem nortear os atos da Administração Pública.

Instruíram o pedido com os seguintes documentos:

1. Cópia autenticada da Ata da 18ª Reunião Ordinária do 4º período legislativo da Câmara em data de 27.12.88;

2. Certidão da Ata do item anterior fornecida pela Secretaria da Câmara;

3. Cópia autêntica da Tabela de Remuneração de Prefeitos e Vice-Prefeitos, elaborada pela FIAM com os critérios e limites estabelecidos na Lei 9.198/82; alterada pelas Leis nºs 9.322/83, 9.775/85 e Lei nº 9.909 de 28.10.86.

As informações foram prestadas no prazo legal e a Impetrada, em resumo aduziu:

I - Que em 27.12.88 às 20:00 horas, teve lugar a 18ª Reunião Ordinária do quarto período legislativo da Câmara Municipal do Surubim, com a presença dos senhores vereadores: **Gilvan Arruda de Souza** (Presidente), **Joacir Arruda**, **Lucila Mercês Medeiros Silva**, **Estanislau João de Santana**, **José Luiz de Lima**, **José Augusto Cavalcanti de Farias** e **Luiz Antônio Medeiros**, ocupando as 1ª e 2ª secretarias os vereadores **Paulo Antonio de Lima** e **José Geraldo Pereira**.

II - Foi apresentado Projeto de Resolução que dispõe sobre as remunerações de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores deste município que vigorarão durante o período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1992, fixado da seguinte maneira: A remuneração mensal do prefeito será constituída de vencimento fixado em NCZ\$ 360,00 (trezentos e sessenta cruzados novos) e de representação que terá o valor de 30% do seu vencimento perfazendo o valor de NCZ\$ 468,00 (quatrocentos e sessenta e oito cruzados novos).

O Vice-Prefeito será remunerado, e o valor de sua remuneração mensal será idêntico ao da representação fixado para o Prefeito no valor de NCZ\$ 108,00 (cento e oito cruzados novos). O Vereador será remunerado mensalmente sob a forma de subsídios, parte fixa e variável, sendo a primeira de NCZ\$ 100,00 (cem cruzados novos) e a segunda no mesmo valor, totalizando o valor de NCZ\$ 200,00 (duzentos cruzados novos). Ao Presidente da Câmara será atribuída uma verba de representação mensal, cujo valor será igual a 50% de seu subsídio.

III - O referido Projeto de Resolução obteve a seguinte votação: vereadores favoráveis: **Paulo Antonio de Lima**, **José Luiz de Lima**, **José Geraldo Pereira**, **Joacir Arruda** e **Estanislau João de Santana**.

voto contrário: Vereador **José Augusto Cavalcanti de Farias**.

Abstenções: Vereadores **Luiz Antônio Medeiros** e **Lucila Mercês Medeiros Silva**.

Ressalta por fim o informante que os vereadores que votaram favoráveis à Resolução foram os que não lograram êxito na reeleição do último pleito.

Dentro do prazo que lhe é facultado, o Órgão do Ministério Público emitiu parecer de notável conhecimento, favorável à concessão do WRIT, na conformidade dos sólidos e bem cuidados argumentos que desenvolveu em síntese diz o Eminentíssimo Promotor em seu excelente parecer que a AUTONOMIA consagrada pelo art. 29, V, da CF atribui à Câmara Municipal competência para fixar a remuneração do Prefeito, Vice-Pre-

feito e dos Vereadores de uma legislatura para a outra não é matéria nova, pois a Emenda Constitucional nº 01/69, em seu artigo 15 parágrafo 2º, já atribuía esta competência nos limites e critérios da Lei complementar em relação aos vereadores e a remuneração do Prefeito e Vice-Prefeito era regulada pela Lei Orgânica dos Municípios, (Decreto Lei nº 285/70). O que a novel Constituição Federal de 05.10.88, fez foi ampliar a autonomia das Câmaras atribuindo-lhes competência para fixar não apenas os próprios vencimentos, mas também o do Prefeito e Vice. Anteriormente, as Leis nºs 9.198/82, 9.322/83, 9.775/85 e 9.909/86, dividia o Estado em grupos de municípios, obedecendo os critérios de população e com essa regra fixavam os vencimentos do Prefeito e do Vice. Por essa legislação, o Prefeito Municipal de cidades do porte de Surubim, compreendidas no GRUPO "D", com população entre 50.000 e 100.000 habitantes, percebia em dezembro de 1988, a remuneração equivalente a NCZ\$ 2.294,00, sendo NCZ\$ 1.147,00 de subsídio acrescido de representação de igual valor, cabendo ao Vice-Prefeito igual valor concernente à representação do Prefeito. Ao apagar de seus mandatos, vereadores da legislatura anterior que não lograram êxito na reeleição, aproveitando-se da ampla autonomia do artigo 29, inc. V da CF., fixaram vencimentos e subsídios para a legislatura seguinte bem inferiores aos seus o que chega a ferir até a princípio isonômico e praticando até casuísmo ao reduzirem o valor da representação para 30% quando a regra é atribuir representação em igual percentual ao vencimento. Por outro lado, pela Ata que foi juntada, a Câmara Municipal do Surubim, reuniu-se ordinariamente apenas 18 vezes afrontando a norma do artigo 17 e seu parágrafo único do Dec. Lei nº 285/70, disci-

plinando que a Câmara Municipal reunir-se-á ordinariamente em quatro períodos legislativos anuais, sendo que em cada um deles, haverá, no mínimo cinco e no máximo trinta sessões. Dessa forma, os vereadores da legislatura anterior deixaram de realizar duas sessões ordinárias, tendo encerrado seus trabalhos na 18ª reunião em que votaram, apressadamente, Resolução de grande importância para a nova legislatura que não poderia ser aprovada sem os pareceres das Comissões, numa única Sessão, a não ser que fosse subscrita pela totalidade dos seus membros, o que não aconteceu.

Contados e Preparados, ultimara-me os Autos conclusos. É o relatório. Passo a avaliar e decidir:

O artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal de 05.10.88, regrou definição mais conclusiva ao mandado de segurança que a prescrição do artigo 1º, da Lei nº 1533 de 31.12.51.

“Conceder-se-á MANDADO de Segurança para proteger **direito líquido e certo**, não amparado por **Habeas Corpus** ou **Habeas Data**, quando o responsável **pela ilegalidade ou abuso de poder** for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.”

O objeto do Mandado de Segurança será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo de Direito Individual, líquido e certo.

Direito Individual, para fins de Mandado de Segurança é o Direito próprio de quem invoca e que legitima a impetração. **Direito Líquido e Certo** é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da

impetração. É o Direito comprovado de plano que por esse motivo não autoriza instrução probatória no Mandado de Segurança. O Direito subjetivo do impetrante pode ser privado ou público, exclusivo ou pertencente a vários titulares, o que se exige é que o impetrante passa exercê-lo individualmente.

A segurança é requerida pelos atuais Vereadores e Vice-Prefeito do Município, objetivando anular ato de Resolução nº 001/88, da legislatura anterior da Câmara Municipal do Surubim vigente para a atual legislatura e no qual foi fixada a remuneração do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, em valores bem inferiores aos percebidos pelos vereadores que votaram e aprovaram, por maioria, a Resolução, já no apagar de seus mandatos, para os quais não conseguiram se reeleger.

O mandamus foi impetrado dentro do prazo do artigo 18 da Lei nº 1533/51, e os Impetrantes detêm legítimo interesse, pois são as pessoas, em razão do cargo, atingidas pela Resolução.

Com efeito, tratando-se a Resolução de Ato legislativo da Câmara Municipal, fixando vencimento de uma para outra legislatura em cumprimento à competência e autonomia que lhe foram consagradas pelo artigo 29, V, da Constituição Federal de 05.10.88, resta pois, situar o Direito Líquido e Certo dos Impetrantes para pleitearem o WRIT.

A princípio, aflora dos Autos, que a Resolução tem cunho de legalidade por tratar-se de Ato vinculado a competência consagrada pela Constituição às Câmaras Municipais. Mas não é bem assim que se apresenta este caso.

Não se admite MANDADO DE SEGURANÇA contra atos meramente normativos (lei em tese), con-

tra a coisa julgada e concreta os interna CORPORIS de Órgãos Colegiados. E a razão é óbvia para essa restrição: As leis e os decretos gerais, enquanto normas abstratas, são INSUSCETÍVEIS de lesar direitos individuais; a coisa julgada só é invalidável por Ação Rescisória (CPC, art. 485 e STF, súmula 268); e os interna CORPORIS, se realmente o forem, não se sujeitam à correção judicial. Somente as Leis, Decretos e Deliberações legislativas convertidas de norma abstrata em ato concreto, tornam-se passíveis de Mandados de Segurança pois o objeto normal do mandamus é o ato Administrativo específico.

Por Deliberações legislativas, atacáveis por Mandado de Segurança, Leciona Hely Lopes Meirelles (in MANDADO de Segurança e Ação Popular-8ª Ed. ampliada – Editora Revista dos Tribunais – São Paulo – 1982), “entendem-se as decisões do plenário ou da mesa ofensiva de Direito Individual de terceiros, dos membros da Corporação, das Comissões ou da própria mesa, no uso de suas atribuições e prerrogativas institucionais. As Câmaras Legislativas não estão dispensadas da observância da Constituição, da lei em geral, e do Regimento Interno em especial. A tramitação e a forma dos atos legislativos, são sempre vinculados às normas legais que os regem; a discricionariedade ou soberania dos corpos legislativos só se apresenta na escolha do conteúdo da lei, nas opções da votação e nas questões internas *corporis* de sua organização representativa. Nesses Atos, Resoluções ou Decretos legislativos caberá a segurança, quando ofensivas de direito individual público ou privado do impetrante, como caberá também contra a aprovação de lei, pela Câmara, ou sanção, pelo executivo, com infringência do processo legislativo pertinente, tendo legitimidade para a

impetração tanto o lesado pela aplicação da norma ilegalmente elaborada, quanto o parlamentar prejudicado no seu direito público subjetivo de votá-la regularmente. “No dizer de Castro Nunes” o ato legislativo pode ser objeto do mandado de segurança quando argúda sua inconstitucionalidade, em cuja execução é ele praticado. (Luiz Machado Guimarães, comentário ao Código de Processo civil, vol. IV, pág. 337).

O artigo 29, V, da Constituição, dá competência à Câmara Municipal, pois, de fixar, através de “Deliberação Legislativa” Resolução sobre os vencimentos de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador a vigorar na legislatura seguinte, mas esse ato é vinculado e não pode reduzir vencimentos ou subsídios, como aconteceu em virtude da vedação constitucional contida no artigo 37, V, da CF que dispõe:

“Os vencimentos dos servidores públicos, civis e militares, são irredutíveis...”

Assim sendo, se a competência da Câmara de fixar os vencimentos da legislatura seguinte é uma consagração no Direito Constitucional, a convenção da norma abstrata em ato concreto, reduzindo-se vencimentos, representação e subsídios torna-se um ato específico ofensivo ao princípio da legalidade e, portanto, inconstitucional que merece ser reparado pela concessão do *WRIT*.

Antônio Tito Costa doutrina: “ao intérprete da lei não será difícil, diante da situação concreta, avançar um entendimento que, embora não possa coadunar-se com a sua letra, ajustar-se-á, sem dúvida, ao seu espírito”. E é o caso, senão vejamos: Os vereadores da legislatura anterior que votaram e aprovaram a Resolução 001/88, não lograram êxito na disputa pela reeleição e ao apagar de seus mandatos, em 27.12.88,

data posterior ao pleito eleitoral quando os novos vereadores, eleitos, já estavam diplomados, resolveram numa única e apressada sessão deliberar sobre os vencimentos da legislatura seguinte, reduzindo vencimentos, representação, subsídios, denotando assim, puro revanchismo político, valendo-se de permissivo constitucional. Permissa Vênia, a medida foi esdrúxula e caracterizadora de abuso de poder, denotando despreparo para o cargo gerando pois Direito Líquido e Certo dos Impetrantes que foram penalizados com seus vencimentos reduzidos e com certeza não tinham culpa de terem sido escolhidos pelo povo para representá-lo na legislatura seguinte.. Se a intenção daqueles que aprovaram a Resolução reduzindo vencimentos foi a bem da moralidade pública, atentaram contra eles próprios. Por que assim não resolveram em data anterior ao pleito eleitoral? Por que a legislatura anterior, que não cumpriu o número mínimo de sessões previstas no parágrafo único do artigo 17 do Dec.Lei nº 285/70, aprovou por maioria, apressadamente, sem os pareceres das Comissões, a Resolução que tomou o nº 001/88?

Não tenho o menor fragmento de incerteza de que a Resolução tomada nessas circunstâncias caracteriza-se como ato de puro revanche político e nesse esteio, exsurge o Direito Líquido e Certo dos Impetrantes, resultado de Deliberação legislativa com base na Constituição mas inconstitucional por ofensiva ao princípio da legalidade. Atos políticos dessa natureza, mesmo que praticados com imediato fundamento constitucional, porém desbordado dela, sujeita-se ao controle da legalidade pelo mandamus, por lesar direito individual líquido e certo. Merece ser reparado.

Essa é também a linha de raciocínio do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco em sua Decisão nº 199/89, publicada no diário Oficial do Estado nº 78 de 29.04.89, no Processo nº TC 1372/89 – respondendo a consulta formulada pelo Prefeito Municipal do Moreno sobre a remuneração de vereadores, decidindo responder ao consultante que: “tendo, na presente legislatura, a Câmara Municipal anulado Resolução baixada pela legislatura anterior, relativa à remuneração dos vereadores na atual legislatura, sob o argumento de que o respectivo processo de elaboração legislativa foi eivado de vícios insanáveis, pela Ausência de pareceres prévios de comissões técnicas, tal como previsto no Regimento Interno, cabe ao Poder Judiciário, se provocado, e não ao Tribunal de Contas, responder sobre a legalidade da referida Decisão.

Forçoso é reconhecer, no entanto, que se a Deliberação legislativa fosse resolvida sem denotar revanchismo político e dentro da legalidade constitucional, fixando-se os vencimentos do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, pelo menos nos mesmos padrões vigentes na legislatura anterior, o ato legislativo não seria passível de apreciação judicial, mas no momento em que tornado ato concreto ofensivo a Direito consitucional ele é nulo e deve merecer o socorro reclamado.

Face ao exposto, julgo procedente o Mandado de Segurança em favor dos impetrantes, concedendo-o, para anular como anulo a Resolução nº 001/88, da legislatura anterior da Câmara Municipal do Surubim, que fixou a redução dos vencimentos, representação e subsídios, ao Arrepio da legalidade constitucional, do Prefeito, Vice- Prefeito e Vereadores, tornando sem efeito os atos por ela alcançados e produzidos.

Nos termos do parágrafo único do art. 12 da Lei 1533/51, combinado com o parágrafo único do artigo 475 do Código de Processo Civil, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, após decorrido o prazo para recurso voluntário, cumpridas as formalidades de praxe.

A decisão em Mandado de Segurança tem caráter mandamental e dispõe de auto-executoriedade provisória, vez que não ofenda à regra da lei 4348/64, e o recurso de ofício tem apenas efeito devolutivo.

Oficie-se ao Exmo. Senhor Vereador Presidente da Câmara municipal do Surubim, juntando cópia da presente Decisão para seu conhecimento, fazendo entrega pelo senhor Oficial de Justiça, mediante recibo.

Condeno a Câmara Municipal do Surubim, assegurando o direito de Ação regressiva contra os vereadores da legislatura anterior, nas custas deste processo, bem como em honorários advocatícios que fixo em 10% do valor atribuído à causa.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se

Em Surubim-PE., 10 de maio de 1989

a)Bel.

Fernando Cerqueira Norberto dos Santos
Juiz de Direito

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. PROCESSO DE ARROLAMENTO. IMPOSTO CAUSA MORTIS

Dr. Leopoldo de Arruda Raposo

Juiz de Direito da 1ª Vara de Sucessões e Registros. Públicos da Capital e Professor de Direito Civil da Esmape

Decisão interlocutória

Trata-se de apelação interposta pela Fazenda do Estado em processo de inventário sob a forma de arrolamento sumário.

Muito embora recebido o recurso, reexaminando os pressupostos de sua admissibilidade, *ex vi* da regra gizada pelo art. 518, parágrafo único, do Código de Processo Civil, não conheço da apelação interposta pela Fazenda Pública e nego-lhe seguimento.

É que, não apenas para propor ação como também para interpor recurso, faz-se necessário ter interesse e legitimidade.

No caso presente, tratando-se de arrolamento sumário, não integra a Fazenda do Estado a relação processual. Sequer tem ela vista dos autos.

A propósito tem a jurisprudência proclamado:

“Em processo de arrolamento, não cabe vista à Fazenda Pública” (RJTJESP 94/267).

“Não se dá vista, no arrolamento, à Fazenda Pública. Qualquer questão fiscal deve ser tratada na esfera administrativa” (RF 286/275).

Ora, se não participa da relação processual, sequer recebe os autos com vista, não se apresenta à Fazenda do Estado com legitimidade e interesse para interpor recurso.

Dispõe o art. 499 do Código de Processo Civil, que o recurso pode ser interposto pela parte vencida.

Portanto, legitimada para recorrer é a parte vencida.

“A parte que não foi condenada não pode recorrer” (RF 244/51).

“Só pode recorrer quem é vencido no pleito, isto é, quem sucumbe no todo ou em parte” (in Alexandre de Paula, O Processo Civil à Luz da Jurisprudência, nº 8.996).

Com efeito, não sendo parte não tem legitimidade para recorrer. A parte vencida sim. Esta é a regra.

Mas o Código também permite que o terceiro prejudicado apresente o seu recurso. Necessário se faz, contudo, segundo a doutrina e a jurisprudência, que o terceiro prejudicado demonstre que o ato decisório impugnável tenha-lhe causado algum prejuízo.

Ensina Moacyr Amaral Santos que “terceiro prejudicado, com qualidade para recorrer, é todo aquele, estranho à relação processual por ocasião do ato decisório, a quem este causou prejuízo”.

Por seu turno, tem a jurisprudência afirmado com ênfase:

“Para que fique caracterizado o direito de terceiro recorrer, é mister sejam demonstrados, desde logo, a legitimidade de seu direito e a prova do prejuízo” (RF 227/196).

“Em princípio pode recorrer como terceiro quem tenha sofrido qualquer gravame com a decisão independentemente de sua natureza. Torna-se necessária,

porém, a prova do prejuízo, não bastando a simples alegação de tê-lo sofrido" (Adcoas, 1981, nº 81.037).

Como se vê, é do prejuízo advindo do ato decisório que nascem para o terceiro o interesse e o direito para impugnar o ato. Daí a denominação: recurso de terceiro prejudicado.

Na hipótese dos autos, de procedimento sob a forma de arrolamento sumário, o ato de homologação da partilha não acarreta qualquer prejuízo para a Fazenda, pois não deixará ela de receber o tributo *causa mortis* que lhe é devido. O pagamento do tributo no entanto, *ex vi* da regra do art. 1.034 do CPC, dar-se-á na esfera administrativa, não ficando a autoridade fazendária adstrita ao valor que os herdeiros atribuírem aos bens para fins de partilha.

Com efeito, em que pese o respeito e o brilho da inteligência dos dignos Representantes da Fazenda, afigura-se desenganadamente improcedente o entendimento gizado pelo Fisco Estadual que fundamenta o seu recurso esgrimindo no arrolamento sumário o prévio pagamento do imposto devido de transmissão *causa mortis*, sem cujo recolhimento não pode a partilha amigável ser homologada por sentença.

Saliente-se, por oportuno, que o Código de Processo Civil é claro, expresso e taxativo ao dispor em seu art. 1.034 que:

No arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio.

Nos termos previstos no parágrafo segundo da precitada regra, o imposto de transmissão será objeto

de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não ficando a autoridade fazendária, repita-se, adstrita aos valores dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros.

Prescreve ainda o Código de Processo, em seu art. 1.031:

"A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos do art. 1.773 do Código Civil, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos arts. 1.032 a 1.035 desta lei."

Ao dispor que a partilha será homologada mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, refere-se o aludido artigo aos débitos anteriores à abertura da sucessão, e não aos decorrentes desta por ser fato gerador de nova tributação.

A propósito, interpretando o art. 1.031 do Código de Processo Civil, diz a Dra. Maria Berenice Dias Freire, Juíza de Direito em Porto Alegre/RS, no seu trabalho intitulado: "Considerações sobre o Arrolamento em face da Lei 7.019, de 31.08.82":

"Refere-se o artigo *sub examen* a necessidade da prova de quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, reproduzindo a exigência do art. 192 do CTN. Tais comprovantes, que buscam tão só dar certeza da disponibilidde plena dos bens do *de cujus*, referem-se somente aos débitos tributários existentes anteriores da abertura da sucessão, e não aos decorrentes desta, que é fato gerador de nova tributação, como o imposto de transmissão *causa mortis*, segundo o disposto no parágrafo único do art. 35 do CTN".

Diz mais a insigne Juíza:

“Com efeito, tendo em conta que o art. 1.034 expressamente afasta da apreciação judicial o lançamento, pagamento ou quitação da taxa judiciária e dos tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio, em não se adotar a compreensão acima exposta para o art. 1.031, forçoso seria o reconhecimento de evidente contradição entre este último dispositivo e o art. 1.034, o que parece inadmissível em face do § 2º, do mesmo art. 1.034, que estabelece a forma de lançamento e cobrança do imposto de transmissão”.

Em seus Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IX, 4ª ed. Forense, pág. 196 e 198, assevera Hamilton de Moraes e Barros que: “A Lei nº 7.019/82 excluiu a intervenção do Fisco nos procedimentos de arrolamento e a prova exigida pelo art. 1.031 se refere a débitos tributários existentes antes da abertura da sucessão.”

Pelo art. 1.031, por conseguinte, deverão os herdeiros instruir o processo com as certidões negativas de débitos anteriores à abertura da sucessão, isto é, com a certidão dos débitos municipais concernentes ao Imposto Predial e Territorial Urbano (tratando-se de imóvel urbano) e do Imposto Territorial Rural (tratando-se de imóvel rural), bem assim a certidão negativa de débito do Imposto de Renda, excluindo-se a prova de pagamento ou quitação do imposto de transmissão.

E nesta linha de entendimento é que têm os Tribunais decidido.

Trago a lume jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná publicada na RT nº 587/167-178, cuja ementa tem o seguinte teor:

“INVENTÁRIO – Quitação de impostos federais e estaduais – Exigência judicial – Matéria não apreci-

ável – Inteligência da Lei 7.019/82 – Processo com rito de arrolamento – Aplicação do art. 1.034 do CPC (AI 173/83 – 1ª C. – rel. Des Zeferino Krukoski)”.

Ao proferir o seu voto, assim se manifestou o Des. Relator:

“A exigência primeira é somente quanto ao imposto predial e territorial urbano – IPTU e imposto de renda, excluindo a lei a prova dos tributos resultantes da transmissão, seja causa mortis ou inter vivos”.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, assim decidiu:

Segundo a regra do art. 1.034, caput e seu § 2º do CPC, não impede a homologação da partilha no inventário, sob a forma de arrolamento, a falta de comprovação do recolhimento do ITBI. É facultada à Fazenda Pública Estadual o lançamento do tributo, na forma administrativa, como dispuser a legislação tributária (AI 25.423-9 1ª T. Julg. em 18.09.90, rel. Des. Rubens Berbonzi Bossay, in RT 670/153).

A anterior redação do art. 1.035 do CPC expressamente exigia o prévio recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis*. Hoje, porém, face à Lei nº 7.019/82, passou a matéria a ser regulada pelos arts. 1.031 a 1.035 do Código de Processo. Com a modificação, pela qual se introduziu a forma simplificada de se proceder ao inventário e à partilha dos bens da herança, não mais prevê o Código o pagamento ou quitação do imposto de transmissão, seja *causa mortis* ou *inter vivos*, para que os herdeiros possam obter a prestação jurisdicional almejada, isto é, a homologação da partilha.

Daf dizer Sérgio Sahione Fadel, in Código de Processo Civil Comentado, Forense, 6ª ed., p. 214:

“Não há, pois, necessidade de ser feita prova, no processo de inventário e partilha, do pagamento des-

ses tributos, não podendo o juiz exigir sua prova como condição para homologar a partilha”.

Desse modo, uma vez homologada a partilha e extraído o respectivo formal ou a carta de adjudicação, a quitação do tributo dar-se-á na esfera administrativa, devendo o Sr. Oficial do Registro Imobiliário proceder à transcrição do título no álbum registral, somente, quando atendidas todas as obrigações tributárias pelo pagamento, mediante procedimento administrativo próprio, do imposto de transmissão *causa mortis* e, se for o caso, também do *inter vivos*.

É ainda dos escólios de Hamilton Moraes e Silva:

“Extraído o formal de partilha ou carta de adjudicação, deverá o título ser levado à repartição lançadora para, em processo administrativo, proceder à constituição do crédito tributário e ao seu pagamento” (op. cit. pág. 196).

A Fazenda do Estado, no entretanto, invoca a regra gizada pelo art. 192 do Código Tributário Nacional para defender a sua injustificada tese no sentido de que subordina a lei à homologação da partilha ao prévio pagamento do imposto de transmissão *causa mortis*.

A propósito, se não reconhece a Fazenda que o art. 1.031 do CPC reproduz, no dizer da Dra. Maria Berenice Dias Freire, a exigência do art. 192 do CTN, não se pode admitir possível a incidência da regra do art. 192 do CTN às hipóteses de procedimento de inventário sob a forma de arrolamento sumário.

Estabelece o art. 192 do Código Tributário Nacional que nenhuma sentença de julgamento de partilha será proferida sem a **quitação** dos tributos incidentes sobre os bens do espólio.

Ora, como quitação entende-se o ato pelo qual o devedor fica inteiramente exonerado da obrigação, não assistindo ao credor qualquer outra exigência futura porque foi o devedor liberado de todo e qualquer pagamento acerca da obrigação.

Na terminologia fiscal a quitação é a prova integral do pagamento dos impostos a que se está sujeito.

Assim sendo, no inventário sob a forma de arrolamento sumário não há de se cogitar em **quitação** do imposto de transmissão antes de homologada a partilha. Antes de proferida a sentença de homologação da partilha não exige o Código sequer o **pagamento** desse imposto, muito menos a **quitação** dessa obrigação tributária.

Outro pressuposto determinante, necessário e suficiente à incidência da regra gizada pelo art. 192 do CTN, é a existência de uma sentença de julgamento de partilha, pois estabelece expressamente a precitada regra que “...**nenhuma sentença de julgamento de partilha será proferida sem a quitação dos tributos incidentes sobre os bens do espólio.**”

Sabe-se que no arrolamento sumário não há sentença de julgamento de partilha. A sentença proferida em autos de arrolamento sumário é sentença homologatória, sempre.

Afeia-se afirmar julgamento de partilha amigável. Partilha amigável não se julga, mas se homologa. A partilha amigável é homologável porque celebrada entre partes *inter volentes*, que querem a mesma coisa, que têm a mesma pretensão. De modo diverso, a sentença que julga a partilha está a decidir sobre matéria em que há litigiosidade, e dá-se *inter nolentes*, isto é, entre pessoas de querer oposto.

A regra do art. 192 do CTN aplica-se, efetivamente, aos processos de inventário sob a forma tradi-

cional ou solene, nos quais é feita a avaliação dos bens do espólio, confeccionados os cálculos do tributo e, somente após a quitação (e não simples pagamento) do imposto de transmissão é que se procede ao julgamento da partilha e não à homologação desta.

Diferentemente do que entende a Fazenda, não regulou a Lei Estadual nº 10.260/89, em seu art. 20, o imposto sobre transmissão *causa mortis* nos processos de arrolamento sumário, cuja regra não estabelece que a partilha amigável somente será homologada mediante o prévio atendimento da obrigação tributária. O mencionado dispositivo, conforme se infere do seu teor, aplica-se aos procedimentos de inventário em que se profere sentença de julgamento de partilha e não sentença homologatória de partilha amigável.

De outra parte, não obstante o elevado poder de persuasão de seus ilustres Representantes, não prospera o argumento esposado pela Fazenda no sentido de que, sem o recolhimento prévio do tributo, se tornaria difícil arrecadar qualquer valor referente ao imposto de transmissão *causa mortis*, haja vista que freqüentes são os casos em que, após a partilha, o imóvel deixa de ser registrado no intuito de se burlar o recolhimento desse imposto, e, tratando-se de bem móvel, restaria impossível o controle pelo Fisco do respectivo pagamento.

Devo dizer, a esse respeito, que os presentes autos tratam de um processo de inventário sob a forma de arrolamento sumário, em que foi homologada por sentença uma partilha de **bens imóveis** e não móveis. Ademais, uma vez homologada a partilha e cientificado o Fisco, caberá a este proceder aos lançamentos administrativos para fins de constituição do crédito tributário, sua exigibilidade e cobrança, processando-se esta, pelos meios próprios e legais. Aliás, a atividade admi-

nistrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, *ex vi* do art. 141, parágrafo único, do CTN.

Cabe considerar, de resto, inexistindo por parte da Fazenda suscitação quanto à ausência de prova da quitação dos tributos anteriores à abertura da sucessão, relativos aos bens do espólio e às suas rendas, há, quanto a essa matéria, o trânsito em julgado, valendo ressaltar que, conforme consta da sentença apelada, deferiu este Juízo a exibição das certidões negativas de débitos para a fase de registro do título no competente Cartório do Registro Imobiliário.

Conclusivamente, a tese defendida pela Fazenda, no recurso que interpôs carecedor de interesse e legitimidade, implica, na prática, afastar a possibilidade de aplicação do arrolamento sumário, cujo procedimento foi instituído pela Lei nº 7.019/82 com a finalidade de dar celeridade e simplicidade aos processos de inventário.

Isto posto, não demonstrando o Fisco o prejuízo que lhe adveio em decorrência da sentença que homologou a partilha de bens imóveis (e não móveis), celebrada entre herdeiros maiores e capazes, não é de se conhecer da apelação que interpôs, nem dar-lhe seguimento.

É como decido.

Intime-se a Fazenda do Estado.

Leopoldo de Arruda Raposo
Juiz de Direito

ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO – ESMAPE EM 96.1

- **05/02/96** – Início do Curso de Preparação à Magistratura Comum – turma 96.1.
 - Início do Curso de Preparação à Magistratura Trabalho – turma 96.1.
 - Reinício da turma 95.2
 - Reinício da turma 95.1
 - Retomada do Curso de Francês : Módulos I, II e Especial.
- **09/02/96** – Reunião do Conselho Técnico-Pedagógico da ESMAPE, aprovando as alterações encaminhadas pela diretoria recém-empossada no currículo e no conteúdo programático das disciplinas do Curso de Preparação à Magistratura, bem como estabelecendo as diretrizes para o ano letivo/96.
- **15/02/96** – Palestra proferida pelo advogado RAIMUNDO GOMES DE BARROS sobre o tema “ Aspectos Introdutórios no Direito do Consumidor ”, às 20:00 hs., na Sala 1 da ESMAPE.
- **04 a 08/03/96** – IV Semana de Atualização Jurídica, realizada no auditório G2 da Universidade Católica de Pernambuco -UNICAP, a qual contou com a participação de 355 (trezentos e cinquenta e cinco) inscrites, dentre profissionais e estudantes.
- **13/03/96** – Aula Inaugural proferida pelo PROF. ROMUALDO MARQUES, às 19:00 hs, na Sala 1 da Esmape.

- **21/03/96** – Seminário de Estrutura sobre as Infrações de Menor Potencial Ofensivo previstas na Lei nº 9.099/95, destinado aos Juizes Estaduais de 1ª e 2ª Entrâncias.
- **30/03/96** – Curso de Sentença para os candidatos habilitados à realização da prova prática no concurso público para provimento do cargo de Juiz Substituto de 1ª Entrância do Estado de Pernambuco. Orientadores: Des. Macedo Malta e Juizes Roberto Ferreira Lins e Jorge Américo Pereira de Lira.
- **17/04/96** – Palestra proferida pelo juiz norte-americano CARLOS BEA sobre o tema “Mecanismos Alternativos de Disputa em Tribunais”, às 19: 00 hs., na Sala 1 da Esmape.
- **18/04/96** – Palestra proferida pelo juiz norte-americano CARLOS BEA sobre o tema “Gerência de Tribunais – Assistência Legal por parte do Estado”, às 9:00 hs., na Sala 1 da Esmape.
- **25/04/96** – Palestra proferida pelo jurista italiano GIUSEPPE BEVENUTTI sobre o tema “Juízo Arbitral na Itália”, às 19:00 hs., na Sala 1 da Esmape.
- **27 a 31/04/96** – Curso de Aperfeiçoamento na Atividade Judicante, destinado aos juizes estaduais em processo de vitaliciamento.
- **16/05/96** – Palestra proferida pelo Des. ANTÔNIO MACEDO MALTA, sobre as inovações introduzidas no Código de Processo Civil no processo de cognição e em matéria de recursos.
- **16 e 17/05/96** – Palestras proferidas pelos juristas norte-americanos PAUL E. MASON e FREDERICK WOODBRIDGE sobre o tema “Arbitragem Internacional Cível e Comercial”, às 19:00 hs., na Sala 1 da Esmape.
- **20/05/96** – Lançamento do Edital de Inscrição para o Curso de Atualização em Língua Portuguesa.

- **20/05/96** – Lançamento do Edital de Inscrição para o Curso de Latim Jurídico.
- **20/05/96** – Lançamento do Edital de Inscrição para o Curso de Direito em Vídeo – Módulo I : Processo Civil.
- **23/05/96** – Celebração de Convênio de Cooperação Técnica com a UNIVERSIDADE DE PERNAMBUCO – UPE, tendo por objeto a realização do exame seletivo 01/96.
- **05/06/96** – Lançamento do número I da REVISTA DA ESMAPE, no Salão Nobre do Tribunal de Justiça de Pernambuco.
- **13 a 15/06/96** – Realização do III SIMPÓSIO DE DIREITO PROCESSUAL, no Auditório do Hotel do Sol, na cidade de Caruaru-PE.
- **22/06/96** – Divulgação da Relação de Aprovados no Exame Seletivo para Ingresso na ESMAPE no Curso de Preparação à Magistratura Comum e do Trabalho.
- **02 a 04/08/96** – Realização do ENCONTRO DE MAGISTRADOS DO SERTÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO, em parceria com o Tribunal de Justiça do Estado e Associação dos Magistrados do Estado de Pernambuco – AMEPE, no auditório do Hotel Castelinho, na cidade de Salgueiro – PE.
- **08/08/96** – Lançamento do livro “JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS – COMENTÁRIOS À LEI Nº 9.099/95”, de autoria do Juiz DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO, Coordenador dos Cursos de Deontologia, Atualização e Aperfeiçoamento de Magistrados da ESMAPE, onde leciona a disciplina Direito do Consumidor.
- **26 a 30/08/96** – Realização da V SEMANA DE ATUALIZAÇÃO JURÍDICA, realizada no auditório G2 da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

- **12 a 14/09/96** – Realização do ENCONTRO DE MAGISTRADOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO, em parceria com a Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Pernambuco, na Praia de Serrambi -PE.
- **21/09/96** – Curso Preparatório ao Concurso para Provedor do Cargo de Promotor de Justiça Substituto do Estado – Com 180 h/a, duração de dois meses, das 08:00 às 11:30 hs., diariamente, na Sala I da ESMAPE.
- **30/09/96** – Palestra proferida pelo jurista norte-americano GERALD SCHUR sobre o tema “Desenvolvimento, Operação e Administração de Programa de Segurança de Testemunhas e Informantes”, às 19:00 hs., na Sala I da ESMAPE.
- **17/10/96** – Palestra proferida pelo advogado e Coordenador Nacional da “Operação Arbitrer” Dr. PETRÔNIO R. V. MUNIZ, sobre o tema “A Arbitragem no Direito Positivo Brasileiro – Lei nº 9.307 de 23.09.96 (“Lei Marco Maciel)”, às 19:00 hs., na Sala I da ESMAPE.
- **22/10/96** – Palestra proferida pelo Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª Região Dr. LÁZARO GUIMARÃES sobre o tema “Internet: Comunicação e Pesquisa ao Alcance do Magistrado”, às 19:00 hs. Na Sala I da ESMAPE.
- **25 a 27/10/96** – Realização do ENCONTRO DE MAGISTRADOS DA MATA SUL DO ESTADO DE PERNAMBUCO, em parceria com o Tribunal de Justiça do Estado e Associação dos Magistrados do Estado de Pernambuco-AMEPE, na cidade de Tamandaré-PE.



ESMAPE

Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco

Av. Martins de Barros, 593 - Stº Antônio - Recife - PE

Fone/Fax: (081) 424.1193