

REVISTA DA

ISSN 1415-112X

ESMAPE



VOLUME 4 - Número 9
Janeiro/Junho - 1999

**O SISTEMA
PARTIDÁRIO
PLURALISTA E
DEMOCRÁTICO**

Palhares Moreira Reis



**AS ALTERAÇÕES
DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL
INTRODUZIDAS
PELA LEI Nº 9.756
DE 17.12.98**

Humberto Theodoro Junior

**REFORMA DO
JUDICIÁRIO -
EFEITO VINCULANTE
DAS DECISÕES DOS
TRIBUNAIS
SUPERIORES**

Saulo Ramos



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Rua Dom Bosco, 1308 - Boa Vista - Recife/PE - CEP 50070-070



**ESCOLA SUPERIOR DE 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. Rua Dom Bosco, 1308 - Boa Vista - Recife/PE - CEP 50070.070

DIRETORIA

Diretor:

DES. FRANCISCO DÁRIO MENDES DA ROCHA

Supervisor:

DR. VIRGÍNIO MARQUES CARNEIRO LEÃO

Coordenador do Curso de Preparação
à Magistratura Comum:

DR. LAIETE JATOBÁ NETO

Coordenador do Curso de Preparação
à Magistratura Trabalhista:

DR. FREDERICO CORREA MARANHÃO

Coordenador do Curso de Deontologia:

DR. CARLOS HUMBERTO INOJOSA GALINDO

Presidente da Associação dos Magistrados
do Estado de Pernambuco:

DES. GILBERTO AUGUSTO CORRÊA GONDIM

Secretária Geral:

JOSINA DE SÁ LEITÃO

ISSN 1415-112X

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

Volume 4 - Número 9
janeiro/junho - 1999

REVISTA DA ESMAPE

Recife

Semestral

Rev. da Esmape - Recife - V.4 Nº-9 - 003-490 - jan/jun 1999 - 3

ESMAPE - BIBLIOTECA

Tomb. FA 19990005

Local P-01

Ch. 00000009 E

© Copyright by ESMape

COMISSÃO EDITORIAL:**Presidente:** Des. Francisco Dário Mendes da Rocha**Membros:** Dr. Virgínio Marques Carneiro Leão

Dr. Laiete Jatobé Neto

Frederico Correa Maranhão

Dr. Carlos Humberto Inojosa Galindo

Coordenação Técnica: Bel. Joseane Ramos Duarte Soares (Bibliotecária)**Revisão:** Eulene Staudinger Fone: (081) 2512684**Tiragem:** 1.200 exemplares

A REVISTA DA ESMape divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião da Comissão Editorial.

DIREITOS RESERVADOS À ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
E S M A P E

SOLICITA-SE PERMUTA / EXCHANGE DISUED / ON DEMANDÉ ÉCHANGE**esmape@elogica.com.br****www.esmape.com.br**

EDIÇÕES



BAGAÇO

Produção Gráfica:**EDIÇÕES BAGAÇO LTDA.**

Rua dos Arcos, 150 – Poço da Panela

Recife/PE – CEP 52061-180

Tels./Fax: (081) 441.0132/441.0133/441.0134

Revista da ESMape / Escola Superior da Magistratura do
Estado de Pernambuco – Ano 1, n.1 (1996-) – Recife :
ESMAPE, 1996 –
v. Trimestral

Descrição baseada em: Ano 4, n.9 (Jan/jun 1999)

1. Direito-Periódico. I. Escola Superior da Magistratura do
Estado de Pernambuco

Josi/ESMAPE – TJ

CDD 340.05

CORPO DOCENTE**1º PERÍODO****FILOSOFIA DO DIREITO**

Alexandre Ronaldo da Maia

Gustavo Just da Costa e Silva

Nelson N. Saldanha

Torquato da Silva Castro Júnior

SOCIOLOGIA DO DIREITO

Antônio Natanael M. Sarmiento

Mirian de Sá Pereira

Olga Jubert da Cruz Gouveia

Stefano Toscano

PSICOLOGIA FORENSE

Alba Gomes Guerra

Paulo da Silveira Rosas

**PORTUGUÊS E LINGUAGEM VERNACULAR
JURÍDICA**

Maria Izabel Malheiros
Marlene Muniz Passos

DIREITO CONSTITUCIONAL

André Vicente Pires Rosa
Zélio Furtado da Silva

DIREITO ADMINISTRATIVO

Larissa Medeiros
Marcos Antônio Nery Azevedo

DIREITO CIVIL I

Jorge Américo Pereira de Lira
Rafael José de Menezes

DIREITO PENAL I

Adeildo Lemos de Sá Cruz
Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
Flávio Augusto Fontes de Lima
Paulo César Maia Porto

DIREITO PROCESSUAL CIVIL I

Alexandre Freire Pimentel
Naiva Cristina Campello
Valéria Rúbia Silva Duarte

DIREITO PROCESSUAL PENAL I

Adjar Francisco de Assis Júnior
João Olympio V. de Mendonça
Lúcio Flavo Brainer Jatobá
Silvânia Espéria da Silva

DIREITO DO CONSUMIDOR

Luiz Mário de Góes Moutinho
Raimundo Gomes Bens
Rosana Grimberg

DIREITO TRIBUTÁRIO I

Adonis Costa e Silva
Cristiana Pragana Dantas
Hélio Sílvio Ourem Campos
Raymundo Juliano do Régo Feitosa

DIREITO PROCESSUAL PENAL II

Carlos Alberto Berriel Pessanha
Honório Gomes do Rego Filho
Nilzardo Carneiro Leão

DIREITO PROCESSUAL CIVIL II

Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima
José Antônio Macêdo Malta
Valéria Rúbia Silva Duarte

DIREITO COMERCIAL

Luiz de Freitas Lima
Vaudrilo Leal Guerra Curado

DIREITO CIVIL II

Brasilio Antônio Guerra
Carlos Frederico Gonçalves de Moraes
Ruy Trezena Patu Júnior

DIREITO PENAL II

Laiete Jatobá Neto
Mariana Vargas Cunha
Romualdo Marques Costa

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Artur Stamford da Silva
Paula Maria S. de O. Mendonça

**ORGANIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO
JUDICIÁRIA**

Eudes dos Prazeres França
José Alexandre de Vasconcelos Aquino
Ricardo de Oliveira Paes Barreto

ECONOMIA POLÍTICA

Jorge Souza
Stefano Toscano

CIÊNCIA POLÍTICA

Palhares Moreira Reis

TEORIA GERAL DO PROCESSO

Alexandre Freire Pimentel
Nilzardo Carneiro Leão

3º PERÍODO COMUM

DIREITO DA CRIANÇA E DA ADOLESCÊNCIA

Bartolomeu Moraes

Humberto Costa Vasconcelos Júnior

Luiz Carlos de Barros Figueiredo

DIREITO ELEITORAL

Paulo Henrique Martins Machado

Ruy Trezena Patú Júnior

DIREITO PENAL III

Antônio Carlos de Vasconcellos Coelho
Barreto Campello

Antônio Pedro Barreto Campello

DIREITO PROCESSUAL CIVIL III

Mauro Jordão de Vasconcelos

Misael A. Montenegro Filho

DIREITO PROCESSUAL PENAL III

Albérico Gomes Guerra

Patrícia Tavares

PRÁTICA JUDICIÁRIA PENAL

Flávio Augusto Fontes Lima

DIREITO TRIBUTÁRIO II

Joaquim Lustosa

José Viana Ulisses Filho

PRÁTICA JUDICIÁRIA CÍVEL

Carlos Humberto Inojosa Galindo

Paula Mendonça

DIREITO CIVIL III

Alberto Flávio Barros Patriota

Leopoldo de Arruda Raposo

Teodomiro Noronha Cardoso

LÓGICA JURÍDICA

João Paulo Allain Teixeira

DIREITO AMBIENTAL

Flávia Carolina de Souza Reis

3º PERÍODO TRABALHISTA

DIREITO DO TRABALHO I

Eneida Melo Correia de Araújo
Virgínia Malta Canavarro

DIREITO DO TRABALHO II

Bartolomeu Alves Bezerra
Paulo Dias Alcântara

DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO I e II

Edmilson Alves da Silva
Milton Gouveia da Silva Filho

DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO

Hermano Queiroz Júnior
Hugo Cavalcanti Melo

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL DO TRABALHO

Marupiraja Ramos Ribas
Stella Maria M. Gomes de Sá Leitão

DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Agenor Martins Pereira
José Soares Filho

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Marcelo da Veiga Pessoa Bacallá
Roberta Correia de Araújo

PRÁTICA JUDICIÁRIA E DE SENTENÇA TRABALHISTA

Frederico Correia Maranhão
José Luciano Aleixo da Silva

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Epaminondas da Câmara C. Neto
Mauri Delgado Chacon

*"Ensina-me, ó Senhor, o caminho dos Teus estatutos,
e guarda-lo-ei até o fim"...*

(Salmos 119:33)

TUTELA CAUTELAR & TUTELA ANTECIPATÓRIA: ELEMENTOS DE DISTINÇÃO	221
<i>João Carlos Arruda Datta</i>	
A INTERVENÇÃO DO AGENTE PÚBLICO NA AÇÃO PARA RESSARCIMENTO DE DANOS MOVIDA PELO ADMINISTRADO EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO OU DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS	247
<i>Marcelo Florêncio Mota</i>	
AS CONTRIBUIÇÕES PARAFISCAIS NO DIREITO DO TRABALHO	267
<i>Maria Clara Siqueira de Melo Borges</i>	
O SISTEMA PARTIDÁRIO PLURALISTA E DEMOCRÁTICO	283
<i>Paulo Roberto Reis</i>	
PRINCÍPIOS PROCESSUAIS, IMPORTÂNCIA DE SEU ESTUDO PARA O DIREITO PROCESSUAL	301
<i>Paula Oliveira Mendonça</i>	
JURÓS ELEVADOS: INCONSTITUCIONALIDADE E LESÃO NOS CONTRATOS	343
<i>Samuel Henrique de Oliveira</i>	
REFORMA DO JUDICIÁRIO – EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	367
<i>Sávio Ramos</i>	
PRÁTICA	405
SENTENÇA CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO - HOMICÍDIO. PENA DE CONFISSÃO. INAPLICABILIDADE À FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DOS REUS. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVA. IMPROCEDÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.	407
<i>Alberto Flávio Barros Patrício</i>	
SENTENÇA CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO	431
<i>Edjão Oliveira de Araújo</i>	
SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFECÇÃO HOSPITALAR	457
<i>Jorge Américo Pereira de Lira</i>	

SENTENÇA CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS	475
<i>Marcelo Gomes Ribes</i>	
SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL	485
<i>Valéria Rúbia Silva Duarte</i>	

APRESENTAÇÃO

É um passo a mais, passo firme, que se dá, com este número nove da REVISTA DA ESMAPE, na mesma direção dos primeiros passos. E, assim, vai-se caminhando e fazendo o caminho e a retidão do caminho.

Neste número, como em outros, há palavras de mais-que-mestres, como Humberto Theodoro, Saulo Ramos ou Palhares Moreira Reis, ao lado de textos outros de autores que também se vão fazendo mestres. Todos com a vocação para iluminações os intelectuais – papel de quem faz doutrina ou dita jurisprudência.

Destarte vai a Escola Superior de Magistratura de Pernambuco usando a sua revista como uma das pontes que mantém com a magistratura pernambucana, sem deixar de ser, também, elo que a une ao mundo jurídico do Estado e do País.

Recife, outubro de 1999

Des. Dário Rocha

APRESENTAÇÃO

TEORIA

O CRIME NAS LICITAÇÕES

Adelmo Nunes
Juiz da 1ª Vara das Execuções Penais de Pernambuco

SUMÁRIO

1- Introdução; 2- O crime; 3- O crime nas licitações e nos contratos administrativos; 4- O processo judicial criminal; 5- Conclusões

1. Introdução

Antes da vigência da Lei Federal 8.666, de 21-06-93, eram os Decretos-leis 200 e 2.300/86 que estabeleciam normas gerais sobre os contratos administrativos e licitações. Adilson Abreu Dallari¹ questionou a constitucionalidade da matéria ser disciplinada por Decreto-lei, pois a Constituição Federal de 1967, com a Emenda nº 01/69, não autorizava a União a legislar sobre direito administrativo de cunho vinculante para as outras órbitas federativas. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988², porém, os dois diplomas foram recepcionados e vigoraram até 21-06-93. Ocorre, todavia, que diferentemente da Lei 8.666/93, os Decretos-leis revogados não continham regras de natureza penal. Se, even-

¹ Aspectos Jurídicos da Licitação, Saraiva, 1992, pp. 08/09
² Art. 22, XXVII

tualmente, no processo licitatório houvesse indícios da prática de ilícitos penais, cumpria ao aplicador do direito buscar, nas normas contidas no Código Penal Brasileiro, a tipificação delituosa aplicável ao caso concreto. Com a Lei 8.666/93 - embora persistam aplicáveis à espécie várias regras embutidas no Código Penal - o legislador cuidou em criminalizar e estabelecer penas até então não previstas na legislação codificada, no afã de prevenir e reprimir os ilícitos penais praticados por omissão ou ação, no âmbito dos contratos administrativos e nas licitações. O projeto que deu origem à Lei 8.666/93, com efeito, foi oferecido à Câmara dos Deputados pelo parlamentar Roberto Pontes. Em seu esboço inicial, o parlamentar não incluiu no texto regras de natureza penal, pois, em seu entender, as normas penais já existentes (Código Penal e legislação esparsa) já seriam suficientes para disciplinar os atos infracionais porventura praticados na vigência dos contratos administrativos e durante o processo licitatório. Para o Deputado bastava estabelecer no corpo da Lei Licitatória que o Código Penal e Processual Penal seriam aplicados subsidiariamente. Entretanto, durante a tramitação do projeto no Senado Federal, vários dos seus parlamentares resolveram embutir no texto regramento disciplinando figuras criminais de natureza substantiva e adjetiva, o que resultou na aprovação dos artigos 89 a 99 (Dos crimes e das Penas) e artigos 100 a 108 (Do Processo e do Procedimento Judicial). Disso tudo resulta que algumas tipificações delituosas no campo dos contratos administrativos e nas licitações permanecem regradas no Código Penal de 1940, se bem que em número reduzido, embora o legislador de 1993 só tenha previsto aplicação subsidiária do Código de Processo Penal e da Lei das Exe-

cuções Penais³. Estranhou-se, contudo, que o legislador de 1993 não tenha contemplado o Código Penal Brasileiro como fonte subsidiária, pois, como enfatiza Diogenes Gasparini⁴, aos autores de violência ou fraude que podem ocorrer nas arrematações judiciais aplica-se o disposto no art. 358 do Código Penal, dado não se tratar de licitação administrativa.

É claro que a Parte Geral do Código Penal é inteiramente aplicável à espécie, sabendo-se que a Lei de Licitação não estabeleceu normas gerais sobre aplicação da pena, por exemplo, daí ser necessário que se busque no Código Penal⁵ as regras fundamentais para a legalidade da sua fixação. Para se analisar as circunstâncias agravantes e atenuantes do agente que comete um ilícito penal no âmbito dos contratos administrativos e licitações, é primordial captar-se do Código Penal as dirimentes necessárias, pois a Lei 8.666/93 nada prescreveu sobre o tema. Durante o contrato administrativo, para se saber se o agente cometeu uma infração de forma dolosa ou culposa⁶, é evidente que se busca no Código Penal a sua natureza jurídica; ademais, está na norma codificada o conceito necessário para o embasamento jurídico de sua plenitude. Cumpre enfatizar, também, que os atos de improbidade administrativa praticados pelos agentes públicos da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da República, são regulados pela Lei de Improbidade Administrativa⁷ e inteiramente aplicáveis nas licitações e nos contratos administrativos. Assim, pois, se o agente público envolvido num processo

³ Art. 108, Lei Federal 8.666, de 21-06-1993

⁴ Crimes na Licitação, 1ª ed., 1996, p. 24

⁵ Art. 59, Código Penal Brasileiro

⁶ Art. 18, Código Penal Brasileiro

⁷ Lei Federal 8.249, de 02-05-1992

licitatório auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida, no exercício do cargo público, nesse caso, poderá ser ele punido criminalmente, por força da Lei de Improbidade Administrativa. Tem-se, assim, que além das regras capituladas na Lei 8.666/93 e no Código Penal Brasileiro, nas licitações e nos contratos administrativos pode haver, também, necessidade de observar-se a Lei 8.249/92.

Neste trabalho - sem a pretensão de esgotar a matéria - procuraremos fazer um rápido estudo sobre os crimes e o processo judicial no campo das licitações e dos contratos administrativos, mormente com relação aos delitos tipificados na Lei 8.666/93, sabendo-se que, com a vigência desta, várias figuras criminais que antes eram nominadas no Código Penal foram revogadas; ademais, a lei nova, qualquer que seja, quando trata da mesma matéria já regulada por outra, modifica-a ou a revoga, consoante estabelece o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

2. O crime

Sabendo que o conceito de crime, para Heleno Cláudio Fragoso⁸, estabelece-se através de um processo de abstração científica, a partir do Direito Penal vigente, é que a própria Lei Penal cuidou em defini-lo, considerando-o a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa⁹.

É evidente que essa definição legal preconizada em 1940 está superada, uma vez que hoje não só as penas privativas de liberdade e multa podem ser aplicadas ao caso concreto, haja vista que desde há muito introduziu-se a possibilidade de fixação das penas restritivas de direito. Na atualidade, podem ser impostas penas de prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana¹⁰. Por outro lado, com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹ o conceito de infração transmutou-se, pois o ato infracional restou restrito aos menores de 18 anos de idade. Por fim, cumpre assinalar que sempre que o legislador define figuras jurídicas o faz de forma pecaminosa, uma vez que tal tarefa cumpre aos doutrinadores. Para Damásio de Jesus¹² "entre nós, doutrinariamente, o termo infração é genérico, abrangendo os crimes e as contravenções". Observa-se, assim, que o velho texto embutido na Lei de Introdução ao Código Penal encontra-se desvirtuado da atual realidade jurídica brasileira. Magalhães Noronha¹³ define o crime como a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal, enquanto Roque de Brito Alves¹⁴ assegura que o conceito de crime deve ser amplo, cultural, não ficando restrito ao seu aspecto exclusivamente jurídico formal, ao tempo em que o define como a conduta anti-social, reprovável e punível por lei.

⁸ Art. 43, Código Penal Brasileiro

⁹ Lei Federal 8.068, de 13-07-1990

¹⁰ Direito Penal, vol. 1, p. 131

¹¹ Direito Penal, vol. 1, p. 94

¹² Programa de Direito Penal, Parte Geral, 1988, p. 79

⁸ Lições de Direito Penal, 11ª ed., p. 144

⁹ Art. 1º, Lei de Introdução ao Código Penal

3. O crime nas licitações e nos contratos administrativos

Para Diogenes Gasparini¹⁵ as causas que excluem o crime, descritas no art. 23 do Código Penal Brasileiro - legítima defesa, estado de necessidade e estrito cumprimento do dever legal - não se aplicam às licitações, uma vez de configuração impossível. Esclarece o autor que a própria Lei das Licitações cuidou em estabelecer as causas que excluem a ilicitude, citando seus artigos 17, 24 e 25, quando o processo licitatório é inexigível, ou seja, é ele dispensável **ex vi legis**. É claro que o autor foi feliz em sua tese, dada a impossibilidade de se fraudar um processo licitatório em defesa própria ou alheia por uma agressão injusta, porque isso acontecendo não existiria nexo causal algum entre o contrato e o crime, mas sim seria o caso de uma conduta infracional contra a vida de outrem, inteiramente disciplinada pelo Código Penal. Isso quer dizer, destarte, que as excludentes de ilicitudes consagradas no art. 23 do Código Penal não são aplicáveis no âmbito das relações licitatórias e nos contratos administrativos.

Vicente Greco Filho¹⁶ não admite a forma culposa nos delitos de licitação, por considerar que somente o dolo genérico pode se manifestar. Porém, é evidente que nos crimes licitatórios pode ocorrer a sua consumação ou tentativa, a participação, um autor e uma vítima e o concurso material, sendo certo que a sua autoria e materialidade também podem ser apuradas através de inquérito policial, se bem que, tratando-se de crime de ação pública, pode

o titular da ação (Ministério Público), promover a denúncia independentemente da existência de inquérito policial, bastando, para tanto, ter o **parquet** em mãos elementos suficientes para a propositura da ação. Nesse sentido, o art. 101 da Lei 8.666/93 já estabelece a possibilidade de qualquer pessoa do povo fornecer informações sobre fatos e prováveis autorias ao Ministério Público, concluindo-se que, com base em tais informações, a ação penal poderá ser promovida. O fornecimento de dados ao Ministério Público também pode ser exercido pelos magistrados e membros dos tribunais de contas. Vale esclarecer, contudo, que nos crimes licitatórios a ação penal será sempre de natureza pública, ou seja, não depende de qualquer provocação privada, cabendo ao Ministério Público a titularidade absoluta para intentar a ação penal correspondente. É claro que somente no caso de omissão do **parquet**, por sua recusa em propor a ação penal, será admitida a ação privada¹⁷. Também é notório que os inimputáveis - menores de dezoito anos de idade e os doentes mentais - não podem ser responsabilizados criminalmente por alguma ação ou omissão descrita como crime pela Lei 8.666/93. Marçal Justen Filho¹⁸ repudiou a atitude do legislador de 1993 que preferiu adotar somente as penas de multa e privativas de liberdade nos ilícitos penais licitatórios, por entender que nos crimes de menor potencial ofensivo deveriam ser estipuladas penas alternativas, como o fez em 1995¹⁹. Para o autor, "tratando-se da chamada criminalidade econômica, a Lei poderia ter utilizado mais amplamente sanções de cunho pecuniário ou restritivas de direito e deixar em segundo plano as privati-

¹⁵ Ob. Cit. p. 48

¹⁶ Dos Crimes da Lei de Licitações, 1994, p. 60

¹⁷ Art. 29, Código de Processo Penal

¹⁸ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed., p. 590

¹⁹ Lei Federal 9.095, de 26-09-1995

vas de liberdade". A verdade é que a Lei 8.666/93 determinou como regra a incidência da multa, cumulada com pena privativa de liberdade (detenção).

Como já enfatizado, os crimes e as respectivas sanções penais nos contratos administrativos e nas licitações estão capitulados nos artigos 89 a 99 da Lei Federal 8.666/93, aplicando-se à espécie, ainda, algumas regras contidas no Código Penal e também na Lei Federal 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa). Objetivamente, os ilícitos penais praticados no âmbito das licitações e dos contratos administrativos visam a punir não só servidores públicos, mas, em alguns casos, o próprio particular. O crime previsto no art. 89, por exemplo, que pune a realização de licitação sem a observância da Lei, exige a participação ativa do servidor, já que é ele quem desencadeia, desenvolve e conclui o processo licitatório.

Já a utilização de fraude (art. 90), envolve, obrigatoriamente, o concurso de agentes, podendo, assim, ser praticado em participação efetiva do agente público e do particular. No patrocínio de interesses privados perante a administração (art. 91), o sujeito ativo é sempre o agente público, mas a sua consumação dá-se somente quando o Poder Judiciário invalida o processo licitatório, reconhecendo que houve favorecimento a determinada pessoa física ou jurídica, em detrimento do interesse dos demais licitantes. Já o crime tipificado no art. 92 tem como sujeito ativo sempre o agente público, se bem que o seu Parágrafo único estende-se ao particular eventualmente beneficiado em vantagem indevida. Quando se impede, perturba ou se frauda a realização de qualquer ato durante o procedimento licitatório, dá-se a figura criminal descrita no art. 93, sendo certo que aqui, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive o agente público. Mas, se a

sustação do ato for autorizada por decisão judicial, não há crime. Examinar o conteúdo das propostas apresentadas durante o processo de licitação, comprometendo o sigilo das informações nelas contidas, importa na prática do crime delineado no art. 94, cuja pena é de detenção e multa. Aqui o sujeito ativo será sempre o servidor público, até porque é ele o responsável pela guarda de todas as propostas. O afastamento do licitante, com a utilização de violência, grave ameaça ou fraude, tipifica o crime previsto no art. 95 e o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa, até o próprio agente público. A figura criminal exige que o participante, por omissão ou ação de outrem, seja eliminado da licitação. A fraude, em prejuízo da Fazenda Pública, durante o processo licitatório para aquisição ou venda de bens e mercadorias, caracteriza o delito regrado no art. 96, cuja pena é de três a seis anos de detenção, além de multa. O art. 97 da Lei das Licitações tem como sujeito ativo ora o agente público (caput), ora o particular (Parágrafo único). Ocorre quando se habilita pessoa física ou jurídica a ingressar no processo licitatório, sabedor que a idoneidade desses está comprometida. Pune-se também aquele que se habilita na licitação, sem a idoneidade necessária para a formação do contrato com a administração pública. Quando o agente público coloca obstáculo ou impede a participação de pessoa capacitada para se inserir no processo de licitação, agindo de modo a dificultar a habilitação, de forma injusta, comete o crime tipificado no art. 98, cuja pena é de seis meses a dois anos de detenção, mais multa. Por fim, o art. 99 disciplina a forma e o destino da pena de multa aplicada ao infrator. Se, por acaso, além dos ilícitos penais elencados nos artigos 89 a 99 da Lei 8.666/93, o autor da infração, sendo agente público, vier a auferir qualquer tipo de vantagem

patrimonial, dando causa a enriquecimento ilícito, independentemente das sanções penais, civis e administrativas, outras punições podem ser aplicadas ao infrator²⁰, dependendo do tipo de improbidade administrativa consumada ou tentada.

4. O processo judicial criminal

Já se viu que os crimes tipificados na Lei das Licitações são de ação pública incondicionada, embora admitida a ação penal privada subsidiária da pública, não sendo ela proposta pelo Ministério Público em tempo hábil. Sabe-se, também, que qualquer pessoa do povo e membros do Poder Judiciário e Tribunais de Contas podem oferecer subsídios ao **parquet**, quando houver indícios de autoria e materialidade delitiva. Diferentemente do processo criminal comum - em que o prazo para o oferecimento de defesa é de três dias - nos crimes de licitação o lapso temporal é de dez dias, contados após a realização do interrogatório do acusado. Recebida a peça acusatória, cumpre à autoridade judiciária marcar data para o interrogatório do acusado, devendo o réu ser citado, para tal fim. Quando do interrogatório, se o réu não possuir advogado, cabe ao juiz indicar profissional qualificado para defendê-lo em juízo, uma vez primordial a preservação do princípio da ampla defesa²¹. Nas razões preliminares, pode o réu defender-se da acusação, arrolar testemunhas em número nunca superior a cinco, indicando outras provas que poderão ser produzidas. Realizada audiência de instrução e praticadas todas as diligências necessárias, têm o Ministério Público e a defesa o prazo de cinco dias para aviarem suas razões finais,

seguindo-se a sentença do juiz, absolvendo ou condenando o acusado. Igualmente ao processo criminal comum disciplinado no Código de Processo Penal, da sentença cabe apelação ao Tribunal "ad quem", no prazo de cinco dias, contados da intimação do **decisum**. Observa-se, destarte, que o procedimento escolhido pelo legislador de 1993 praticamente já estava embutido no Código de Processo Penal. A única diferença que se vislumbra, com efeito, é no prazo para o oferecimento de defesa prévia, uma vez que a Lei 8.666/93 concedeu maior prazo para a defesa preliminar. Todos os demais dispositivos de natureza processual, porém, já estavam consubstanciados na Lei Processual Penal de 1941.

5. Conclusões

- a) Antes da vigência da Lei Federal 8.666/93, eram os Decretos-leis 200 e 2.300/86 que estabeleciam normas gerais sobre as licitações e contratos administrativos. Os referidos decretos foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 e disciplinaram a matéria até 21-06-1993, data da entrada em vigor da lei 8.666/93.
- b) O projeto original que deu origem à Lei 8.666/93 não contemplava qualquer regra de natureza penal ou processual penal. Durante as discussões no Senado Federal é que normas incriminadoras e adjetivas foram embutidas.
- c) O legislador de 1993 só autorizou aplicação subsidiária do Código de Processo Penal e da Lei das Execuções Penais, esquecendo-se que algumas normas inseridas no Código Penal têm aplicação, mormente a sua Parte Geral.

²⁰ Art. 11, Lei Federal 8.249, de 02-08-1992

²¹ Art. 5º, LV, Constituição Federal

- d) A Lei Federal 8.249/92 - Lei de Improbidade Administrativa - é inteiramente aplicável às licitações e contratos administrativos, sempre que ao servidor público seja imputado recebimento de vantagem patrimonial que configure enriquecimento ilícito.
- e) A definição de crime, consagrada na Lei de Introdução ao Código Penal, está superada, uma vez que o conceito de infração tanto pode ser concebido no crime, como na contravenção penal. É arcaica a definição, também, porque hoje não só as penas privativas de liberdade e multa podem ser aplicadas ao caso concreto, pois as penas restritivas de direito existem no ordenamento jurídico do país.
- f) Nos crimes consumados ou tentados, praticados durante o processo licitatório e nos contratos administrativos, são inaplicáveis as excludentes de ilicitudes descritas no Código Penal, uma vez de configuração impossível e tendo em vista que a própria Lei 8.666/93 já disciplina a matéria.
- g) Renomados doutrinadores brasileiros não admitem a forma tentada nos crimes licitatórios, mas sim o dolo genérico ou específico.
- h) Há um consenso entre os juristas, de que as penas privativas de liberdade, hoje, só devem ser fixadas nos crimes de extrema gravidade. Nas licitações e nos contratos administrativos, pecou o legislador quando não estipulou penas alternativas aos infratores, nos crimes de menor potencial ofensivo.
- i) Nos crimes licitatórios, a ação penal é iniciada por interferência exclusiva do Ministério Público. A ação privada subsidiária da pública só é autorizada por omissão do **parquet**.
- j) No âmbito das licitações e dos contratos administra-

- tivos, podem ser sujeitos ativos do crime não só os agentes públicos, mas, também, os particulares, nos casos em que a Lei assim prescreveu.
- k) Aos condenados pela prática de crimes licitatórios, podem ser estipuladas, sempre, penas de multa e detenção.
- l) O processo judicial que apura a existência de crime nas licitações, disciplinado na Lei 8.666/93, é idêntico ao processo comum já previsto no Código de Processo Penal de 1941, à exceção do prazo para o oferecimento de defesa prévia por parte do acusado.

6. Referências Bibliográficas

- ALVES, Roque de Brito. *Programa de Direito Penal (parte Geral)*. Recife: Fasa Editora, 1988.
- DALARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- GASPARINI, Diógenes. *Crimes na Licitação*. São Paulo: Editora Nova Dimensão Jurídica, 1996.
- GRECO FILHO, Vicente. *Dos Crimes da Lei de Licitações*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. v.1
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 1998.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

AUTOPOIESE VERSUS PRÁTICA PROCEDIMENTAL: O FALSO DILEMA DO PODER JUDICIÁRIO

Alexandre da Maia

Mestre e doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Mestrando em teorias críticas do direito pela Universidad Internacional de Andalucía, Espanha. Professor de introdução ao Direito na Faculdade de Direito de Olinda. Professor de Filosofia do Direito na Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE.

SUMÁRIO

1. Introdução: dogmática jurídica e auto-referência social. 2. A teoria da autopoiese nos ramos do conhecimento. 2.1. A autopoiese biológica. 2.2. Autopoiese social de Niklas Luhmann. 3. Autopoiese jurídica entendida como "direito alternativo". 3.1. "Instituído" e "instituinte": a teoria de Edmundo Arruda Jr. 3.2. Cláudio Souto e o direito alternativo como desviantes da ordem estatal. 4. O direito alternativo como autopoiese: procedimentos extradogmáticos. 4.1. Desvinculação entre o direito e o Estado: verificação sociológica do direito extra-estatal. 4.2. Procedimentos dogmáticos intra-estatais. 4.3. Procedimentos extradogmáticos e procedimentos legais. 5. Poder judiciário e autopoiese no foro do Recife. 5.1. Princípios do impulso oficial e da breve solução dos litígios. 5.2. A "política das boas relações" na comarca do Recife. 5.2.1. Atuação dos advogados e estagiários na obtenção da agilização processual. 5.2.2. A "política" como procedimento extradogmático e/ou legal. 6- Conclusões: autopoiese e cidadania. 7- Referências Bibliográficas.

1. Introdução: dogmática jurídica e auto-referência social

A idéia de uma organização jurídica a partir de determinadas bases do pensamento filosófico não vem apenas de nossos tempos, mas pode-se dizer que as peculiaridades desse modo organizacional conhecidas hoje possuem uma atualidade acentuada no contexto histórico das idéias jurídicas.

Existe, dentro das estruturas de poder, uma necessidade de justificar seus atos perante a esfera social, a fim de que possa haver a concordância dos membros da sociedade civil com as ações públicas¹. Para tanto, há a necessidade premente de se fixar critérios de observação e aplicação do direito que sejam considerados *válidos*² pela localidade em que tal exercício de poder está inserido, critérios esses que se destacam pela inexorabilidade, sem se poder questionar as suas bases de construção e seus pilares ontológicos. Caracterizada, enfim, está a dogmática jurídica como esta atual forma de organização jurídica e seus instrumentos de incidência - as normas jurídicas estatais - funcionando como um sistema de regulamentação de condutas³.

A partir desse entendimento, as estruturas de poder estabeleceram paradigmas básicos de observação da realidade jurídica, sendo um deles a teoria das fontes, formais e materiais, de produção do direito, tendo por base o princípio da ascensão do direito manifestado de forma escrita pelos órgãos de poder sobre as demais fontes do direito, pouco importando a sua forma de produção⁴. É nesse contexto, aliado à pretensão do monopólio da pro-

dução do direito e da *juris dictio* pela estrutura de poder organizada (que vamos chamar de Estado), bem como pela chamada proibição do *non liquet* que se verifica o chamado direito dogmático estatal, ou seja, alheio às influências de outras formas de organização social não-jurídicas (que denominaremos grosseiramente de subsistemas)⁵.

Outra forma de estudo de um positivismo, desta vez relacionado ao estudo sistêmico-funcional⁶, especificamente ao estudo de subsistemas existentes no sistema social, tem origem na teoria biológica da *autopoiesis*, criada pelos biólogos Maturana e Varela e implantada nas ciências sociais por Niklas Luhmann, professor emérito da Universidade de Bielefeld. É essa nova forma de se explicar o fenômeno jurídico que traremos a lume no presente trabalho, buscando determinar como a teoria da auto-referência dos subsistemas sociais, e especialmente do direito, pode determinar o conteúdo da aplicação normativa na nossa sociedade, e quais os reflexos dessa teoria na prática judicial brasileira.

O mecanismo de auto-referência está, no dizer de Luhmann, em todos os subsistemas jurídicos da modernidade, como uma forma de se estabelecer quais são os fundamentos da decisão tomada pelos órgãos de poder. Veremos do que se trata e qual a relação direta de tal teoria com a realidade jurídica, em especial com o âmbito de investigação empírica por nós adotado. Nossa tese se reflete na lição de João Maurício Adeodato, em que o refe-

¹ Adeodato, 1989, especialmente a introdução da obra (pp. 1-15) e o capítulo que versa sobre legitimidade e legitimação (p. 53 s.), que faz uma análise do normativismo e do legalismo dentro da teoria positivista.

² A validade, dentro da teoria positivista, é um pilar importante para a sustentação da ideia de inegabilidade dos pontos de partida, muito embora haja uma série de divergências doutrinárias quanto ao seu conceito. Em verdade, há uma grande confusão entre as ideias de validade, vigência e eficácia da norma jurídica. Para uma distinção entre essas esferas de observação normativa, cf. Ferraz Jr., 1994: passim. Sobre a ideia de inegabilidade dos pontos de partida, cf. Ferraz Jr., 1980: 95 s.

³ Para se verificar as circunstâncias históricas que construíram as bases do positivismo estatal, baseado na dogmática jurídica, cf. Adeodato, 1997, especialmente nas pp. 20-22.

⁴ Sobre fontes do direito, cf. Ascensão, 1994: 195 s.; Kelsen, 1995: 129-136, além de um capítulo sobre jurisprudência nas pp. 165-179. Cf. M. Diniz, 1995: 255-259. Em outro aspecto, observando os pilares do dogmatismo como um meio de manutenção do discurso da ideologia dominante, que não contribui para a produção de um conhecimento científico, cf. Warat, 1993: 101-104.

⁵ Cf., para um estudo mais aprofundado sobre o tema, Ferraz Jr., 1994: 85-94, no qual se diz respeito às características básicas do direito dogmático. Cf. M. Adeodato, 1996: 08-16. Sobre a teoria dos sistemas no direito, cf. Neves, 1988: 1-15 e Ferraz Jr., 1976: 123 s.

⁶ Para uma análise dos métodos do pensamento nas ciências sociais, dentre os quais o modelo funcional, cf. Souto, 1987: 41-51, especificamente sobre o funcionalismo nas pp. 48-49.

rido autor questiona a real aplicação da auto-referência jurídica em uma ordem jurídica caracterizada por uma realidade subdesenvolvida (Adeodato, 1985: 65-92 e 1992 a: 207 s.). Nesse contexto, buscaremos mostrar como o poder judiciário, em função das diferenças de enfoques, vive numa encruzilhada entre o ditame da lei e as práticas processuais do dia-a-dia, refletindo essas numa hetero-referência (*alopoiese*) do direito.

Formalmente, organizamos o texto através de referências bibliográficas no sistema autor-data, o que não impede o uso de outras fontes necessárias ao estudo do tema, mas não citadas no corpo do texto. O uso do negrito destaca os títulos dos livros e dos veículos em que foram publicados os artigos, ou para se dar uma ênfase a alguns trechos do texto. As aspas são efetuadas para o destaque dos títulos dos artigos, citações *ipsis literis* ou termos de duplo sentido, que refletem um certo caráter jocoso em seu uso.

2. A teoria da autopoiese nos ramos do conhecimento

2.1 A autopoiese biológica

Os chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela buscaram, através da teoria da autopoiesis, resolver uma das questões que mais intrigam o ser humano desde tempos imemoriais: a da vida. Como determinar que certo sistema biológico possa ser considerado um sistema vivo? O que caracteriza um sistema vivo, independentemente das contingências de tempo e espaço que o meio circundante oferece? (Antunes in Teubner, 1993: II-III) Para solucionar esse complexo e gigantesco impasse, tais ci-

entistas biológicos propuseram a seguinte ideia: o que caracteriza um sistema vivo - animal ou vegetal - é a sua autonomia, ou seja, cada sistema vivo possuiria uma forma de produção própria, fechada, circular e auto-referencial de constituir as relações dos elementos que compõem aquele sistema.

A auto-referência biológica estaria no fato de que a interação entre os próprios elementos componentes do sistema é o que caracterizaria a sua própria ordem interna. Não haveria, por conseguinte, elementos externos que pudessem influenciar de maneira direta aquele sistema, pois os seus próprios componentes já bastam de per si para que as relações, sempre sistemáticas, se dêem de uma maneira a diferenciar aquele sistema, agora dito "vivo", dos demais que lhe são distintos. Tal afirmativa é defendida com tal veemência que os autores defendem que a autopoiese é, em síntese, a "condição última, necessária e suficiente, para a própria vida" (Maturana e Varela, 1981: XVII). Essa ordem, além de auto-referente, é também auto-reprodutiva, pois os elementos dos sistemas vivos são produzidos pelo próprio mecanismo autopoietico de relações.

O organismo vivo também seria dotado, como um corolário da ideia da autopoiese, de uma clausura organizacional (*organizational closure*), que consistiria na auto-observação sistemática, pois os elementos desse sistema se referem sempre a si mesmos, como um grande conjunto de relações internas, e não aos meios circundantes. Todavia, essa ideia de clausura organizacional traz à luz um posicionamento epistemológico interessante: a afirmativa de que as observações efetuadas pelos organismos vivos ao mundo exterior não passam, na verdade, de uma observação de si próprios, pois a

clausura pressupõe a ausência de relação entre observador-observado, visto que o observado seria a visão obtida pelo observador da realidade que o cerca. Logo, o observador não pode realmente explicar o objeto observado, mas tão-somente obter a sua impressão de como o objeto observado lhe parece⁷. Seriam descrições que o próprio observador faria, não conseguindo perceber a essência ontológica do observado (Maturana e Varela, 1981: 39). Em síntese, pode-se dizer que a teoria da autopoiese se resume a três fatores que são característicos desses sistemas: são fechados, circulares e auto-referentes, como já explicado acima.

A autopoiese do sistema biológico deu origem a uma verdadeira avalanche de estudos nas mais diversas áreas do conhecimento. Essa interdisciplinariedade também atingiu a Sociologia e o Direito, com várias formas de teorização. No presente trabalho, faremos uma análise da teoria sistêmico-funcional de Niklas Luhmann.

2.2 Autopoiese social de Niklas Luhmann

Como já dito anteriormente, a teoria da autopoiese, antes de cunho exclusivamente biológico, foi incorporada a inúmeros ramos do pensamento para tentar solucionar algumas de suas investigações epistemológicas⁸. Nas ciências sociais, seu reflexo se deu através da obra de Luhmann⁹, incorporando as idéias

de Maturana e Varela para o contexto da sociedade, agora observado por Luhmann, na modernidade, como um sistema complexo, que seria formado por relações auto-referentes entre os seus respectivos componentes.

O homem passa, então, a ser observado como um mero condutor do processo de comunicação, mas não parte integrante do mesmo, já que a autopoiese social se caracteriza por ser um conjunto ordenado e autônomo de comunicações que, cristalizadas por uma prática em um determinado ponto no tempo, servem de base de produção de novos sistemas comunicativos.

Esse conjunto autopoietico de comunicações, além de criar uma nítida diferença entre a autopoiese biológica e a social, ainda serve para a fixação de um dos paradigmas da idéia de modernidade¹⁰, através da noção de que, dentro do sistema social, percebemos que começam a surgir códigos peculiares de informação. Em função da complexidade desses códigos é que se começa a perceber a existência de sistemas menores dentro da perspectiva social, o que chamamos de "subsistemas", e que alguns autores chamam de subsistemas sociais autopoieticos de segundo grau (Antunes in Teubner, 1993: XIII). Por conseguinte, tantos subsistemas existirão quantos forem os múltiplos códigos binários de informação que venham a surgir no meio social, o que garante uma certa autonomia desses subsistemas para com o sistema social em observação. Exemplificando, o código binário que informaria a existência do subsistema jurí-

⁷ Esse argumento tem, inequivocamente, uma influência filosófica bastante acentuada, especificamente no que tange à chamada ontologia analítica, em que se destacam as obras de Max Scheler e Nicolai Hartmann.

⁸ Uma pequena amostra desses ramos está estampada em Antunes in Teubner, 1993: III.

⁹ Verificar, inicialmente, Luhmann, 1980, em que já há menção do termo "diferenciação funcional" como elemento caracterizador da modernidade ocidental, mas sem usar ainda a expressão "autopoiese".

¹⁰ Vale salientar que a noção de modernidade, empregada no presente texto, não se confunde com a celebre divisão das Eras do mundo ocidental. Falamos de modernidade como emancipação das ordens normativas que compõem o mundo ético.

dico seria o "lícito/ilícito", o econômico o "ter/não ter", o político o código "poder/não poder", dentre outros¹¹, o que influencia diretamente as noções de cidadania e acesso à justiça como categorias de pensamento e como palavras que carregam em si uma dose excessiva de emotividade, sem se tratar desses temas importantes com o rigor científico necessário.

Mas o que Luhmann observa é que essa certa autonomia existente entre os subsistemas não impede a efetivação da autopoiese, mas sim determina a existência de ciclos autopoieticos dentro dos próprios subsistemas. Nesse entendimento, o direito, assim como os demais subsistemas componentes do sistema social, seria, também, autopoietico, pois, para ele, os fundamentos e as motivações das decisões¹² emanadas do subsistema jurídico são exclusivamente produzidas no referido subsistema, não havendo, por conseguinte, nessa teoria, uma influência direta dos demais subsistemas frente ao jurídico.

Dentro desse pensamento, o fundamento de legitimidade do direito estaria no próprio direito, e não nos demais subsistemas que compõem o sistema maior, que seria o social. A partir desse entendimento, verificamos a existência de, pelo menos, três pontos que nos parecem caracterizadores da teoria da autopoiese: a auto-referência, a circularidade e a clausura organizacional.

3. Autopoiese jurídica entendida como "direito alternativo"

3.1 "Instituído" x "instituinte": a teoria de Edmundo Arruda Jr.

Nosso estudo a respeito do tema ora em análise consiste também em determinar que a chamada "Escola do direito alternativo" confunde-se necessariamente com a idéia de autopoiese social exposta acima. Para isso, faremos uma análise dirigida à especificação do de alternatividade jurídica. Para tanto, tomamos como base o referencial de Edmundo Lima de Arruda Junior, notório estudioso do tema, a fim de observar a sua teoria a respeito de uma idéia de alternatividade, que mesclaremos com a teoria de Cláudio Souto, até chegarmos a uma idéia própria do objeto de investigação, baseada na lição de João Maurício Adeodato.

Para facilitar o entendimento de sua teoria, Arruda Jr. observa o fenômeno jurídico em dois planos (*Arruda Jr.*, 1992: 174): o instituinte e o instituído, em que este seria uma observação jurídica intra-estatal, sem haver uma preocupação com os ditos direitos insurgentes, e aquele corresponde a uma constatação do pluralismo jurídico, ou seja, da existência de ordens jurídicas paralelas ao Estado. Dentro dessa investigação há uma subdivisão conceitual, formando-se três planos: o instituído sonogado, o instituído relido e o instituinte negado.

A esfera do instituído sonogado corresponderia à concretização de princípios constitucionais considerados como "conquistas" (*Arruda Jr.*, 1992: 174), a fim de se aprimorar a noção de cidadania com a realização na experiência de direitos considerados fundamentais, tais como

¹¹ Para uma crítica à teoria Luhmanniana, cf. Neves, 1993: 322-331. Tal posicionamento será discutido mais adiante.

¹² Para um estudo sobre a necessidade de decisão de conflitos na arena jurídica, cf. Ferraz Jr., 1994: 309 s.

o direito à saúde, à educação etc. Em suma, verificação empírica de normas-princípio do ordenamento jurídico estatal, que, de tão genéricas e abstratas que são, não se efetivam no mundo dos fatos.

Por instituído relido entende-se uma atividade de hermenêutica mais concatenada à realidade social, em que se buscariam, dentro do sistema jurídico estatal, as soluções de conflitos mais interligados ao mundo empírico, em função da "ruptura do paradigma liberal-legal" (Arruda Jr., 1992: 174), observando-se o direito como um sistema complexo, sobre o que já traçamos comentários anteriores. Note-se que ambas as formas de estudo acima, dentro do plano do instituído, não fogem da seara estatal para que se obtenha uma prática "emancipatória". A crítica que podemos fazer é a inexistência de um "uso alternativo" do direito nessas perspectivas analisadas supra. Já fizemos tal observação acima, em que a interpretação sistematizada de normas jurídicas estatais não é uma forma alternativa de solução de conflitos. Muito pelo contrário: os doutrinadores do direito, em sua grande maioria, já abordam esse tema sem maiores dificuldades de compreensão, não consistindo, portanto, em nenhuma inovação o que é salientado nas perspectivas do instituído.

O plano do instituinte negado consagra o pluralismo jurídico, no dizer do autor ora analisado. Trata-se de uma busca por direitos não positivados pela ordem estatal, mas verificados empiricamente no seio social, ou seja, direitos eminentemente subjetivos e positivos, mas não tutelados pelo Estado, em que se vê a atuação dos movimentos sociais, já frisada anteriormente (Arruda Jr., 1993: 185). O autor salienta a necessidade cada vez maior de se buscar fazer uma relação entre o direito instituinte e o

instituído, para que não se verifiquem incoerências na conquista do instituinte.

Seria, pois, nessa perspectiva que se perceberia o direito alternativo extra-estatal, um direito eminentemente paralelo ao do Estado, em que não há, no nosso entender, uma necessidade de inserção no ordenamento jurídico estatal, mas apenas, na opinião do referido autor, uma necessidade de inter-relação entre as expectativas analisadas. Logo, um direito alternativo *lato sensu* englobaria as três categorias citadas supra, incluindo o que se chama de "uso alternativo" do direito. Já um sentido mais restrito ao campo da extra-estatalidade só abriria espaços para a existência do instituinte negado. Concordamos com Arruda Jr. na existência de um direito à margem do Estado, mas não acreditamos ser só essa a faceta do direito alternativo.

3.2 Cláudio Souto e o direito alternativo como desviante da ordem estatal

Cláudio Souto vem pautando seus últimos trabalhos na observação de que não existe ainda um modelo rigoroso de ciência social que venha a definir, a partir de métodos e técnicas de pesquisa empírica, o verdadeiro conteúdo do direito (Souto, 1992 b: 139-141), visto serem, em sua opinião, bastante vagos os conceitos de direito colocados em análise pelos doutrinadores, afirmando que tais enunciados se prendem unicamente à forma de manifestação do direito, e não ao que realmente é, ou seja, o seu conteúdo. Assevera ainda que, em uma época de pós-modernidade científica e tecnológica, não se admite pensar o direito através de um enfoque pré-iluminista, ou seja, o direito como ordenamento jurídico estatal,

hermeticamente fechado e não aberto a mudanças (*Souto*, 1993: 29-30). Para Souto, se o Direito pretende ser uma ciência, não pode trabalhar com conceitos fechados e não abertos à modificação, visto que o dogma é incompatível com a idéia de ciência que, em pleno surgimento do Séc. XXI, é pautada pela transitoriedade dos conceitos. A pós-modernidade científica se caracteriza pela mutabilidade e possibilidade plena de questionamento dos conceitos que explicam, no momento, alguns fenômenos da realidade social.

Em artigo recente, o autor busca enquadrar o movimento do direito alternativo à teoria da necessidade de uma cientificidade do direito, por ele defendida. Logo, não se poderia estar adstrito à ciência formal do direito, ou dogmática jurídica, pois o direito estatal, como manifestação jurídica, é mera forma, e não conteúdo da idéia de direito. Logo, para se ter uma noção exata do que vem a ser o direito alternativo, há, na opinião de Souto, uma necessidade de que se tome por base um conceito de direito, não o limitando ao Estado (*Souto*, 1996: 16), visto que, se assim não for, não teríamos uma noção de conteúdo do direito e do direito alternativo, reduzindo-se, então, a meras formas, como a estatal e a popular (*Souto*, 1996: 24-27).

Souto afirma, com muita propriedade, que não se pode reduzir o direito alternativo a uma mera forma de manifestação popular, pois tanto o estatal quanto o popular são apenas formas de manifestação do direito. Assim, não é só porque a prática é extra-estatal que ela será direito, o que transformaria a idéia de um direito alternativo como sendo apenas a substituição da forma "estatal" pela forma "social", "grupala" como critério de obtenção de justiça (*Souto*, 1996: 24). Desse modo, bus-

car-se-á o direito em quaisquer das suas formas de manifestação, sendo direito aquele sentimento de agradabilidade informado por técnicas rigorosas de pesquisa. A partir desse conceito, direito alternativo seria aquele desviante da forma dogmática de observação do direito (*Souto*, 1996: 33-34).

Jamais o direito alternativo, pelo conceito dado, poderia coincidir com a legislação estatal, pois, se assim fosse, iria de encontro à própria etimologia da palavra, que nos dá a noção de um "outro direito", paralelo ao Estado. O direito só seria alternativo pela caracterização de sua semelhança em relação à forma estatal. No dizer do autor "essa idéia de desvio é, de fato, essencial à atividade jurídica" (*Souto*, 1996: 22). O direito alternativo teria também uma herança do jusnaturalismo (*Souto*, 1996: 23), em função da idéia de justiça que pauta a ideologia dos seus doutrinadores. Conclui Souto que, se o chamado direito alternativo quiser ser, de fato, uma prática jurídica, deve pautar pela idéia de semelhança, configurada na cooperação e na paz, e não em dessemelhança, que gera o conflito e a competição (*Souto*, 1996: 62).

Em nossa opinião a respeito do tema, concordamos com Cláudio Souto quando ele coloca a problemática forma *versus* conteúdo do direito, e que não se pode apenas eleger uma nova forma de legitimação das práticas jurídicas, que seria aquela advinda do mundo empírico, e simplesmente chamar essa alteração de referencial jurídico de "direito alternativo". Lembre-se de que as práticas insurgentes da sociedade podem, também, trazer em si uma noção de dominação nociva à comunidade em geral (*Oliveira*, 1992: 197). Ocorre, todavia, que não se deve pensar o direito alternativo como sendo

aquele que é fruto do bem e da emancipação dos insurgentes¹³, pois tal noção, amplamente vaga em sua forma, pode englobar conteúdos dos mais diversos e até mesmo incompatíveis entre si. Às vezes os autores do direito alternativo realizam verdadeiros discursos políticos em prol dos oprimidos etc.¹⁴, mas essa idéia, muito embora bem intencionada, pode ser explorada exatamente em sentido contrário, transformando o que era libertação em escravização social. Assim, a idéia de Cláudio Souto sobre uma alternatividade do bem, da semelhança, pode englobar vários conteúdos distintos e até excludentes.

Além do que, adotando uma postura crítica ao trabalho do autor, **caso percebamos o direito no conceito ora fornecido, não é possível se falar em direito alternativo**, pois as esferas estatal e social seriam meras fontes de surgimento do direito, indo se buscar, tanto em uma quanto em outra, a sua "essência", que seria justamente o sentimento de agradabilidade informado por técnicas rigorosas de pesquisa. Logo, encontrando nessas esferas o que venha a ser o jurídico, parece bastante claro que **toda a realidade que não se enquadrar nesse sentimento de agradabilidade simplesmente não é direito**. Então, fica precário se falar em um direito alternativo no conceito dado, pois isso faria o autor entrar em contradição com a sua idéia de direito.

¹³ Tal idéia está estampada em *Adeodato*, 1992 a. 240. Esse artigo demonstra uma série de influências de fatores externos na produção e aplicação do direito subdesenvolvido.

¹⁴ Como em *Andrade*, 1992: 80-81, em que exclama: "O operador jurídico pode continuar atuando nos padrões tradicionais, dizendo-se neutro ou não, atendendo aos interesses dos detentores do poder ou, **avocando uma postura alternativa, transformar-se em um combatente orgânico na defesa dos direitos dos oprimidos**. Trata-se de optar por uma posição, assumi-la e praticá-la". O grifo é nosso.

Observaremos o direito alternativo como sendo um procedimento extradogmático, só que ampliando a noção dada, incluindo um antidogmatismo presente nas próprias normas estatais. Para nós, sem dúvida, a existência de um direito extra-estatal, mas podem ser observadas práticas de um direito alternativo nos próprios órgãos e leis do Estado (*Adeodato*, 1991: 48).

4. O direito alternativo como alopoiese: procedimentos extradogmáticos

4.1 Desvinculação entre o direito e o Estado: verificação sociológica do direito extra-estatal.

Neste ponto, analisaremos a nossa idéia de alopoiese jurídica, vista como um procedimento extradogmático e equivalendo-se à noção de alternatividade jurídica, ou seja, à margem dos princípios norteadores da dogmática jurídica, já explicitada supra. Para que se admita uma noção de extradogmatismo, percebe-se que há uma *conditio sine qua non* para a respectiva análise: a impossibilidade de o Estado tutelar as relações jurídico-sociais emergentes, gerando, por conseguinte, a não-identificação do direito para com o Estado. Nesse particular, a posição de Cláudio Souto é importante e esclarecedora.

O Estado é apenas uma das formas de manifestação do direito, em que as práticas extradogmáticas, que chamamos de direito alternativo, têm inserção. Pela inércia estatal já explicitada acima, vê-se uma crise de legitimação do poder¹⁵. Assim, verifica-se que o direito dogmáti-

¹⁵ Sobre legitimidade e legitimação, cf. *Adeodato*, 1989: 53 e seq. Sobre a legitimação tradicional, *Adeodato*, 1992 a: 210.

co estatal perdeu progressivamente o contato com a vida social, tornando-se alheio à observação dos fatos (*Ascensão*, 1978: 05).

Em virtude de tal hiato, certas situações jurídicas passam a buscar uma legitimação independentemente do aparato estatal, que, por vezes, lhes é contrário, surgindo, então, procedimentos extradogmáticos dentro de uma determinada sociedade. Adeodato coloca que tais procedimentos marcam, de maneira acentuada, o que ele denomina de "direito subdesenvolvido"¹⁶, haja vista a necessidade de uma decisão de conflitos sociais aliada à inércia do Estado, concluindo-se que, se há a necessidade de decidir, e o Estado não o faz, alguma outra instância normativa terá que gerar uma decisão, posto que, se assim não ocorrer, observar-se-á que grande parte da população "não vive o direito" (*Adeodato*, 1992 b: 159).

Assim, o direito extra-estatal é percebido através de um exame da realidade social, onde se verificam formas organizadas de solução de conflitos fora da observação cada vez mais descontínua do Estado, como no exemplo de um critério para a distribuição de alimentos para os moradores mais antigos de uma comunidade carente por parte da respectiva associação de moradores, em detrimento dos mais novos. Trata-se de um critério extradogmático para evitar a perpetuação de determinado conflito surgido, no caso o da associação de moradores com os habitantes da comunidade. O Estado, como se vê, não tomou partido na relação jurídica travada entre as partes elencadas supra, ape-

nas há uma verificação, nesse caso, de uma prática praeter legem no que diz respeito ao reflexo dessa prática junto ao meio estatal.

4.2 Procedimentos dogmáticos intra-estatais.

Até o presente momento, observamos a noção de procedimento extradogmático como sendo aquele efetuado à margem do Estado, onde a *praxis* social, independentemente do auxílio estatal, tenta conquistar e exercer certos direitos e solucionar conflitos existentes em seu meio, ou seja, práticas eminentemente marginais, no sentido de se verificarem fora do âmbito estatal. Buscaremos, agora, caracterizar os procedimentos extradogmáticos que se estabelecem na realidade e estrutura de um Estado subdesenvolvido ou periférico, configurando a alopoiese dos sistemas jurídicos subdesenvolvidos (*Adeodato*, 1992 a: 239).

O Estado, em uma realidade subdesenvolvida, que se caracteriza pela sua impossibilidade de deter o monopólio da produção do direito, possui uma série de mecanismos paralelos para buscar solucionar os conflitos surgidos. Tais mecanismos paralelos, como procedimentos extradogmáticos que são, por vezes se tornam indispensáveis ao perfeito funcionamento da engrenagem do Estado.

Assim, o Estado, no exercício do seu poder, torna-se eminentemente dependente de subsistemas inseridos no seu meio para alcançar seus fins, legitimando suas decisões. Por vezes, tais práticas são disfunções do sistema, mas que, mesmo assim, são necessárias para o seu funcionamento. Buscaremos exemplificar essa realidade a partir da análise do poder judiciário do Estado de Pernambuco. Verificam-se esses procedimentos através da positivação

¹⁶ Sobre o conceito de subdesenvolvimento, cf. *Adeodato*, 1992 a: 215 e seg., em que o autor não nega a origem econômica do termo, e até reconhece que o seu emprego possa ser um uso de estruturação retórica para fundamentar o seu posicionamento.

estatal ou da prática corriqueira na atuação dos órgãos estatais.

Um procedimento extradogmático fruto da positivamente estatal é aquele que se constitui através das fontes oficiais de produção do direito estatal, muito embora sejam contrários às normas-princípio que regem tal ordenamento jurídico. Um exemplo patente está na obra de João Maurício Adeodato, quando faz menção a uma lei estadual que cria os cargos de conciliador e de secretário dos Juizados Especiais de Pequenas Causas. Nela se observa que tais cargos, por força do art.3º da Lei n. 10.293, de 12 de julho de 1989, são de livre nomeação do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Ora, pela análise do dispositivo legal, percebe-se que ele, muito embora se verifique na realidade fática, vai de encontro por completo à norma-princípio que reza sobre o provimento de cargos públicos através de concurso (*Adeodato*, 1992 a: 230).

Práticas extradogmáticas intra-estatais também são observadas na rotina diária do serviço público, através de ações e omissões conscientes de uma estratégia de legitimação imposta a partir de uma prática social.

4.3 Procedimentos extradogmáticos e procedimentos ilegais.

Importante agora fazermos uma distinção entre os procedimentos extradogmáticos e os procedimentos ilegais dentro da apreciação do tema, para que, em seguida, façamos o relato dos dados empíricos coletados para este ensaio. Inicialmente, pode-se dizer que, na realidade, ambas as perspectivas se configuram e, por vezes, harmonicamente, no sentido de que a aplicabilidade de uma

não acarreta na impossibilidade de verificação da outra. Logo, podem coexistir no mundo empírico, como de fato coexistem, ambos os tipos de procedimentos.

Podemos chamar de procedimentos extradogmáticos intra-estatais aqueles tolerados e, por vezes, instituídos pelo Estado, a fim de buscar a legitimação de suas ações dentro de sua esfera de atuação, utilizando-se de inúmeros arcabouços retóricos para atingir a sua finalidade. São, por assim dizer, práticas que, muito embora contrariem normas-princípio do ordenamento jurídico estatal, verificam-se como sendo *praeter legem*, sem ir de encontro à lei efetivamente. É o caso, por exemplo, de políticas de amizades, em que determinada pessoa, por gozar da simpatia de um funcionário público, obtém privilégios não ilegais, mas não recomendados pelos princípios que são retores da ordem jurídica do Estado, como o de ver seu procedimento administrativo ser solucionado de modo mais célere.

A ilegalidade em torno dos procedimentos está em se violar diretamente dispositivos de fontes oficiais de produção do direito, como no caso da corrupção (*Adeodato*, 1992 a: 234-235), em que se vai de encontro aos dispositivos da lei, que caracteriza, no exemplo ora trazido à baila, tal ato como crime.

Como se vê, em uma mesma realidade podem coexistir procedimentos extradogmáticos e procedimentos realmente ilegais. O importante é que a teoria observa a dependência do Estado em relação a essas práticas de legitimação, pouco importando se são ilegais estritamente ou não. Apenas se verifica que o Estado no direito subdesenvolvido depende desses subsistemas caracterizados pelo seu grau de extradogmaticidade intra-estatal (*Adeodato*, 1991: 49), conforme tentaremos verificar através da análise do poder judiciário do Estado de Pernambuco.

5. Poder judiciário e alopoiese no foro do Recife

5.1 Princípios do impulso oficial e da breve solução dos litígios

Pelos estudos de teoria geral do processo, sabe-se da existência de dois princípios fundamentais que norteiam todo o direito processual. Trata-se dos princípios do impulso oficial e da breve solução dos litígios. O primeiro assevera que, uma vez ajuizada qualquer ação, pouco importará a vontade das partes para a composição da lide proposta, pois o Estado, e só ele, tutelará o andamento do processo e as diligências que devem ser efetivadas para que o processo possa estar em constante andamento.

O segundo princípio, pelos estudos realizados, deve andar atrelado ao primeiro, ou seja, os processos serão julgados com a maior rapidez e celeridade possíveis, dentro do impulso oficial. Logo, não importa apenas que os atos sejam praticados pelo poder público, mas também que esses atos sejam verificados da maneira mais rápida possível, evitando, assim, a eternização da lide. Tal assertiva nos leva a concluir que a vontade das partes seria irrelevante para a obtenção do impulso oficial e a breve solução dos litígios, isso é, o Estado se encarrega de dar andamento aos processos e de fazê-lo da maneira mais célere, configurando, assim, no mundo dos fatos, a principiologia processual destacada.

Ocorre que, pela observação por nós feita, nem sempre assim se verifica. Melhor dizendo: quase nunca. O fórum vive, todo o dia, abarrotado de advogados e estagiários de direito numa busca frenética pelos andamentos processuais que interessam a eles. Nos processos em que

não cabe a movimentação processual, simplesmente deixam-no ao sabor amargo do impulso oficial, que, em virtude do excesso de processos nas Secretarias e do reduzido número de serventuários, dentre outros motivos mais escusos ou ilegais, torna-se ineficaz e praticamente inexistente. Tanto assim que os processos deixados ao impulso oficial demoram muito mais tempo para serem julgados do que os "impulsionados" pelos advogados e estagiários de Direito. Assim, o impulso oficial e a breve solução dos litígios, na realidade observada, andam totalmente desvinculados, o que não se cogita no mundo teórico dos princípios do direito processual.

5.2 A "política das boas relações" na comarca do Recife

5.2.1 Atuação dos advogados e estagiários na obtenção da agilização processual

A discrepância fática entre os princípios que deveriam andar em harmonia por vezes é alcançada por meio da chamada "política das boas relações". Tal "política" é uma praxe no foro do Recife, onde certos processos são instruídos e julgados em função de relações de parentesco e amizade existentes entre uma das partes interessadas no processo (advogados, estagiários ou os próprios litigantes) e algum serventuário ou juiz do cartório em que tramita o feito.

Na realidade, o "impulso oficial" é aquele que é dado por quem não o deveria fazer, ou seja, pelos advogados e estagiários, quase sempre envolvidos pelo retorno financeiro que aquele processo pode vir a dar se julgado e instruído com mais rapidez, como nos casos em que os ho-

norários só sejam pagos ao final do processo, que demora anos, levando-se em conta as fases recursais. Assim, para abreviar o tempo em que o advogado respectivo fica sem receber honorários, ele trata de promover a celeridade processual do seu próprio modo, através da sua equipe de estagiários que têm, na verdade, muito mais a função de agilizar o trâmite dos processos do que propriamente aprender. O aprendizado é relevado a segundo plano, muito embora o estagiário forense consiga obter o conhecimento a partir do exercício de seu mister, haja vista que a agilização do processo só pode ocorrer se ele souber o trâmite elencado na lei processual respectiva.

Com a sua frequência diária ao fórum, o estagiário passa a ser conhecido pelos serventuários das unidades de prestação jurisdicional em que tramitam os processos a serem "impulsionados" por ele. A partir dessa relação de amistosidade e, por vezes, de amizade com os serventuários, esses não se fazem de rogados em promover as diligências necessárias à agilização dos processos, tais como a expedição de mandados, cartas precatórias, a colocação do processo no expediente do juiz, a fim de ser despachado rapidamente, a designação de audiências em um lapso de tempo mais reduzido etc.

5.2.2 A "política" como procedimento extradogmático e/ou ilegal

A "política das boas relações" é, no foro do Recife, fundamental para uma breve solução dos litígios. Trata-se de um procedimento extradogmático intra-estatal, que não vai de encontro à lei, mas sim a princípios de igualdade e isonomia previstos na Constituição Federal brasileira. Assim, se um advogado é amigo de um serventuário,

ele obterá as facilidades no seu andamento, como já explicado antes. Tal política não se restringe a procedimentos extradogmáticos intra-estatais.

Existem, também, os procedimentos ilegais, que caracterizam da mesma forma a prática judicial do foro do Recife. Dentre as práticas ilegais, as mais comuns são o "financiamento de diligências" por parte de advogados a oficiais de justiça, a fim de que eles cumpram os mandados dos processos referentes àquele advogado com mais rapidez. Tal prática se faz observar em casos de mandados que envolvam assuntos "urgentes" para o cliente do escritório.

Nesses casos, o estagiário, que já conseguiu a expedição ágil do mandado, leva-o, por vezes pessoalmente, à central de distribuição de mandados (chamada CEMANDO) para que se escolha um oficial de justiça que esteja disposto a cumprir aquela ordem judicial de maneira célere. Todavia, essas práticas oficialmente não são permitidas, pois os mandados devem ser distribuídos para os oficiais de justiça encarregados do cumprimento de mandados em determinadas localidades do município, e não em outras. Por exemplo, se um mandado deve ser cumprido no bairro da Boa Viagem, existem oficiais de justiça responsáveis unicamente pela realização das diligências em dita localidade, e a distribuição, por conseguinte, deveria necessariamente cair sobre um deles, o que não se efetiva na hipótese dos "mandados urgentes", como já analisado.

Outra prática ilegal no foro do Recife é a distribuição de presentes na época das festividades natalinas, em que os escritórios de advocacia encarregam os seus funcionários e estagiários na distribuição de cestas de natal, caixas de chocolate, vinhos e *whiskies* para aqueles ser-

ventuários que ajudaram na agilização processual durante todo o ano que passou. É uma prática bastante comum, perceptível amplamente e até esperada pelos serventuários, que acham isso uma atitude "normal" e aceitam os brindes sem nenhum constrangimento, caracterizando uma atitude prescrita na ordem jurídico-positiva estatal como crime.

6. Conclusões: alopoiese e cidadania

A partir da análise dos dados coletados na pesquisa, podemos concluir que nossa conceituação da alopoiese jurídica, a partir dos estudos aqui apresentados, está no fato de ela se configurar através de um procedimento extradogmático¹⁷, que pode surgir tanto de uma realidade extra-estatal quanto de práticas intra-estatais, em que se verifica uma diferença substancial com a teoria de Cláudio Souto, que coloca o direito alternativo como sendo sempre desviante da ordem oficial.

Buscamos demonstrar aqui a existência de uma alopoiese inserida na esfera estatal, tomando por base a pesquisa relatada acima. Acreditamos ter logrado êxito na exposição de um direito extradogmático (alopoiético), mas arraigado nas estruturas do direito positivo estatal, assegurando que tais procedimentos são de importância capital para a legitimação das decisões de um Estado como o brasileiro, que tem por característica básica o subdesenvolvimento (*Adeodato*, 1992 a: 215 e seg.).

No que tange à idéia de cidadania, verifica-se que nos casos concretos a influência de fatores externos ao sistema processual favorecem a manutenção do status quo

da prestação jurisdicional cada vez mais casuística, em função da influência de subsistemas não-jurídicos no ato necessário da decisão. Em função de tal quadro, o acesso à justiça, entendido como o direito a uma prestação jurisdicional coerente com o que foi produzido nos autos, torna-se prejudicado em função dos próprios pilares do direito dogmático, como a inegabilidade dos pontos de partida, que cada vez mais não se realiza em países subdesenvolvidos, gerando uma série de inconsistências, às vezes e quase sempre intencionais, que caracterizam o Poder Judiciário brasileiro. Nesse contexto, o termo cidadania se transforma numa palavra sem sentido, pois é manipulada de diversas maneiras, sendo utilizada indevidamente para legitimar as mais diversas formas de argumentação judicial e extrajudicial, como que cobrindo o ato com um manto que o tornaria justificável ante aos olhos da sociedade. É o preço pago pelo formalismo excessivo no trato com o direito, prejudicando-se, inclusive, a tentativa de se perquirir acerca de uma ontologia jurídica, de um *eidos* caracterizador do direito. Tal assertiva encontra fundamento no referido formalismo, fixando-se juristas e aplicadores do direito em determinar exclusivamente um mecanismo de funcionamento do direito moderno, esquecendo-se da possibilidade de uma fixação de uma essência no direito, abrindo-se, como que um corolário do referido anteriormente, o debate sobre os problemas de segurança *versus* justiça¹⁸ na teoria geral do direito.

Não fizemos, no decorrer da exposição, nenhum juízo de valor acerca do que aqui foi narrado sumariamen-

¹⁷ Sobre a noção de procedimento, cf. Luhmann, 1980: 37 e seg.

¹⁸ Sobre o tema, cf. Rawls, 1997 passim. Para uma análise da referida obra de Rawls, cf. Perelman, 1996: 236-247.

te, visto não ser esse o papel de quem deseja fazer ciência, como ensina Cláudio Souto. Apenas tentamos apontar neste breve texto algumas características de um chamado direito cada vez menos autopoietico, bem como pautado pelo subdesenvolvimento, que não se pode confundir com os discursos ufanistas de alguns teóricos do direito alternativo, que buscam muito mais fundamentar as suas ideologias políticas do que efetivar um discurso científico mais concreto. Verifica-se, na verdade, um falso dilema, ou seja, na verdade, pede-se que ocorra na experiência um direito autopoietico, mas a praxis procedimental nos mostra cada vez mais um desvio no que diz respeito à aplicação sistemático-autopoietica do direito. Não se pode esquecer que a nossa intenção é, acima de tudo, persistir numa perspectiva investigativa da realidade jurídica que nos cerca e que, às vezes, surpreende até o mais atento às suas peculiaridades.

7. Referências Bibliográficas

7.1 Livros

- ADEODATO, João Maurício. *O Problema da Legitimidade - no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- _____. *Filosofia do Direito - uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa (Ensaio sobre o Direito numa Sociedade de Classes)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- ASCENSÃO, José de Oliveira (org.). *Água Branca - Pesquisa de um Direito Vivo*. Recife: Imprensa Universitária, 1978.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito - Introdução e Teoria Geral (uma Perspectiva Luso-Brasileira)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Conceito de Sistema no Direito - uma Investigação Histórica a partir da Obra Jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: RT, 1976.
- _____. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: RT, 1980.
- _____. *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: UnB, 1980.
- MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. *Autopoiesis und Cognition - The Realization of the Living*. Boston: D. Reidel, 1981.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Discurso e o Poder - Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. Por-

- to Alegre: Fabris, 1988.
- SOUTO, Cláudio. *O Que é Pensar Sociologicamente*. São Paulo: EPU, 1987.
- _____. *Ciência e Ética no Direito - uma Alternativa de Modernidade*. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.
- _____. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1995.

7.2 Artigos

- ADEODATO, João Maurício. A Legitimação pelo Procedimento Juridicamente Organizado - Notas à Teoria de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, n. XII, n. 16. Caruaru: FDC, pp. 65-92, 1985.
- _____. Filosofia do Direito de Dogmática Jurídica. *Direito em Debate*, v. 1, n. 1. Ijuí: Unijuí, pp. 38-56, 1991.
- _____. a): Uma Teoria (Emancipatória) da Legitimação para Países Subdesenvolvidos. *Anuário do Mestrado em Direito*, n. 05. Recife: Universitária (UFPE), pp. 207-242, 1992.
- _____. b): Para uma Conceituação do Direito Alternativo. *Revista de Direito Alternativo*, n. 01. São Paulo: Acadêmica, pp. 157-174, 1992.
- ANDRADE, Lédio Rosa de. Processo Social Alternativo in ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.): *Lições de Direito Alternativo*, n. 02. São Paulo: Acadêmica, pp. 80-94, 1992.

- ANTUNES, José Engrácia. Prefácio in TEUBNER, Gunther: *O Direito como Sistema Autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Direito Alternativo no Brasil: alguns Informes e Balanços Preliminares in ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.): *Lições de Direito Alternativo*, n. 02. São Paulo: Acadêmica, pp. 159-177, 1992.
- NEVES, Marcelo. Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina. *Anuário do Mestrado em Direito*, n. 06. Recife: Universitária (UFPE), pp. 313-357, 1993.
- OLIVEIRA, Luciano. Ilegalidade e Direito Alternativo: Notas para Evitar alguns Equívocos in AZEVÉDO, Álvaro Vilaça (org.): *Ensino Jurídico: Diagnósticos, Perspectivas e Propostas*. Brasília: Conselho Federal da OAB, pp.191-200, 1992.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna - para um Novo Senso Comum. *Humanidades*, v. 07, n. 03. Brasília: UnB, pp. 267-282, 1992.
- SOUTO, Cláudio. b): Para uma Teoria Científico-Social Moderna do Direito. *Anuário do Mestrado em Direito*, n. 05. Recife: Universitária (UFPE), pp. 137-170, 1992.
- _____. Ciência do Direito e Filosofia Jurídica no Limiar do Terceiro Milênio: para Além de um Pré-Iluminismo?. *Revista de Direito Alternativo*, n. 02. São Paulo: Acadêmica, pp. 28-34, 1993.
- _____. Direito Alternativo: em Busca de sua Teoria Sociológica. *Revista da Escola Superior da*

Magistratura do Estado de Pernambuco (ESMAPE).

Recife: ESMAPE, pp. 16-73, 1996.

SOUSA JR, José Geraldo de. Movimentos Sociais - Emergência de Novos Sujeitos: O Sujeito Coletivo de Direito in ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.): *Lições de Direito Alternativo*, n. 01. São Paulo: Acadêmica, pp. 131-142, 1991.

WARAT, Luis Alberto: O Senso Comum Teórico dos Juristas in SOUSA JR., José Geraldo de (org.): *Introdução Crítica ao Direito (série "O Direito Achado na Rua")*. Brasília: UnB, pp. 101-104, 1993.

LINGUAGEM, SIMBOLOGIA E LÓGICA APLICÁVEIS AO DIREITO CIBERNÉTICO

Alexandre Freire Pimentel

Juiz de Direito, Professor de Direito Processual Civil da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP e da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE. Mestre em Direito e doutorando pela Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

SUMÁRIO

1 - A linguagem sob o ponto de vista cibernético. 2 - Simbologia e linguagem. 3 - A linguagem computacional. 4 - A lógica. 5 - Lógica formal e lógica simbólica. 6 - Lógica formal e lógica dialética. A dialética processual. 7 - Por que a lógica alética em detrimento da lógica deôntica? 8 - Lógica com mais de dois valores.

1. A linguagem sob o ponto de vista cibernético

A *informática jurídica* (Jurimetria) abarca os dois últimos setores da juscibernética: a análise do sistema de normas e a utilização prática das demais abordagens. Tenciono demonstrar o processo que viabiliza o uso do computador, voltado à experiência jurídica. Para esse mister, faz-se-me imperioso especificar a linguagem apropriada para a execução bem sucedida do processamento eletrônico de dados jurídicos, bem como a espécie de lógica que a máquina computacional é capaz de entender.

Para tanto é imprescindível proceder-se à formalização dos problemas jurídicos, numa linguagem compreensível à máquina. É de bom alvitre esclarecer que essa

proposição já havia sido sugerida por Loevinger. Portanto, se hoje é considerada um enfoque juscibernético, não podemos olvidar que, precedentemente, já era, e ainda continua sendo, mormente nos Estados Unidos, objeto da jurimetria.

Para Wiener, a linguagem, em certo sentido, designa a própria comunicação.¹ Warren Weaver situou o problema da comunicação em três níveis: o primeiro deles, chamado de nível técnico, tem a função de aclarar seguramente o modo de transmissão dos signos; o segundo plano perquirirá se as mensagens transmitidas através de símbolos logram, ou não, a significação pretendida; o terceiro refere-se à eficácia, ou seja, à produção de efeitos da mensagem na conduta do destinatário.²

A linguagem humana pode ser distinguida da dos demais seres vivos, especificamente pelo fato de os humanos usarem um código mutável com características de complexidade, cujo grau de arbitrariedade é deveras alto. Na linguagem animal sua limitação é fixada de acordo com a espécie, sendo historicamente imutável.³

Wiener também subdivide a linguagem humana em três níveis. No primeiro, estaria a linguagem falada comum, correlacionando-se diretamente com o aparelho auditivo e a parte do cérebro que está em contato permanente com o ouvido interno, representando o aparelho de vibrações sonoras, ou seu equivalente em circuitos elétricos, ou seja, estaria descrevendo a máquina relacionada ao circuito fonético da linguagem com o próprio som. O nível segundo corresponde à semântica, aspecto relacionado com o significado. O aparelho de recepção semântica, ao receber

impulsos comunicativos, não traduz palavra por palavra, mas idéia por idéia, - é oportuno salientar que os chamados computadores inteligentes já processam informações dessa maneira. O terceiro nível da comunicação corresponde à tradução, abrangendo os outros dois: semântico e fonético. A esse mecanismo Wiener chama de nível de comportamento de linguagem, que permite a uma pessoa ter acesso ao pensamento íntimo de outra apenas pela observação de suas ações. Essas ações, por seu turno, dividem-se em duas partes: a primeira consistindo em ações abruptas, oblíquas, também observadas nos animais; a segunda, ao sistema codificado e simbólico traduzido na linguagem falada ou escrita.⁴

A linguagem em sentido estrito - falada e escrita - é peculiar ao ser humano. É própria do homem não como homem apenas, mas como membro de uma comunidade social e específica; "a linguagem é o maior interesse e a consecução mais característica do homem".⁵ Alerta-se que para fins de controle cibernético a informação semanticamente significativa, tanto na máquina quanto no homem, é aquela capaz de propulsionar o mecanismo ativador do seu sistema. Assim, a semântica sob o aspecto cibernético vai definir a extensão do correspondente significado e controlar a perda num determinado sistema de comunicações.

As associações realizadas pela máquina e pelo cérebro humano assemelham-se no fato de que ambos decidem fundamentados nas deliberações realizadas em momentos anteriores. A condução ou não de determinado impulso, tanto pela máquina quanto pelo sistema nervo-

¹ WIENER, *Cibernética e Sociedade - O Uso Humano de Seres Humanos*, p. 73.

² Apud GARCIA D'Ino Santos, *Introdução à Informática Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1976 - p. 46.

³ Idem.

⁴ WIENER, *Cibernética e Sociedade - O Uso Humano de Seres Humanos*, p. 74 e 75.

⁵ WIENER, *Cibernética e Sociedade - O Uso Humano de Seres Humanos*, p. 80 e 84.

centes do desenvolvimento da metodologia jurídica. Essa segunda assertiva arrima-se, ainda, na consideração de que a Cibernética não se constitui num sistema fechado, acabado e autônomo, mais sim, representa o fundamento teórico de qualquer sistema suscetível de assumir um caráter cibernético. E o método para a elaboração de um modelo cibernético basear-se-ia na redução a um princípio fundamental de caráter formal e abstrato de todas as possibilidades dinâmicas de um dado sistema.⁷

A experiência jurídica é de tal forma dinâmica, que a noção cibernética de *feed-back*, se tomarmos como paradigma o modelo proposto por Charles H. Sheldon, com o intento de interpretar o sistema judicial, especificamente para a elaboração de uma sentença, iremos verificar que ela resulta de uma recíproca interferência entre quatro esferas que se interagem: o meio ambiente, os litigantes, os advogados e os juízes. Assim, na dinâmica do processo judicial o *feed-back* não estaria presente apenas no momento da prolação da decisão, mas estende-se à própria estrutura do processo em suas respectivas fases: petição inicial, contestação, dilação probatória, etc..⁸

3. A linguagem computacional

A linguagem de programação consiste num conjunto de notações para criar programas capazes de se comunicar com o elemento físico do computador, determinando-lhe os comandos adequados para a execução de determinados processos. Ela subdivide-se em: de *baixo nível*,

ou linguagem de máquina; de *montagem, ou assembly*; e linguagens avançadas, ou de alto nível.⁹

A linguagem de máquina, ou de baixo nível, caracteriza-se por ser a única que o computador entende diretamente. Utiliza o alfabeto binário, composto de dois únicos símbolos: 0 e 1, denominados BITS (abreviação da língua inglesa de binary digit),¹⁰ Foi a primeira a ser utilizada na programação de computadores, no entanto, fora abandonada ante sua complexidade e quantidade de erros que possibilitava, sendo substituída por outras mais eficientes e compreensíveis no aprendizado e utilização.¹¹

A linguagem de máquina - baixo nível - foi substituída pela de montagem ou assembly, na primeira tentativa de aproximar a linguagem utilizada pelo computador com a humana. Os bits foram substituídos por palavras mnemônicas, ou seja, associando aquilo que deve ser memorizado com dados ou símbolos já conhecidos.¹² A linguagem assembly, no entanto, apresenta vários dos problemas inerentes à linguagem de máquina, o que somente foi solucionado pelas linguagens avançadas ou de alto nível.

As linguagens de alto nível conseguiram finalmente tornar-se independentes em relação ao *hardware*, viabili-

⁹ LANCHARRO, FERNANDEZ & LOPEZ, *Informática Básica*, traduzida por Sérgio Molina, 1986, p. 152.

¹⁰ Sobre a aplicação do sistema binário ao direito, consulte-se: ARAÚJO, Tomaz, *Cibernética Sistema do Direito - Considerações* "Comunicação Instituto dos Magistrados do Brasil"; E A Cibernética e o Sistema do Direito (II) - Uma Incurião aos Fenômenos Binários, "Comunicação Instituto dos Magistrados do Brasil".

¹¹ Apesar das restrições às linguagens de baixo nível, o Tribunal de Justiça de Pernambuco utiliza para controle de distribuição e acompanhamento processual um sistema operacional baseado em linguagem Mamp, enquadrada neste patamar; não proporcionando, por conseguinte, a segurança necessária e exigível para manipulação de informações judiciais, principalmente, no que tange à distribuição de processos. O sistema é vulnerável a fraudes que objetivem um direcionamento indevido de processos judiciais, notadamente porque essa linguagem é do tipo não compilável. O sistema proporciona que um operador, independentemente de estar ou não vinculado ao setor

⁷ LUÑO, *Cibernética, Informática y Derecho - Un Análisis Metodológico*, p. 83 e seguintes.

⁸ Apud LUÑO, *Cibernética, Informática y Derecho - Un Análisis Metodológico*, p. 55.

de distribuição, desde que tenha acesso ao sistema, seja capaz de desvendar a senha de proteção do chefe do departamento de distribuição, pois a criptografia criada pela linguagem Menps é decodificável para, querendo, direcionar um determinado processo já distribuído, para um Desembargador de sua escolha. Para tanto, basta que o operador entre no sistema, decodifique a senha e digite a rotina "XXX". Em seguida poderá, em ações da mesma espécie, (mandado de segurança com mandado de segurança, possessória com possessória, etc.), deliberadamente trair as partes de um processo, antes da publicação, evidentemente, com o agravante de não deixar qualquer registro que possibilite sua identificação. Esse quadro pode ser representado da seguinte forma:

SITUAÇÃO 01

Processo nº 000123
Apelante: Fulano
Apelada: Beltrana
Ação: Divórcio
Relator: Des. X

Processo nº 000112
Apelante: João
Apelada: Maria
Ação: Divórcio
Relator: Des. Y

SITUAÇÃO 02

Inclusão da rotina XXX

Processo nº 000123
Apelante: Fulano
Apelada: Beltrana
Ação: Divórcio
Relator: Des. X

Processo nº 000112
(Apelante: João
(Apelada: Maria
(Ação: Divórcio
(Relator: Des. Y

SITUAÇÃO FINAL

Processo nº 000123
Apelante: João
Apelada: Maria
Ação: Divórcio
Relator: Des. X

Processo nº 000112
Apelante: Fulano
Apelada: Beltrana
Ação: Divórcio
Relator: Des. Y

Além desse tipo de operação o sistema possibilita, ainda, a efetuação de distribuição de um processo por um outro departamento estranho ao setor de distribuição, como o Centro de Processamento de Dados do TJPE. Essa asserção fora formalmente comprovada no mês de abril 1995, com a publicação no Diário Oficial estadual, de uma rotina de distribuição cuja numeração e especificação das partes eram fictícias. A explicação dada, por escrito, pelo chefe do CPD, fora de que isso acontecera durante uma série de testes, onde "por engano", um operador decodificou uma senha, que deveria ser exclusiva do chefe do setor de distribuição, e concretizou o ato referido. Na ocasião, na condição de juiz assessor da Presidência do TJPE, realizei, em conjunto com o analista de sistemas Frederico Pereira da Silva, auditoria que resultou em parecer entregue à Presidência do órgão, no qual apontamos as falhas e os riscos proporcionados pelo dito sistema e, em que finalmente, sugerimos em caráter de urgência urgentíssima, em 1995, a substituição da linguagem por uma outra de alto nível. Não obstante isso, até hoje o TJPE ainda opera o controle de seus processos sob os riscos de uma linguagem ultrapassada e vulnerável. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que também operava com sistema semelhante ao do TJPE, inclusive licenciado pela mesma empresa que ainda assistencia a Corte pernambucana, já abandonou esse meio ultrapassado de controle eletrônico processual, adotando sistema que além de oferecer a segurança e demais vantagens próprias das linguagens de alto nível, oferta também uma considerável

redução nos custos de manutenção. Encerrando, quero deixar claro que essas asserções não comportam quaisquer juízos quanto à honestidade das pessoas responsáveis pela operação do sistema de controle de processos do Tribunal de Justiça de Pernambuco - até porque, como foi dito, o sistema possibilita que um operador utilize-se do mesmo, inclusive com uma senha que não lhe pertence, sem deixar qualquer registro de identificação - o escopo fora o de ressaltar as falhas do sistema e a possibilidade de distribuição direcionada que faculta, ainda hoje!

• • • • •

• A linguagem Assembly apresentava, segundo Eduardo Alcaide LANCHARRO, a maioria das inconveniências da linguagem de máquina, dentre as quais enumera as seguintes:

- "Cada modelo de computador possui uma linguagem de montagem própria diferente das dos outros, restringindo-se, assim, a utilização de um programa à máquina para a qual foi programado.
- O programador deve conhecer perfeitamente o hardware do equipamento, já que lida diretamente com as posições de memória, registros do processador e demais elementos físicos.
- Todas as instruções são elementares, isto é, todas as operações que deverão ser efetuadas na máquina para a realização de qualquer processo devem ser escritas no programa com o máximo detalhamento."

Confira-se Eduardo Alcaide Lancharro, Salvador Rufinas Fernandez e Miguel Garcia Lopez, op. cit., p. 152 a 156.

rio, escritos em linguagem simbólica de alto nível, em programas-objeto escritos em linguagem de máquina. Dentre as linguagens simbólicas existem algumas que, apesar de serem consideradas de alto nível não prescindem de compilação cibernética. Por fim, temos os programas cognominados de *interpretadores* e que colimam transformar programas do usuário escritos em linguagem de alto nível em programas-objeto escritos em linguagem de máquina. Esses programas são capazes de transformar as instruções em linguagem de máquina, sem esperar pela tradução da instrução seguinte, executando-se imediatamente a que acabou de ser traduzida.¹³

Têm ainda a vantagem de aproximar-se da linguagem humana, tornando possível a escrita do programa em linguagem natural, eliminando muitos dos erros verificados nas linguagens de máquina e nas de montagem. Os símbolos que impossibilitavam a compreensão de seus reais significados, salvo pelos técnicos especializados em informática, são finalmente substituídos por palavras.¹⁴ Isso significa que atualmente não mais existem as limitações decorrentes da linguagem binária, como ocorria na época loevingeriana; a linguagem que os computadores modernos são capazes de compreender é idêntica à linguagem humana não havendo mais que se falar em qualquer restrição ao uso da linguagem cibernética no Direito.

As linguagens de baixo nível, afirmei acima, foram substituídas por linguagens mais modernas que prescin-

diram do uso do binary digit, adotando mnemônios. O leitor menos avisado poderia pensar por conta desse clóquio, que, em algum momento, estivesse afirmando que os computadores atuais independem do sistema binário, no uso interno da máquina. Não foi isso o que asseverei! O alfabeto binário, esclareça-se, foi substituído por mnemônios, apenas no referente ao software. No entanto, o sistema de numeração utilizado internamente pelos computadores atuais, ou seja, pelo hardware, continua, com sucesso, sendo o sistema binário.

Não obstante isso, o fato é que a tecnologia evoluiu de tal forma que a cibernética do Direito não mais sofre as limitações da linguagem binária. Atualmente é plenamente possível traduzir toda a práxis judiciária através da linguagem computacional moderna sem as restrições inerentes às linguagens de baixo nível. Isso significa que a cibernética, por si só, não mais implica uma redução do fenômeno jurídico, mormente quando a linguagem computacional compatibiliza-se com a utilização de uma lógica de vários valores, como passarei a demonstrar.

4. A lógica

Lógica é a ciência que estuda as leis ideais do pensamento. Deriva do grego *logike episteme*, para significar a ciência dos *logos*.¹⁵

Será partindo de uma análise da lógica tradicional que delinearei a lógica ideal para o uso da máquina computacional. Será o Direito Cibernético que esboçará como a lógica pode servir aos seus intentos: a aplicação dos

¹⁵ BORGES, José Souto Maior. O Contraditório no Processo Judicial (Uma Visão Dialética). Malheiros, 1996, p. 18.

¹³ Vide Informática Básica p. 194 e 195

¹⁴ Além dessas vantagens, acrescenta-se a inclusão de "rotinas de uso freqüente como as de entrada e saída, funções matemáticas, manipulação de tabelas, etc. que figuram numa espécie de biblioteca de linguagem, de forma que possam ser utilizadas sempre que se desejar sem necessidade de programá-las novamente." LANCHARD. Op. cit., p. 155.

computadores eletrônicos ao Direito. Aclare-se que minha proposta traduz-se numa abordagem da lógica que o Direito Cibernético, ou mais precisamente, o computador requer.

Alvitro, outrossim, por oportuna, a lição do jurista e também filósofo do direito Mario Losano, alertando que: "Enfrentar os problemas das relações entre lógica e Direito significa jogar-se num vespeiro de tecnicismos do qual dificilmente o jurista conseguirá escapar ileso."¹⁶

Com efeito, a máxima prudência parece mínima quando o assunto em pauta é a lógica, o próprio autor do prólogo supra, apesar de deixar claro em sua "Informática Jurídica" que a abordagem que teceria sobre o assunto limitar-se-ia ao emprego da lógica à juscibernética, fora, nada obstante, criticado pelo ilustre prefaciador da edição brasileira, professor Miguel Reale, justamente na parte referente à lógica: "...Neste sentido muito oportunas me parecem as considerações expendidas sobre o problema da Lógica Formal e da Lógica Dialética, em confronto com a Juscibernética. Estranho apenas que o ilustre autor ainda persevere a reduzir toda dialética à de tipo hegeliano-marxista, olvidando outras expressões não menos significativas do pensamento dialético em nossos dias."¹⁷

Em certa ocasião Bertrand Russell e Émile Borel proferiram assertivas acerca da matemática e da verdade, em que o primeiro prolatara que nessa ciência não se pode saber do que se fala, bem como se o que se fala é, ou não, verdade. O segundo, contra-argumentando, afirmou que a matemática é a única ciência na qual se sabe o que se fala, e mais: nela, o que se diz é verdade.¹⁸

¹⁶ LOSANO, *Informática Jurídica*, Editora Saraiva, 1976, p. 56.

¹⁷ Apud LOSANO, *Informática Jurídica*, Editora Saraiva, 1976, p. XIV. Os grifos são meus.

¹⁸ CASTRUCCI, *Benedito. Introdução à Lógica Matemática*, 1977, p. 09.

Benedito Castrucci, conciliando as assertivas, diz ser possível que ambos tenham razão se: quanto à primeira afirmação, considerarmos apenas o mundo real, físico e na segunda ficarmos restritos à verdade matemática. Num sistema axiomático as palavras são despidas de qualquer conteúdo, de maneira que, abstratamente, as asserções serão verdadeiras como consequência dos respectivos axiomas. No mundo real, ao contrário, nada se pode afirmar sobre a verdade dos resultados. Deveras, experimentalmente falando, a razão está com Russell, entretanto, no mundo teórico dos axiomas ela está com Borel.¹⁹

Ilustrando melhor a questão, Castrucci oferece-nos o exemplo da construção axiomática euclidiana, através da qual conclui-se que a soma das medições de um triângulo é 180°. No entanto, pela geometria de Lobatschewski a soma das mesmas medições implica um resultado menor. Apesar dessa divergência, não se pode saber, experimentalmente falando, o que realmente acontece com a soma daquelas medições angulares, na medida em que procedendo-se à soma dos ângulos de um triângulo já construído, o qual difere da concepção abstrata, é possível chegar-se a 180°, mas também é factível que o somatório ultrapasse ou fique aquém desse patamar. Com isso é lícito afirmar que ambas as asserções geométricas são corretas, porque estão construídas em edifícios axiomáticos distintos.²⁰

Tudo isso que foi dito a respeito da matemática pode ser expansivo a qualquer ciência e particularmente com relação à lógica, que possibilita a valoração do conhecimento em níveis diferentes.²¹

¹⁹ Idem.

²⁰ CASTRUCCI, *Benedito. Introdução à Lógica Matemática*, 1977, p. 09.

²¹ CASTRUCCI, *Op. cit.*, p. 10.

O valor do conhecimento, como magistra-nos Miguel Reale, não apenas pode mas deve ser apreciado em dois planos distintos: o transcendental e o empírico-positivo, ressalvando que aquele condiciona este. As condições básicas do conhecimento são objeto da parte da teoria do conhecimento denominada ontognoseologia. O filósofo pátrio, explicando essa denominação fundamenta-se na correlação indispensável que prioritariamente é posta "em sua universalidade, entre o sujeito que conhece e o objeto do conhecimento em geral."²²

Reale explica que poderia ter denominado a teoria do conhecimento de lógica, no entanto, se assim o fizesse estaria empregando a expressão em sua acepção ampla, de maneira a abranger a lógica transcendental (gnoseologia) e a lógica positiva. A palavra lógica está vinculada a dois tipos de investigação científica: lógica formal ou analítica, com destinação às pesquisas pertinentes à validade formal das proposições; e lógica concreta ou metodologia, afeta às "relações que se estabelecem entre sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, no plano empírico-positivo, constituindo o processo de explicação das distintas esferas da realidade."²³

Henri Lefebvre em sua "Lógica Formal/Lógica Dialética", no capítulo "Teoria do Conhecimento", considera o conhecimento um fato, ainda que seja possível discutir as possibilidades de expandi-lo, aperfeiçoando-o ou acelerando o seu progresso. Será sempre, ressalve-se, aceito como um "fato indiscutível". Como características, avultam-se: primeiramente a praticidade, isto é, antes de elevar-se ao nível teórico deve-se começar pela experiência, pois apenas sua prática notabiliza-se como

capaz de pôr-nos em contato com as exigências objetivas, devendo ainda ser social e histórico.²⁴

Não poderia deixar de fora dessa análise as notáveis lições do sempre brilhante "Catedrático" da Faculdade de Direito do Recife, professor Lourival Vilanova, para quem a *lógica* consiste num ponto de vista a respeito do *conhecimento*, sempre retido da realidade, seja ela exterior ou interior.^{25 26}

Para Vilanova, apesar de a percepção permitir um certo conhecimento sobre certa realidade, ele somente adquire sua plenitude no âmbito proposicional. Destarte, diz esse mestre que existe uma distância considerável entre simplesmente perceber que um livro é verde e formular a respectiva proposição retratando essa realidade.²⁷

A expressão "lógica" deriva de logos, a parte da filosofia que estuda, ao mesmo tempo, discurso e pensamento. Denota-se de imediato a dificuldade existente em tentar definir o que seja a lógica, dada a ambivalência que a expressão derivativa (logos) possui. O primeiro passo da lógica foi enfrentar a linguagem comum e nela introduzir o rigorismo que lhe faltava. Para tanto, dois caminhos apresentavam-se como condutores ao mesmo destino. O primeiro consistia em permanecer na seara da linguagem comum. O segundo, tentar sair dela.²⁸

²² LEFEBVRE, Henri. *Lógica formal/lógica dialética*. 2. ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, traduzido por Carlos Nelson Coutinho, [1979], 301 p. 49.

²³ VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*. São Paulo, Bushatsky, [1976], 170 p. 15-16. No mundo lógico, Vilanova realça os seguintes planos:

1- "sujeito cognoscente" como foco de diversos atos: querer, sentir, pensar;

2- o próprio ato de conhecer "como ocorrência subjetiva ou psíquica";

3- ao objeto do conhecimento, que denomina de "dado de fato";

4- a "linguagem", que independentemente de ser natural ou científica (técnica), é através dela "que se fixa e comunica-se o conhecimento"; as proposições vistas como estruturas com a finalidade de declarar que o "conceito-predicado" ou seja, o caráter afirmado ou negado sobre um determinado sujeito é válido para o conceito-sujeito.

²⁴ HEGEL denomina de Ciência da Lógica, o "sistema de leis ontológicas, um conjunto articulado de categorias que expressam os modos de ser da própria realidade". Apud Henri LEFEBVRE, em *Lógica Formal/Lógica Dialética*.

²⁵ VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*. São Paulo, Bushatsky, [1976], 170 p. 16.

²⁶ LOSANO, Maria. *Lições de Informática Jurídica*, p. 33.

²⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 27.

²⁸ REALE. *Op. cit.*, p. 27.

Dentre as diversas características que a linguagem apresenta em sua formalização, ressaltam a descritiva e a normativa. E é nessa diferença que se fundamenta a distinção entre lógica alética e lógica deontica. Ao tentar transcender os albos da linguagem comum de frontamos com a lógica simbólica que, a seu turno, diferencia-se da lógica clássica.

Quando a linguagem simbólica é usada para descrever determinada realidade, estabelece-se a polêmica entre lógica formal e lógica dialética. Essa derivou de estudos críticos centrados na assertiva de que a lógica formal não seria capaz de descrever a realidade de maneira exaustiva. Foi daí que nasceram as lógicas com mais de dois valores, no intento de aproximar a descrição da realidade de forma correta, sem renúncia à precisão essencial da formalização.

5. Lógica formal e lógica simbólica

A lógica formal tem por objeto o estudo das estruturas formais do conhecimento, isto é, do 'pensamento sem conteúdo', seus signos e formas expressivas. O estudo dos processos disciplinadores do real escapa às pretensões da lógica formal, interessando, outrossim, à metodologia. Juntas, ambas constituem a lógica positiva, que por sua vez subordina-se à ontognoseologia.²⁹

Na lógica formal o que realmente tem importância é a consequência severa das proposições entre si, não importando a relação de correspondência entre suas elocuições e objetos designados. Não desperta interesse a funcionalidade do pensamento em relação ao real, importando porém o rigor proposicional-abstrato do ato de pensar em si mesmo.³⁰

²⁹ REALE, *Op. cit.*, p. 28.

³⁰ REALE, *Op. cit.*, p. 29.

Foi do estudo do discurso pelos Sofistas, e do raciocínio, por parte de Platão, que fora aberto o caminho para Aristóteles criar o silogismo, primeiro instrumento de análise formal do discernimento comum o que, segundo esse filósofo, consiste no raciocínio conclusente, no qual: "postas algumas coisas, outras derivam necessariamente."³¹

Para compreender o que significa a estrutura do silogismo, não se pode prescindir da noção aristotélica de substância. "aquilo que há de permanente nas coisas que mudam, e que é o suporte sempre idêntico das sucessivas qualidades resultantes das transformações."³² Para o silogismo a substância está contida em seu termo médio. Analisemos o clássico exemplo de Aristóteles:

"Todos os homens são animais (sujeito)

Todos os animais são mortais (termo médio - substância)

*Logo, todos os homens são mortais (conclusão)."*³³

O termo médio exprime sempre a "substância", no caso, a mortalidade do animal. É o elemento estruturador do silogismo mais importante, porque é com arrimo nele que as demais figuras silogísticas são determinadas, a exemplo da condição de mortandade humana. Até o advento da moderna lógica simbólica, o silogismo era considerado a parte central da lógica.

Diferentemente do Silogismo aristotélico, que se ocupava apenas de duas premissas, a lógica moderna lida

³¹ Apud LOSANO em *Lições de Informática Jurídica*, p. 35.

³² AURELIO, *Dicionário Eletrônico*.

³³ LOSANO, *Op. cit.*, p. 35.

com raciocínios mais amplos, atribuindo-se ao silogismo a condição de etapa de arranque das pesquisas e do desenvolvimento hodierno da lógica.

Losano crê que a lógica formal nasceu do silogismo. Para Aristóteles os fatos concretos deveriam ser reproduzidos por palavras extraídas da linguagem comum, ao passo que na linguagem algébrica os signos não eram mais retirados da linguagem comum, outrossim eram criados, com o escopo de tornar ainda mais rigoroso o discurso formal. Foi daí que surgiu a necessidade de estruturar uma álgebra para a lógica, na verdade a criação de uma nova linguagem que evitasse exprimir-se com diversidades, mas fizesse uso de isomorfismos. Na álgebra, isomorfismo significa a correspondência biunívoca entre os elementos de dois grupos. Por biunívoca entende-se a relação entre dois conjuntos em que a cada elemento do primeiro corresponde apenas um elemento do segundo, e vice-versa.³⁴

Do que já vimos até então é possível distinguir duas espécies de lógica: a clássica que teve como mentor Aristóteles, baseada no silogismo e numa linguagem que usava como signos as próprias palavras com seus respectivos significados; e a lógica simbólica, estruturada numa linguagem própria e diferenciada da linguagem comum.

A lógica simbólica é bastante utilizada pela informática, porque evita as ambigüidades comuns à linguagem humana. As palavras usadas na linguagem humana não são dotadas de um rigorismo capaz de constituir um discurso unívoco. É neste aspecto que o cálculo sentencial, - parte da lógica simbólica que visa a transformar a linguagem humana equívoca numa linguagem uníssonas -

vai purificar as informações para que possam ser melhor processadas. As frases da linguagem humana apenas constituem objeto de estudo do cálculo sentencial enquanto puderem ser consideradas como verdadeiras ou falsas.

Tendo como ponto de partida a linguagem humana, pode-se com o auxílio da lógica simbólica construir um alfabeto próprio para ser lido, entendido e processado pelo computador. Como tivemos a oportunidade de verificar, a linguagem humana falada liga-se ao aparelho auditivo e à parte do cérebro em contato permanente com o ouvido interno, representando a máquina relacionada com o circuito fonético da linguagem, onde o aparelho de recepção semântica, ao receber impulsos comunicativos, não traslada palavra por palavra, mas idéia por idéia. Seria esse mecanismo, denominado por Wiener de nível de comportamento de linguagem, que corresponderia ao sistema codificado e simbólico, traduzindo-se na linguagem falada ou escrita. Assim, as associações executadas pela máquina de maneira idêntica às realizadas pelo cérebro humano têm de ser fundamentadas em deliberações pretéritas porque o transporte ou não de um impulso, tanto pelo aparelho computacional quanto pelo sistema nervoso, objetivando decisões futuras, são tomadas com base em experiências passadas.

Nada obstante a lógica simbólica ter logrado seu estabelecimento como sendo um desenvolvimento da lógica formal, assim como a identificação entre ambas poder ser justificada e explicada pelo fato de a perquirição formal a despeito da exatidão do discurso ter sido monopolizada pela lógica simbólica, o uso sinonímico das expressões: lógica formal e lógica simbólica, embora não se constitua num erro, traduz uma imprecisão que deve ser evitada. O relacionamento existente entre elas reside

.....
 * idem.

no fato de ser a lógica formal o gênero ao qual pertence como espécie, a simbólica. A silogística aristotélica, por seu turno, deve ser considerada uma operação mental enquadrada na lógica formal, desde que o silogismo, na opinião do mestre de Milão, não era simbólico.³⁵

Neste particular, ousou discordar do professor Mario Losano, à vista de considerar infrutífera a assertiva que colima distinguir a lógica formal da simbólica. Ademais, nada impede afirmar que o silogismo aristotélico era simbólico. Aristóteles, como magistralmente leciona Lourival Vilanova, efetivamente, fez uso de uma linguagem simbólica, utilizando-se inclusive de notações algorítmicas como vocabulário para representar as formas lógicas. À medida que isso é visualizado, constata-se que aquela restrição à sinonímia entre lógica formal e lógica simbólica é mesmo improlífica.

A *lógica formal* é indiscutivelmente simbólica, pois como diz Reale, tem por objeto de estudo as estruturas formais do pensamento que se expressam através de signos, ou seja, símbolos. A lógica simbólica por sua vez é também formal à proporção que a determinação da formalização do discurso foi por ela monopolizada.

Na forma original dada por Aristóteles em seu "Primeiros Analíticos", consoante Lourival Vilanova, ele percebeu agudamente onde estava a forma lógica, ao retratá-la na seguinte fórmula:

"Se A pertence a todo B

se B pertence a todo C

então, A pertence a todo C"³⁶

³⁵ LOSANO, *Lição de Informática Jurídica*, p. 37 e 38.

³⁶ Apud VILANOVA, *Lógica Jurídica*, p. 35.

Vilanova deixa claro que, para reter a pura forma, Aristóteles valeu-se de símbolos-de-variáveis, livrando-se de tudo que fosse extra lógico: "Sempre que três termos estejam entre si em relações tais que o menor esteja contido na totalidade do maior e o médio na totalidade do maior, então há necessariamente entre os extremos silogismo perfeito."³⁷

Foi com essa linguagem, que esse filósofo nascido há 384 anos A.C., na cidade de Estagira, na Macedônia, atingiu o formalismo lógico, ou seja, a lógica como teoria formal. Vilanova, como já afirmei, ao contrário de Losano, registra que Aristóteles para chegar ao silogismo, fez, efetivamente, uso de uma linguagem simbólica. Mais ainda, somente conseguiu reter a "pura forma" utilizando-se precisamente de símbolos, empregando inclusive notações algorítmicas que serviam de linguagem às formas lógicas. Na defesa de que o silogismo aristotélico era simbólico, ensina Vilanova que Aristóteles chegou ao formalismo lógico: "...também com o uso de uma linguagem simbólica. Certo que seu simbolismo alcançava apenas as variáveis-de-objeto e variáveis-de-predicado (termos). Simbolizava, em notação autônoma, com letras, entidades e propriedades quaisquer. (...) Se não estendeu o simbolismo às constantes lógicas ("não", "e", "ou" e inclusive o "é" apofântico),³⁸ nem por isso deixou de utilizar uma notação algorítmica para servir de linguagem às formas lógicas."³⁹

E nesse sentido pode-se saber formalmente, independentemente de qualquer correlação ou vinculação, dos

³⁷ Apud VILANOVA, *Lógica Jurídica*, p. 36.

³⁸ Apofântico, segundo Aristóteles, diz-se de enunciados verbais suscetíveis de serem falsos ou verdadeiros, i.e., dos juízos de atribuição de um predicado a um sujeito. Apud ALURELIO, *Dicionário Eletrônico*.

³⁹ VILANOVA, *Op. cit.* p. 37 e 38.

conteúdos fático-reais com os respectivos símbolos, numa relação de inclusão que:

“se **p** implica **q** e **q** implica **r**, então **p** implica **r**”.⁴⁰

Orando uma ilação entre o silogismo aristotélico e a maneira de o hardware executar suas funções, afirmo, sem qualquer receio, que o raciocínio do computador-máquina enquadra-se com perfeição nesse encadeamento lógico de juízos: é do tipo aristotélico-silogístico.

6. Lógica formal e lógica dialética. A dialética processual

O fato de a atenção da *lógica formal* voltar-se para fenômenos que se examinam sob um prisma estático, permitiu vicejar em seu desfavor a crítica no sentido de que sendo a realidade indiscutivelmente dinâmica e constituída pela união dos contrários, não poderia por seu intermédio ser bem representada, mormente porque consagra o “*princípio da contradição*”. Por esse princípio afirma-se que uma proposição não pode ser ao mesmo tempo verdadeira e falsa. Assim, uma lógica que pretendesse retratar mais precisamente o mundo real deveria preocupar-se com a evolução fática dos fenômenos que descreve.

Registre-se que a lógica formal arrima-se, ainda, em mais dois princípios: o da identidade: se uma idéia é verdadeira é verdadeira e, o do terceiro excluído pelo qual uma idéia ou é verdadeira ou é falsa.

⁴⁰ Adem.

Viktor Knapp afirma que o problema central na questão do uso da lógica à Cibernética centra-se nas diferenças substanciais que separam a lógica formal da lógica dialética. A lógica formal apóia-se, segundo Knapp, no princípio da identidade abstrata, que supõe a invariabilidade dos fenômenos objeto do conhecimento, ao passo que a lógica dialética, ao contrário, sem prescindir das regras da lógica formal, confronta continuamente as formas abstratas próprias do pensar com a realidade objetiva, considerando a evolução dos fenômenos captados pelo conhecimento, partindo da infinitude de seus aspectos. Knapp conclui que uma máquina cibernética não respeita “...entièrement la pensée juridique dans sa dialectique complexe; elle est néanmoins capable de le faire dans la mesure où les relations soumises à l'analyse peuvent lui être rendues accessibles, eu égard au degré d'abstraction de leur représentation, par un nombre fini de formules logico-mathématiques finies.”⁴¹

As críticas contra a lógica formal surgiram por volta do ano de 1946, na Polônia, tendo como autor Adam Schaff. Posteriormente, replicando as malsinações que se perfilhavam contra a lógica formal, Kasimierz Ajdukiewicz, em 1948, publicara um artigo, no qual mostrava o deserto dos ataques contra o princípio da contradição. Para esse filósofo, não se deve confundir o conceito de mudança com o de contradição, esclarecendo que a lógica formal tinha por objeto a descrição de fenômenos e não de sua evolução real, que constituía, esse sim, o objeto da lógica dialética.

⁴¹ Apud LUÑO: *Cibernética, Informática y Derecho: Un Análisis Metodológico*, p. 49. Eis a tradução: “...inteiramente o pensamento jurídico na sua dialética complexa; ela é capaz, contudo, de o fazer na medida em qual as relações submissas à sua análise podem-lhe ser devolvidas acessíveis, tidas as considerações ao grau de abstração de suas representações por um número finito de fórmulas lógico-matemáticas finitas”

A dialética tem em Hegel seu idealizador. Identificando o real com o racional, ofertando ao mesmo tempo a dinâmica do pensamento e da realidade, de acordo com leis que lhes são próprias, de maneira que o evoluir do raciocínio traria em si mesmo aquilo que estivesse contido na experiência, chegando a confundir-se com ela. O desenrolar desse pensamento dá-se através de três fases as quais Hegel denominou de tese, antítese e síntese, que são sinônimo de: posição, contraposição e conciliação, respectivamente. Do embate dos opostos surge a conciliação (síntese), que integrando-os em si, os supera ao mesmo tempo em que os nega e, dessa negação, dinamiza-se o processo trifásico.⁴² Nenhum fenômeno jurídico representa tão bem a dialética quanto o processo; nele vislumbram-se claramente contidas: a tese (petição inicial), a antítese (contestação) e a síntese (sentença judicial).

Quando o enfoque dialético exalta o real, conferindo-lhe prioridade sobre o racional, quedamo-nos diante da dialética Marxista. Marx procura explicar a História como uma sucessão de contradições, máxime no que tange à ordem econômica. Enquanto Hegel procura, através da dialética, fazer prevalecer o dever ser, pois para ele é o ideal que norteia a história, Marx exalta o ser, ou mais especificamente as vicissitudes econômicas que dirigem a História.⁴³ O pensamento jurídico marxista surge como uma reação de origem hegeliana aos abstratos sistemas jurídicos de origem kantiana.⁴⁴

Mais tarde, os defensores da dialética aceitaram a lógica formal no âmbito dos problemas e perspectivas que lhes são inerentes: a análise das proposições descritivas

de uma determinada realidade. Os defensores da lógica formal, de sua parte, reconheceram que o princípio da contradição é insuficiente para a explicação de fenômenos reais.

Esta conciliação, pondo fim à polêmica, repercutiu de forma muito positiva para os estudos correlacionados com o processamento eletrônico de dados. E isso porque o uso do computador pressupõe a formalização do fenômeno que será objeto do processamento eletrônico. Dessa forma, se não se atribuisse à formalização um valor simplificador, mas falsificador, inutilizar-se-ia, "a priori", esse tipo de pesquisa computadorizada.

Lefebvre, situando a lógica formal, deflagra que ela não se basta e não basta. Ao apresentar de antemão um conteúdo, não consegue separar-se dele e enquanto forma lógica, o reduz ao mínimo estrito. Aqui o conteúdo mantido como algo exterior ao ser apreendido queda-se estático em nítida contraposição com o real que é dinâmico. Isso não significa para Lefebvre que a lógica formal é impossível com a lógica dialética. Em páginas anteriores do livro já mencionado, dizia o autor que, se bem aprofundada, a lógica formal não veda o pensamento dialético, outrossim, remete à dialética pela mediação da lógica dialética. Porém, ao inverter-se esse movimento, a lógica formal vislumbra-se tão-somente como uma redução do conteúdo. Registre-se, a respeito da lógica dialética, que seu conceito aflui para o de lógica concreta, entendendo-se por esta: "a pesquisa de relações entre a ordem próxima e a ordem distante no espaço, no tempo, no discurso, etc."⁴⁵

⁴² Apud REALE. *Op. cit.*, p. 155-156.

⁴³ Apud LOSANO. *Informática Jurídica*, p. 43.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ LEFEBVRE. *Op. cit.*, p. 24-25.

Lefebvre registra a índole harmônica da possibilidade entre lógica formal e lógica dialética, ressaltando que Hegel não cogita em negar ou rejeitar a lógica formal integralmente, mas tenta enquadrá-la no âmbito da seara dialética, visando à captação do real como um todo concreto em detrimento de sua pureza formal.

Aqui devo aclarar a afirmação de que o processo se constitui em atividade dialética. Embora acredite, sem dúvidas, nessa assertiva é preciso não entendê-la no sentido de que o fato jurídico (a lide) posto em exame é dinâmico. O exame judicial sobre qualquer relação jurídica a apanha já cristalizada, formalizada. Quando afirmo que o processo é atividade dialética, o que quero dizer é que os atos processuais, e tão somente esses, ocorrem em dinâmica idêntica àquela formulada por Hegel, mas isso não significa que a realidade fática, social e concreta examinada num processo civil esteja também em dinâmica dialética. Veja-se que a lesão ou ameaça de lesão a direito já aconteceu, até mesmo nas ações cautelares cujo objetivo não é outro que não o de garantir o resultado útil de um processo principal. Mesmo nessas espécies de provimentos jurisdicionais a dialética do processo restringe-se à relação jurídico-processual posta em apreciação. Quando, exemplificativamente, um juiz determina a busca e apreensão de um bem ou de uma pessoa com base no artigo 839 do CPC, ainda que nenhuma lesão tenha ocorrido e ainda que, eventualmente, venha a ocorrer depois de proferida sentença em ação cautelar e isso importe numa mudança da situação fática, não significa que essa "dinâmica", ou melhor, essa mudança no estado de coisas implique, de qualquer forma, uma atividade dialética. A dialética processual, frise-se bem, é restrita aos atos processuais, nada além disso.

7. Por que a lógica alética em detrimento da lógica deontica?

Alética deriva do grego "alétheia", traduzindo-se em verdade. Lógica Alética pois, é aquela que objetiva descobrir se as proposições de um discurso são verdadeiras ou falsas. Com efeito, o discurso comum pode ser verdadeiro ou falso, noutros termos, a proposição "o mar é azul" pode de fato ser verdadeira ou falsa.

Para o tradicional pensamento jurídico, noutro senso, não interessa que as proposições sejam verdadeiras ou falsas, mas sim, válidas ou inválidas, relacionando-se com o que deve ou não deve ser. O dever ser lógico-jurídico não é axiológico. A expressão "dever" vem do grego "deomai", por essa razão, etimologicamente, diz-se que a lógica própria do direito é denominada deontica.

O momento é bastante pertinente para lembrarmos a precisa lição do professor José Souto Maior Borges, pensador da Escola do Recife, quando afirma que a conduta humana somente integra o objeto da ciência do direito, enquanto considerada abstratamente, excluindo-se a conduta humana concreta, existencial. Destarte, à guisa de exemplo, a norma contida no artigo 4º, do Código Civil do Brasil ao prescrever que a personalidade do homem começa com o nascimento com vida, não deve ser entendida como um enunciado fático ou biológico sobre o nascimento. Sua significação, assevera o eminente professor, é, antes de tudo, deontica, podendo assim expressar-se: dado o nascimento com vida deve ser a personalidade.⁴⁶

⁴⁶ BORGES, José Souto Maior. *O Direito como Fenômeno Linguístico, O Problema da Demarcação da Ciência Jurídica, Sua Base Empírica e o Método Hipotético Dedutivo*. Revista Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, 1988, p. 29 e 30.

Lourival Vilanova concebe os modos de referência das proposições deonticas em três modalidades, dividindo o universo da conduta humana regulada pelo direito, - conduta humana juridicamente regulada - em: "modalidade do proibido, do obrigatório e do permitido."⁴⁷ Esses são os três 'modos-de-referência' que possuem as proposições deonticas quanto ao seus objetos: "é sua dimensão semântica, a relação da proposição como símbolo, com o objeto denotado."⁴⁸

Desinteressa-nos, absolutamente, qualquer maior aprofundamento sobre lógica deontica já que nos ocuparemos apenas daquele tipo de lógica capaz de ser compreendida e executada pelo computador. E esse, por mais inteligente que seja, jamais será capaz de entender porque um dispositivo de lei que imponha pena de reclusão pelo cometimento de homicídio não pode ser formalizado numa proposição alética: dado o homicídio será a aplicação da pena de reclusão. E não entenderá exatamente porque não é dotado de raciocínio próprio para, exemplificativamente, entender que a formulação retro é rejeitada considerando-se a possibilidade de o réu evadir-se à punição estatal e aí, nesse diapasão, aquela proposição quedar-se-ia inexata. Ressalte-se ainda que no raciocínio abstrato-jurídico-normativo não impera o princípio da causalidade natural, pois o efeito jurídico conseqüente não decorre de uma causa antecedente capaz de o explicar de forma exata, como ocorre nas leis físicas, em que, dada a ocorrência da causa calor, será o efeito aquecimento.

⁴⁷ VILANOVA. *Op. cit.*, p. 137 e 138.

⁴⁸ *Idem*.

8. Lógica com mais de dois valores

O resultado da conciliação acima falada, entre lógica formal e lógica dialética, resultou na formalização do discurso dialético, verificado, consoante Losano, por excelência em Hegel. Para que alcançasse logro, o discurso hegeliano prescindiu da lógica de dois valores e criou uma de quatro. E isso porque já não era mais suficiente afirmar-se que determinada proposição era verdadeira ou falsa, mas impunha-se operar com conectivos. Losano situa a superação da lógica de dois valores entre os anos de 1920 a 1930, quando os poloneses Jean Luckasiewicz e Alfred Tarski construíram uma lógica contendo três valores de verdade: o verdadeiro; o falso; e o possível. Esse sistema impôs a renúncia de determinadas leis lógicas a exemplo do terceiro excluído.⁴⁹

Com efeito, também Castrucci atribui a criação da lógica com mais de dois valores a Luckasiewicz que, no ano de 1920, criou sua lógica trivalente, motivando-a na consideração de proposições do tipo "choverá no dia 25 de janeiro de 2000", pois à tal proposição não se pode atribuir nem o valor verdadeiro, nem o falso. Daí a necessidade de criar uma outra que pudesse ser expressada da seguinte forma: "é possível que chova no dia 25 de janeiro de 2000" ou "não é possível que chova no dia 25 de janeiro de 2000". Seguiu-se então a atribuição de três valores assim designados:

0 — que corresponde a "falso";

1 — que corresponde a "verdadeiro";

$\frac{1}{2}$ — que corresponde a "é possível".⁵⁰

⁴⁹ LOSANO. *Livros de Informática Jurídica*, p. 42.

⁵⁰ CASTRUCI. *Benedetto. Introdução à Lógica Matemática*, 1977, p. 63-64.

O jurista peninsular especializado na matéria objeto deste trabalho argumenta que por mais interessante que seja, o estudo das lógicas com mais de dois valores não interessa para o jurista cibernético, uma vez que não podem ser utilizadas pelo computador. Traçando as características que uma lógica deve possuir para bem adequar-se ao uso pelo computador eletrônico, Losano consigna que deve ser: simbólica, alética, não dialética e de dois valores.⁵¹

9. Referências Bibliográficas

- CATRUCCI, Benedito. *Introdução à lógica matemática*. São Paulo, Nobel, (1977), 158p.
- GARCIA, Dinio Santis. *Introdução à informática jurídica*. São Paulo, USP – Universidade de São Paulo, (1976), 221 p.
- LANCHARRO, E. Alcalde & FERNANDEZ, Salvador peñuelas & LOPES Miguel Garcia. *Informática básica*. São Paulo, Markron Books, traduzido por Sérgio Molina, (1996), 269 p.
- LEFEBVRE, Henri. *Lógica formal / lógica dialética*. 2. ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, traduzido por Carlos Nelson Coutinho, (1979), 301 p.
- LOSANO, Mario Giuseppe. *Informática jurídica*. São Paulo, Saraiva, traduzido por Giacomina Faldini, (1976).
- LUÑO, Antonio Henrique Perez. *Cibernética, informática y derecho: un análisis metodológico*. Bolonha, Real Colégio da Espanha, (1976), 151 p.
- _____. *Manual de informática y derecho*. Madrid, Ariel, (1996), 222 p.
- PENZIAS, Arno. *Idéias e informação*. Lisboa, Gradativa, traduzido por Jorge Casimiro, (1992), 246 p.
- SOUTO MAIOR BORGES, José. *O Contraditório no Processo Judicial (Uma Visão Dialética)*. Malheiros, 1996.
- VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*. São Paulo, Bushatsky, (1976), 170 p.
- WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos*. 5. ed. São Paulo, Cultrix, 190 p.

⁵¹ Idem.

A ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO NA REFORMA ADMINISTRATIVA

Ana Luísa Celino Coutinho

Professora da Universidade Federal da Paraíba – UFPB, especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça da Paraíba, mestre e doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, autora do Livro: *Mandado de Segurança, Suspensão do Direito Brasileiro* (Ed. Jurú).

SUMÁRIO

1- Introdução 2- Conceito 3- Origem 4- Razão de ser da estabilidade 5- A estabilidade e a Constituição de 1988 6- Porque mexer na estabilidade? 7- O art. 41 da Constituição Federal e a Emenda n.º 19 8- A estabilidade do direito adquirido 9- Conclusão 10- Bibliografia

1. Introdução

A expressão Reforma Administrativa equivale a reorganização, reestruturação administrativa do órgão público. Acontece que, da forma como foi aprovada essa reforma (através da Emenda Constitucional n.º 19/98), as maiores e mais significativas modificações atingiram a questão do pessoal administrativo, do servidor público.

A explicação para isso talvez se deva ao fato de que há muito tempo se vem apontando a figura do servidor público, em si considerado, como a origem e o fim dos inúmeros problemas que vêm afligindo a administração pública. Essa administração encontra-se repleta de vícios

que, muitas vezes, independem da pessoa do servidor, tais como excesso de burocracia, nepotismo, inércia e excesso de gastos.

Dentre as mais importantes modificações trazidas pela reforma administrativa, escolhemos a flexibilização da estabilidade do servidor como objeto do nosso estudo. Iniciamos o trabalho com a abordagem do conceito e origem da estabilidade, sua razão de ser, a forma como foi abordada pela CF de 1988, o motivo de sua modificação, sua flexibilização com a Reforma Administrativa, até chegar à polêmica questão do direito adquirido à estabilidade.

Ao estudar esse assunto, temos como objetivo demonstrar detalhadamente a flexibilização sofrida pela estabilidade com a Reforma Administrativa e a obrigatoriedade da Emenda Constitucional n.º 19 respeitar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

2. Conceito

O conceito de estabilidade do servidor público, recentemente, tem variado de autor para autor. Essas variações, entretanto, não chegam a atingir o conceito de estabilidade em sua essência e, salvo algumas divergências que analisaremos ao longo deste trabalho, as opiniões dos autores, na maioria das vezes, são coincidentes entre si.

Paulo de Matos Ferreira Diniz conceitua a estabilidade do servidor público como sendo "(...) um atributo do cargo público que assegura a continuidade da prestação do serviço público, que é de caráter permanente."¹ Sobre o assunto escreve Petrônio Braz: "A estabilidade é

a segurança da presença do servidor no serviço público (...) é uma situação pessoal garantidora da permanência do servidor no serviço público."²

Há, entretanto, uma divergência entre o pensamento do já citado doutrinador Ferreira Diniz e o das autoras Maria Garcia e Leila Lopes Pires Carmo Basto, quanto a quem pertence o atributo da estabilidade. Conforme doutrina a primeira:

"A estabilidade diz respeito à situação do servidor público nos quadros do funcionalismo e é atributo pessoal do funcionário ou servidor: estável é o servidor que, preenchidos os requisitos legais, não pode perder o cargo ou função pública, a não ser em virtude de sentença, processo administrativo ou extinção do cargo ou função (...)" (grifo nosso).

Leila Basto corrobora o pensamento da colega quando afirma que (...) "a estabilidade é um atributo do ocupante do cargo."³ (grifo nosso).

Entendemos, porém, que estabilidade é atributo do cargo, e não do servidor. Isso porque, na demissão decorrente da redução das despesas do pessoal ativo e inativo (art. 169, § 4º, CF), conforme entendimento do STF, materializado na súmula 22, deverá se proceder primeiro à extinção do cargo para posteriormente exonerar o servidor. Do contrário, se a estabilidade for atributo do servi-

ESMAPE - BIBLIOTECA
Tomb.FA 19990005
Local P-01
Ch. 00000009 E

¹ DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. Tudo sobre a Reforma Administrativa e as Mudanças Constitucionais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 72.

² BRAZ, Petrônio. O Servidor Público na Reforma Administrativa. São Paulo: Editora de Direito, 1998, p. 63.

³ GARCIA, Maria. "Reforma Administrativa: A Estabilidade dos Servidores Públicos", in Boletim de Direito Administrativo, a. 13, n.º 4, São Paulo: Ed. NDJ, abril/1997, p. 239-240.

⁴ BASTO, Leila Rosa Pires Carmo. "A Questão da Estabilidade do Servidor Público em face da Proposta de Reforma Administrativa do Governo Federal", in Direito, Estado e Sociedade (Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio), n.º 10, Rio: s/ed., jan./jun., 1997, p. 69.

dor e não do cargo, ainda com a extinção deste, não se poderia demitir aquele, uma vez que ainda goza de estabilidade.

Inúmeras vezes já se confundiu estabilidade com efetividade. Entretanto, como bem ensinam Maurício Antônio Ribeiro Lopes e Petrônio Braz, tais termos não são sinônimos e, sim, absolutamente distintos. Dispõe expressamente o primeiro: "Estabilidade é o direito que possui o servidor público de permanência no serviço. Vem contemplada na tradição constitucional brasileira desde 1934. Soma-se, normalmente, a essa garantia a da efetividade, isto é, tem assegurada não só a permanência como a titularidade do cargo, isolado ou de carreira."⁵

Sobre essa questão afirma Petrônio Braz: "A efetividade e a estabilidade são dois institutos distintos dentro do serviço público. A estabilidade é a segurança da presença de servidor no serviço público e a efetividade é a garantia de permanência em um determinado cargo."⁶

Fabiana de Menezes Soares acredita que a garantia da estabilidade tem como fundamento o princípio da neutralidade política da função pública, e que corresponde à efetivação do direito à proteção, que abrange proteção contra ameaças, violências, agressões, injúrias, difamação ou qualquer ultraje que sofra o funcionário no exercício de suas funções.

De forma bastante completa, Juarez Freitas, no artigo "A Reforma Constitucional e o Princípio da Estabilidade do Servidor Público", define o princípio da estabilidade como:

*"(...) a proteção de alçada constitucional contra a perda do cargo público, conferida apenas a servidor efetivo, nomeado em razão de concurso público, após o desenrolar de um determinado período de estágio probatório (presentemente de três anos de real exercício no cargo) e mediante avaliação exitosa ao cabo do aludido estágio, não sendo suficiente o mero transcurso do lapso temporal apontado."*⁷

3. Origem

Paulo de Matos Ferreira Diniz entende que o instituto da estabilidade teve origem nos Estados Unidos para combater um sistema considerado predatório na administração pública, qual seja: a disputa entre democratas e republicanos. Se qualquer deles chegava ao poder por escolha popular, demitia os servidores que apoiavam o outro partido.

Tal origem da estabilidade não resta pacificada; tanto é que Eduardo Lobo B. Gualazzi, citado por Maria Garcia, no artigo "Reforma Administrativa: A Estabilidade dos Servidores Públicos", assinala que:

"(...) a figura do servidor estável remonta à Roma republicana (magistrados), aparecendo nas legislações de diversos países (Prússia, no início do século XVIII; Suíça, em 1850; Alemanha e Inglaterra, em 1873; Estados Unidos, em 1883 e na Itália, em 1908). O 1º Congresso Internacional de Ciências Administrativas, em Bruxelas (Bélgica), no início deste século, por unanimi-

5 LOPES, Maurício Antônio Ribeiro.

Comentários à Reforma Administrativa. São Paulo: RT, 1998, p. 50.

6 BRAZ, O Servidor Público na Reforma Administrativa (n. 2), p. 63.

7 FREITAS, Juarez. "A Reforma Constitucional e o Princípio da Estabilidade do Serviço Público", in Boletim de Direito Administrativo, a. 14, n.º 7, São Paulo: Ed. NDU, julho/1998, p. 421.

dade de votos, aprovou que todos os países fixassem estatutos dos funcionários públicos para observância universal da estabilidade administrativo-funcional.”⁸

No Brasil, o instituto da estabilidade teve início em 1915, com a Lei 2924. Apesar da estabilidade ser um instituto diretamente ligado à forma republicana de governo, a Constituição Republicana de 1891 nada dispõe sobre o assunto. A primeira Constituição brasileira a dispor sobre a estabilidade foi a de 1934, mais especificamente, no art. 169. Assim como a Constituição de 1988, a Carta Magna de 1934 previu a aquisição da estabilidade após dois anos de efetivo exercício para os funcionários públicos nomeados em virtude de concurso. Para os demais servidores, aquele texto constitucional previa a estabilidade após dez anos de efetivo serviço. Portanto, na verdade, todos os funcionários seriam contemplados com a estabilidade, apenas com diferentes períodos de estágio probatório: dois anos para os que ingressassem por concurso público e dez anos para os demais.

As demais Constituições que sucederam a de 1934 trataram da questão da estabilidade, mesmo aquelas consideradas mais autoritárias, como é o caso da CF/69.

4. Razão de ser da estabilidade

A estabilidade justifica-se pela indispensável neutralidade e imparcialidade no exercício das funções públicas. Tais características, essenciais à efetivação do serviço público, estão diretamente ligadas ao princípio da moralidade previsto pela Constituição no art. 37. Esse

princípio impõe ao exercício da função pública um caráter de adequação aos valores sociais, tais como honestidade e probidade. O adequado exercício da função pública se efetiva na utilização do aparelho estatal para fins públicos e através de agentes com conduta honesta.

Só existe Estado Democrático de Direito se, ao mudarem os agentes políticos de um Estado, os seus agentes administrativos efetivos possuam garantias para exercerem com imparcialidade a sua função pública. Se assim não for, tais agentes não estão sujeitos à vontade da lei e, sim, à vontade e caprichos de cada agente político que assumir o poder.

Existe uma idéia bastante difundida de que a estabilidade corresponderia a um privilégio do funcionário público, ferindo, portanto, o princípio da igualdade. Fabiana de Menezes Soares combate veementemente tal raciocínio, apontando razões de ser da estabilidade:

“Esse raciocínio é canhestro por três motivos: estas garantias existem não em razão do agente público em si, mas devido ao exercício da função pública; sua manutenção se justifica pelo caráter isonômico que a dita função deve ter em face dos seus destinatários como condição de efetividade do princípio da igualdade, e a estabilidade não é absoluta, mas relativa, porque ela não pode ser utilizada para contrariar os fins que justificaram sua inclusão no texto constitucional. Não há, pois, antinomia entre a garantia da estabilidade e o princípio da igualdade, muito pelo contrário: a estabilidade promove o exercício de uma administração isenta.”⁹

⁸ GARCIA, “Reforma Administrativa: Estabilidade dos Servidores Públicos”, (n.3), p.242.

⁹ SOARES, Fabiana de Menezes, “Função Administrativa, Estabilidade e o Princípio da Neutralidade: Alguns Aparentamentos sobre a Reforma Administrativa”, in Revista de Informação Legislativa, a.34, n.º 138, Brasília: Senado Federal, out./dez, 1997, p. 90.

Hely Lopes Meireles, citado por Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira, em seu livro *Reforma Administrativa, o Estado, o Serviço Público e o Servidor*, ensina:

*"Juntamente com as garantias outorgadas aos servidores, o texto constitucional assegura ao Estado os meios para realizar uma boa administração, dentre os quais o poder-dever de zelar pela eficiência, moralidade e aprimoramento do pessoal administrativo. É o que ocorre, por exemplo, com o instituto da estabilidade, que, a par de um direito, para o servidor, de permanência no serviço público enquanto bem servir, representa para a administração a garantia de que nenhum servidor nomeado por concurso público poderá subtrair-se ao estágio probatório de dois anos e a de que nenhum outro servidor poderá adquirir igual direito. Assim, não pode a administração – federal, estadual ou municipal – ampliar o prazo do art. 41 da CF, pois estaria restringindo direito do servidor público; mas também não pode diminuí-lo ou estendê-lo a outros servidores que não nomeados por concurso, porque estaria renunciando a prerrogativas constitucionais consideradas essenciais na relação Estado-Agente Administrativo."*¹⁰

Isto significa que a importância da estabilidade reside não apenas no fato de ela representar um direito do servidor, como também numa garantia para a administração.

5. A estabilidade na constituição de 1988

O texto constitucional de 1988 trata da estabilidade no art. 41, que prevê expressamente:

“ Art. 41– São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

§ 1º. O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

§ 2. Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade.

§ 3. Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até o seu adequado aproveitamento em outro cargo”.

O caput deste artigo trata de dois requisitos necessários à aquisição de estabilidade, quais sejam: nomeação em virtude de concurso público e dois anos de exercício no cargo.

Já os parágrafos do mencionado artigo dispunham sobre os efeitos da estabilidade, ou seja, desde que estável o servidor público, esse não mais poderá ser exonerado, salvo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

Ainda sobre a estabilidade, não mais entre os 247 artigos de suas disposições permanentes, mas especifica-

¹⁰ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Reforma Administrativa, o Estado, o Serviço Público e o Servidor*. 2ª edição. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, pp. 285-288.

mente no art. 19 do Ato das Disposições Transitórias, o constituinte de 1988 volta a referir-se à questão da estabilidade, quando estendeu essa a todos os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta autárquica e fundacional, que estivessem em exercício na data da promulgação há pelo menos cinco anos continuados, mesmo não tendo sido admitidos por concurso público, conforme dispõe o art. 37 da Constituição, com exceção daqueles ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança que a lei declare de livre exoneração.

6. Por que mexer na estabilidade?

Tão importante quanto o instituto da estabilidade é a verificação de suas mudanças, as conseqüências daí decorrentes e as razões que levaram a tudo isso.

Apesar da irreversível realidade da globalização e da tendência mundial à diminuição do tamanho do Estado, o Brasil, em particular, passou por uma situação concreta que agravou o tamanho e o peso da máquina administrativa do Estado: a instituição do regime jurídico na Constituição de 1988, que colocou sob regime estatutário todas as categorias de servidores públicos que desenvolvessem quaisquer tipos de atividade, quando permitiu que servidores celetistas, com qualquer tempo de serviço, passassem a integrar o Regime Jurídico Único. Celso Antonio Bandeira de Mello, citado por Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira, tratou essa questão de forma bastante transparente. Merece transcrição: "Aliás, a sobredita lei, não apenas institui tal regime como o geral, aplicável a quaisquer servidores públicos civis da União, mas também, conforme antes se disse, inconstitucionalmente co-

locou sob sua égide servidores não concursados que haviam sido admitidos pela legislação trabalhista e transformou seus empregos em cargos públicos, independentemente do tempo de serviço que tivessem (art. 243, § 1).” Nisso afrontou à generala tanto o art. 37, II da Constituição, que exige concurso público de provas ou de provas e títulos para acesso a cargos públicos, quanto ofendeu ostensivamente o art. 19 § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Esse último conferiu estabilidade aos servidores não concursados que contassem cinco anos de exercício contínuo à data da promulgação da Constituição, mas não autorizou mudanças em seu regime jurídico e muito menos permitiu sua preposição em cargos públicos, pois – pelo contrário – estabeleceu que sua efetivação dependeria de concurso.

*(...) "Esse impacto se torna mais grave à medida que cresce o número de aposentadorias, agravando a tendência à degradação dos salários. A médio e longo prazos, as aposentadorias integrais, dentre outros benefícios sem paralelo no regime de emprego, exercem forte pressão sobre o gasto com pessoal."*¹¹

A modificação do art. 41 da Constituição, que dispõe sobre flexibilização da estabilidade, que está longe de ser, individualmente falando, a solução para o inchaço da máquina administrativa, apenas compõe o conjunto de medidas de modificações constitucionais idealizadas pelo governo com essa finalidade.

Em agosto de 1995, foi encaminhada à Câmara dos Deputados a mensagem n.º 886/95, da Presidência da

¹¹ PEREIRA, Reforma Administrativa, o Estado, o Servidor Público e o Servidor, (n.º 10), pp 269-270.

República, que apresentava emendas ao capítulo da Administração Pública. Tal mensagem presidencial foi convertida na Proposta de Emenda Constitucional n.º 173/95. Essa proposta previa as seguintes modificações: no art. 37, incisos I, II, XII e XIII; no art. 39, caput e parágrafos 1º e 2º; no art. 41, grandes alterações e a inserção de novos parágrafos e incisos; no art. 206, inciso V; no Título das Disposições Constitucionais Transitórias, após o art. 246, com o acréscimo de quatro artigos; no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, após o art. 73, com o acréscimo de mais dois artigos; na previsão de disposições transitórias reguladas pela própria emenda, nos artigos de 11 a 14.

Com algumas modificações, mas sem alterar a essência da proposta, a Emenda Constitucional n.º 19 foi aprovada e publicada no Diário Oficial no dia 5 de julho de 1998.

7. O art. 41 da Constituição Federal e a Emenda n.º 19

O art. 41 da Constituição foi extremamente modificado pela Reforma Administrativa (EC n.º 19), passando a ter a seguinte redação:

“ Art. 41 – São estáveis, após três anos de efetivo exercício, os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º. O servidor público estável só perderá o cargo:

I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º – Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º – Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4º – Como condição para aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade”.

O citado artigo dispõe basicamente sobre a aquisição e perda do cargo público e as possibilidades de o funcionário ser posto em disponibilidade.

A questão da aquisição da estabilidade pelo servidor público, disposta no caput do art. 41, sofreu algumas modificações com a Emenda n.º 19, quais sejam: o aumento do período de efetivo exercício do cargo público para se adquirir a estabilidade (estágio probatório) de dois para três anos; a aprovação em avaliação pessoal de desempenho por comissão instituída para essa finalidade (disposição acrescida ao art. 41 da CF na forma do § 4º, pela Emenda Constitucional n.º 19). Já a nomeação para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público continua sendo requisito para aquisição da estabilidade, conforme já previa a Constituição em seu texto anterior à Reforma Administrativa.

Portanto, para que o servidor adquira a estabilidade, é necessária a presença concomitante de três requisitos: nomeação para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público; efetivo exercício por três anos (estágio probatório) e avaliação especial e obrigatória de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

É importante ressaltar que o art. 28 dessa emenda constitucional garantiu o direito adquirido ao estágio probatório de dois anos aos servidores que já estavam em efetivo exercício na data da promulgação dessa emenda, mas não tinham ainda adquirido a estabilidade.

O § 1º do art. 41 da Constituição dispõe sobre as possibilidades de perda do cargo pelo servidor público estável. Tal assunto, entretanto, não se esgota nesse dispositivo constitucional, tanto é que o art. 169 § 4º da CF prevê uma quarta possibilidade de perda do cargo público.

Os incisos I e II do § 1º do art. 41 da CF, na verdade, não representam inovação alguma às possibilidades de perda do cargo público previstas pelo texto constitucional anterior à reforma administrativa. Trata-se da perda do cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado e mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa. O que ocorreu foi apenas uma modificação na estrutura do dispositivo constitucional, pois anteriormente essas duas possibilidades eram previstas no caput do § 1º do mesmo artigo.

Já o inciso III do § 1º do art. 41 corresponde a mais uma possibilidade de perda do cargo, acrescida à Constituição pela Reforma Administrativa: reprovação em procedimento de avaliação periódica de desempenho. Tal avaliação de desempenho passa a fazer parte do cotidia-

no do servidor, aparecendo num primeiro momento como requisito para aquisição da estabilidade e depois reaparecendo periodicamente.

Essa avaliação de desempenho ainda não foi regulamentada: está dependendo da edição de lei complementar. Sobre essa questão doutrina Francisco Gerson Marques de Lima:

*"A palavra chave nesse inciso é **desempenho**, cujo procedimento de avaliação será estabelecido em lei complementar. Até que venha a lei complementar regulamentadora, a perda (sic) do cargo por falta de desempenho, apurada em qualquer procedimento administrativo de avaliação, é juridicamente impossível. Por certo a lei disciplinará tanto o procedimento de avaliação periódica quanto os critérios hábeis a demonstrar o desempenho do servidor estável, pois é com base na observância a esses critérios que o servidor poderá exercer o seu direito de defesa."*¹²

Mesmo com a edição da lei complementar, a avaliação de desempenho terá um alto teor de subjetividade, uma vez que ela não conseguirá prever todas as possibilidades de faltas e insuficiência de desempenho nas diversas funções e cargos da administração pública. Sobre essa questão doutrina Cláudia Fernanda Pereira: "(...) a estabilidade, que será de três anos e poderá ser quebrada nas hipóteses já conhecidas no ordenamento anterior, bem assim em relação à chamada avaliação de desempenho, que não deixa de envolver algum critério subjetivo, sub-

¹² LIMA, Francisco Gerson Marques de. "O Servidor Público frente à Emenda Constitucional n.º 19/98. Considerações Preliminares. In Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, 1/12517, 1ª quinzena, ago/98, p. 9.

metendo todos os servidores, que também poderão ser exonerados quando as despesas com gastos de pessoal superarem o limite previsto, hipótese que inclui também os servidores que exerçam atividade exclusiva de Estado. Não há limitação de não serem tais procedimentos utilizados no período eleitoral (...)¹³ (grifos nossos)

A ausência de proibição da realização do procedimento de avaliação de desempenho em período eleitoral representa perigo para o agente administrativo que fica vulnerável aos detentores do poder político. O mesmo não ocorre quanto à demissão por excesso de quadros, prevista no art. 169 § 4º da Constituição, pois o cargo objeto da redução de pessoal foi extinto, e a criação de cargo, emprego ou função com atribuições semelhantes fica proibida por quatro anos (normalmente, período de um mandato eletivo).

Os autores Alexandre de Moraes e Petrônio Braz são unânimes em afirmar que as leis regulamentadoras da possível perda da estabilidade, por força no disposto nos artigos 41, § 1º, III e 169, § 4º (decorrente de avaliação periódica de desempenho e de excesso de quadros) estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.

É importante ressaltar que, no caso da avaliação periódica de desempenho, a Constituição prevê sua regulamentação por lei complementar, enquanto que, para a demissão por excesso de quadros, por lei ordinária.

Sobre essa questão afirma Marques de Lima:

*"Na realidade, não vislumbramos justificativa plausível para a EC 19/98 haver inserido a nível de previsão em lei complementar o procedimento de avaliação do estável, aliás, diferentemente do procedimento de avaliação do servidor em estágio probatório, que será regulado por lei ordinária. A nosso ver, ambos os procedimentos haveriam de ser regulados por uma única modalidade de lei (a ordinária), embora essa previsse diferenciação na forma de avaliar o desempenho dos dois tipos de servidores, levando em conta a presunção de adequação do estável, por sinal já verificada em avaliações anteriores."*¹⁴

Outra questão a se considerar em relação à avaliação periódica de desempenho é sua relação com outras faltas funcionais, previstas na legislação infraconstitucional, tais como improbidade e desídia.

Petrônio Braz afirma:

*"Pela proposta governamental, o instituto da estabilidade seria praticamente extinto através da inclusão, no corpo do art. 41, da Carta Federal, da possibilidade da perda da estabilidade por desídia, improbidade ou qualquer outra falta grave, por insuficiência de desempenho no exercício da função pública, ainda, por necessidade da administração."*¹⁵

No entender de Fabiana de Menezes Soares, a insuficiência de desempenho no exercício das funções é uma

¹³ LIMA, "O Servidor Público frente à Emenda Constitucional n.º 18/96. Considerações Preliminares" (n. 12), p. 10.

¹⁴ BRAZ, "O Servidor Público na Reforma Administrativa" (n. 2), p. 65.

¹⁵ PEREIRA, Reforma Administrativa, o Estado, o Serviço Público e o Servidor (n. 10), p. 283.

forma de desídia, pois o grau de eficiência para o desempenho do servidor público é maior do que para com a mesma função numa relação de trabalho sob a égide do direito privado.

Já Marques de Lima discorda de tal entendimento quando afirma:

*"A inserção do inciso III deixa evidente a distinção entre a falta de desempenho do servidor estável e as faltas funcionais (desídia, insubordinação...), verificáveis em processo disciplinar, para dotá-las de uma certa autonomia intrínseca. A falta de desempenho é periódica, verificável através de procedimento de avaliação, acarreta a exoneração do servidor e é regulamentada por lei complementar. As faltas cometidas pelo servidor são apuradas em processo administrativo, que normalmente não é periódico, podendo concluir pela absolvição do servidor ou pela aplicação de sanção (inclusive demissão), e é regulado por lei ordinária (o Estatuto do Servidor ou outra lei específica que trate a matéria)."*¹⁶

Está claro que a avaliação periódica difere do processo administrativo que, eventualmente, pode ser instaurado contra o servidor. Só que as faltas funcionais que ensejam a instauração de processo administrativo também podem ser detectadas em avaliação periódica de desempenho e influenciarão o resultado dessa avaliação, podendo atingir de tal forma o desempenho do servidor a dar ensejo à perda do cargo por deficiência de desempenho.

Existe ainda uma modalidade de perda do cargo pelo funcionário público estável, só que não está prevista no

art. 41 e, sim, no art. 169, § 4º da Constituição, que é a perda do cargo por necessidade da administração, por excesso de quadros ou para a redução de despesas. Tal possibilidade de exoneração, diferentemente das demais, não tem caráter punitivo.

O caput do art. 169 da CF determina que a despesa com pessoal ativo e inativo da União, Estados, Municípios e Distrito Federal não poderá exceder o limite estabelecido por lei complementar, que é de 60% do orçamento (Lei Complementar n.º 82/95).

Esse tipo de demissão não pode ser aleatório, e sim, somente após as providências previstas nos incisos do § 3º do art. 169 da CF, que são: redução de pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança, e exoneração dos servidores não estáveis. Só após a adoção desses procedimentos é que a administração poderá, visando a diminuir sua despesa com pessoal, fazer com que servidores estáveis percam seus cargos. Nesse caso, haverá a extinção do cargo e a proibição de criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas.

Esse tipo de exoneração, assim como todas as demais possibilidades de perda do cargo do servidor estável, deverá obedecer aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal (o § 4º do art. 169 da CF, que está ainda sujeito a regulamentação por lei federal).

Juarez de Freitas defende que a aplicação do art. 169, § 4º da CF deveria dar-se apenas *ex nunc*, pelas mesmas razões que levaram a Emenda Constitucional n.º 19/98 a respeitar a simples expectativa de direito no caso dos estágios probatórios em andamento.

Sobre a disponibilidade observa Ferreira Dimiz:

¹⁶ LIMA, "O Servidor Público frente à Emenda Constitucional n.º 19/98. Considerações Preliminares" (n. 12) p. 10.

"Entendemos que o servidor em disponibilidade não possui a condição de inativo e nem de em atividade. Ele, simplesmente, encontra-se à disposição da administração, que poderá aproveitá-lo segundo seus interesses (...). A situação funcional desse servidor permanece inalterada desde a data da publicação do ato que o colocou em disponibilidade. Tudo fica estagnado. Ressurge a partir do seu aproveitamento." ¹⁷

A disponibilidade, na forma que foi modificada pela Reforma Administrativa, está prevista nos parágrafos 2º e 5º do art. 41 da CF e envolve duas situações, respectivamente: uma decorrente da reintegração de servidor que teve exoneração anulada por sentença judicial (o outro servidor que ocupava seu cargo poderá ficar em disponibilidade) e a outra quando o cargo for extinto ou declarada sua desnecessidade. Em ambos os casos, o servidor é posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço. Na redação do texto constitucional anterior à EC 19/98, o servidor era posto em disponibilidade tendo direito à integralidade de seus proventos.

Sobre essa questão faz observação pertinente, antes da publicação da EC 19/98, Georgeton de Souza Franco Filho:

"Duas questões que se colocam, neste ponto: A primeira é se devem ser computados os tempos de serviço público e de atividade privada, que podem ser somados, desde que não concomitantes, para muitas finalidades, o que parece deverá ser observado.

¹⁷ DWYZ. Tudo sobre a Reforma Administrativa e as Mudanças Constitucionais (n. 1), p. 23.

A segunda é a situação dos que se encontram, atualmente, em disponibilidade, que poderão ter reduzidos seus ganhos. Parece que, se houver essa redução, estará sendo rompido o princípio do direito adquirido, porquanto a condição preexistia à promulgação da emenda constitucional." ¹⁸

8. A estabilidade e o direito adquirido

Antes de entrar nas controvérsias doutrinárias da flexibilização da estabilidade versus direito adquirido, é importante lembrar que o relator Prisco Viana, em seu parecer, quando da apreciação da emenda pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, restringiu a possibilidade de demissão de funcionários por insuficiência de desempenho e excesso de quadros apenas àqueles servidores que ingressassem na administração pública após a publicação da emenda. O parecer do relator procurou respeitar o direito adquirido dos servidores que já possuíam estabilidade. Mas, em plenário, o parecer do relator Prisco Viana foi derrubado, e foi aprovado o *fim da estabilidade*, com 27 votos a favor e 23 contra.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes cita Carlos Maximiliano, que define direito adquirido: "(...) se chama direito *adquirido* o direito que se constitui regular e definitivamente e a cujo respeito se completaram os dispositivos legais e de fato para integrar no *patrimônio do respectivo titular*, quer tenha sido feito valer, quer não, antes de advir norma posterior em contrário." ¹⁹ Para completar a definição, Ribeiro Lopes cita Marques de Lima: "Não

¹⁸ FRANCO FILHO, Georgeton de Souza. "O Servidor Público e a Reforma Administrativa". in LTR, a. 62, n.º 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio de 1996, pp. 569-597.

¹⁹ LOPES. Comentários à Reforma Administrativa (n. 5), p. 163.

há confundir a *aquisição do direito*, com o seu *exercício*. O direito está adquirido quando alguém *possa exercer*, mesmo que não o tenha exercido, quer por conveniência própria ou por outro motivo fático (não jurídico).²⁰

A flexibilização da estabilidade prevista pela EC 19/98 e a sua relação com o direito adquirido está diretamente ligada aos limites impostos ao Poder Constituinte Derivado. O Congresso Nacional, no exercício do Poder Constituinte Derivado, pode reformar a Constituição Federal através de emendas. Mas, essas emendas têm que respeitar as vedações expressas e implícitas impostas pelo Poder Constituinte Originário, as chamadas cláusulas pétreas. Essas estão previstas no art. 60, § 4º da Constituição que, no seu inciso VI, prevê os direitos e garantias individuais. Eles estão expressamente dispostos no art. 5º da CF, que, no seu inciso XIX, estabelece: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". (grifo nosso). Ou seja: a proteção ao direito adquirido faz parte dos direitos individuais que compõem as cláusulas pétreas e, por isso, não podem ser atingidos por lei nova. Já há uma unanimidade doutrinária de que o termo *lei* foi utilizado pelo Poder Constituinte Originário em sentido amplo, envolvendo todos os tipos de lei, inclusive emendas constitucionais. Não existe direito adquirido em relação à Constituição, obra do Poder Constituinte Originário, mas existe em relação à emenda constitucional decorrente do Poder Constituinte Derivado.

O próprio Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, sobre as emendas consti-

tucionais, com o intuito de verificar sua compatibilidade com as cláusulas pétreas.

A EC 19/98 eliminou a exigência do regime jurídico único para os servidores civis, e o STF já se pronunciou no sentido de que não existe direito adquirido a regime jurídico. Com base nessa mudança, Petrônio Braz chega à seguinte conclusão: "Se não prevaleceu a proposta em sua inteireza objetiva, para as autarquias e fundações instituídas pelo poder público, eliminou-se a estabilidade ao ser permitida a adoção do regime celetista."²¹

Discordam, entretanto, desse posicionamento Alexandre de Moraes, Francisco Gerson Marques de Lima e Paulo de Matos Ferreira Diniz, que afirmam, respectivamente:

*"A posição pacificada na jurisprudência da Corte Suprema sobre a inexistência de direito adquirido em relação à imutabilidade do regime jurídico do servidor público, sendo as espécies normativas que o alterem aplicáveis desde o início de sua vigência, não afasta a proteção constitucional dos direitos adquiridos relacionados a vantagens pessoais que já tenham acrescido ao patrimônio do servidor público, pois são coisas absolutamente diversas."*²²

*"Aqueles que já tiverem logrado a estabilidade na data da publicação da EC 19/98, sejam celetistas ou estatutários, permanecem com a garantia, por se tratar, mais do que de direito adquirido, de ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF), uma vez ter já a Administração Pública (mesmo tacitamente) lhes reconhecido a aptidão funcional e conferido o direito."*²³

²⁰ BRAZ O Servidor Público na Reforma Administrativa (n. 2), p. 64.

²¹ MORAES, Alexandre de Reforma Administrativa—Emenda Constitucional n.º 19/98, São Paulo: Atlas, 1999, p. 100.

²² LIMA, "O Servidor Público frente à Emenda Constitucional n.º 19/98. Considerações Preliminares", (n. 12), p. 9.

²³ LOPES, Comentários à Reforma Administrativa (n. 5), p. 183.

"A aplicação dessa Emenda à estabilidade já conquistada pelo servidor seria como reconhecer efeito *ex tunc* à aplicação da norma, somente admissível quando declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, que a anula ou suprime a regra; declara-a inaplicável à espécie, por existir sobre o assunto preceito diferente e superior em autoridade." ²⁴

Concordo integralmente com esses autores. O direito adquirido à estabilidade não pode ser atingido pela EC 19/98, por ser unânime na doutrina o entendimento de que: não existe direito adquirido frente à Constituição, mas existe em relação à Emenda Constitucional, que é fruto do Poder Constituinte Derivado. Além do mais, o art. 19 do Ato das Disposições Transitórias confere estabilidade a todos os servidores públicos civis da União que não tiverem sido admitidos na forma do art. 37 da CF, mas não houve mudança no seu regime jurídico, que permaneceu sendo celetista, até a adoção do regime jurídico único dos servidores civis em 1990. Portanto, ainda que seja adotado o regime celetista para os funcionários públicos das autarquias e fundações, aqueles que já tinham adquirido estabilidade até a edição da Emenda n.º 19 já incorporaram esse direito a seu patrimônio jurídico, não podendo mais perdê-lo.

9. Conclusão

1. A Emenda Constitucional n.º 19/98, meio utilizado pelo Governo Federal para concretizar as mudanças na administração pública, atinge quase que exclusivamente a pessoa do servidor público.

2. A Reforma Administrativa trouxe modificações em relação à aquisição da estabilidade, à perda do cargo público e à possibilidade do funcionário público ser posto em disponibilidade. Quanto à aquisição da estabilidade, houve mudança no estágio probatório, que passou de dois para três anos, e foi instituída a avaliação especial de desempenho. Em relação à perda do cargo pelo funcionário público, foram acrescentadas mais duas possibilidades: demissão por reprovação em procedimento de avaliação periódica de desempenho e demissão por excesso de quadros. Sobre a questão da disponibilidade, a modificação ocorrida não foi em relação à hipótese de incidência, mas à forma, ou seja: a partir da aprovação da medida, uma vez em disponibilidade, o servidor não recebe mais vencimentos integrais, e sim, proporcionais ao tempo de serviço.
3. A EC 19/98 introduziu a mudança de regime jurídico, possibilidade admitida quando afirma a não exclusividade do regime jurídico único, o que não elimina a estabilidade já adquirida pelo servidor, pois essa já faz parte de seu patrimônio jurídico, é direito adquirido que não pode ser retirado por emenda constitucional.

10. Referências bibliográficas

- BASTO, Leila Rosa Pires Carmo. A Questão da Estabilidade do Servidor Público em face da Proposta de Reforma Administrativa do Governo Federal. In *Direito, Estado e Sociedade - Revista do Depto. de Direito da PUC, Rio*, n.º 10, Rio: s/ed., jan./jun., 1997.
- BRAZ, Petrônio. *O Servidor Público na Reforma Admi-*

- nistrativa. Leme-São Paulo: Editora de Direito, 1998.
- DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. *Tudo sobre a Reforma Administrativa e as Mudanças Constitucionais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. O Servidor Público e a Reforma Administrativa. In LTR, a. 62, n.º 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio de 1998.
- FREITAS, Juarez. A Reforma Constitucional e o Princípio da Estabilidade do Servidor Público. In *Boletim de Direito Administrativo*, a. 14, n.º 7, São Paulo: Ed. NDJ, julho/1998.
- GARCIA, Maria. Reforma Administrativa: A Estabilidade dos Servidores Públicos. In *Boletim de Direito Administrativo*, a. 13, n.º 4, São Paulo: Ed. NDJ, abril/1997.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. O Servidor Público frente à Emenda Constitucional n.º 19/98. Considerações Preliminares. São Paulo, In *Repertório IOB de Jurisprudência*, 1/12517, 1ª quinzena, ago./98.
- MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa-Emenda Constitucional n.º 19/98*, São Paulo: Atlas, 1999.
- PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Reforma Administrativa, o Estado, o Serviço Público e o Servidor*, 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 1998.
- SOARES, Fabiana de Menezes. Função Administrativa, Estabilidade e Princípio da Neutralidade: Alguns Apontamentos sobre a Reforma Administrativa. In *Revista de Informação Legislativa*, a. 34, n.º 136, Brasília: Senado Federal, out./dez., 1997.

ENSINO JURÍDICO: BREVES REFLEXÕES SOBRE O TEMA

Carine Delgado Caixa Reis
Professora de Direito Administrativo da Universidade
Federal de Pernambuco - UFPE e Procuradora Autárquica
Federal

SUMÁRIO

1- Notas introdutórias. 2- O ensino jurídico no Brasil: a criação dos cursos jurídicos. 3- As deficiências do ensino jurídico como decorrência da crise do Direito. Principais propostas de mudança. 4- O docente e a sua necessária capacitação. 5- Conclusões.

1. Notas introdutórias

Registre-se, ao tempo em que se iniciam essas brevíssimas reflexões sobre o ensino jurídico, o pensamento de Luiz Alberto Warat¹: “Não se modifica a práxis jurídica, se não se modificar o símbolo a ela correspondente”. Deve-se sentir a necessidade de construir o novo, para que a partir dele se possa repensar o real, modificando-o. Isso caracteriza um pensamento como revolucionário. Não há possibilidades de mudanças estruturais no ensino jurídico contemporâneo a partir do vigente, o paradigma positivista. E conclui Warat: “sem utopias não há transformação da realidade”.

¹ “Manifesto do surrealismo jurídico”. S.N.L. Florianópolis, 1987, inédito, Tese 11, apud Horácio W. Rodrigues, *Ensino Jurídico (Saber e Poder)*, Ed. Acadêmica, São Paulo: 1988, p. 116.

Realmente, sonhar com um ensino jurídico melhor é o primeiro passo para o alcance desse objetivo.

Serão, em seguida, enfocados os principais problemas ensejadores ao que se convencionou denominar crise do ensino do Direito. Para, ao depois, perpassando pela questão da capacitação docente, apresentarem-se algumas possíveis soluções.

2. O ensino jurídico no Brasil: a criação dos cursos jurídicos

No período colonial, na América portuguesa, não foram criadas instituições de ensino superior, ao passo que, na mesma fase, na América espanhola, surgiram vinte e três universidades. Havia, como bem observou Alberto Venâncio Filho², um claro propósito de obstaculizar o surgimento de cursos superiores no Brasil, porquanto temia-se que a Colônia entrasse num processo célere de emancipação.

Um curso superior jurídico, mais ainda, sinalizaria uma autonomia intelectual que poderia ser um instrumento de independência.

Grandes modificações no ensino ocorreram em Portugal na segunda metade do século XVIII. Basicamente, tais renovações consistiram em enfatizar o direito nacional e as fontes normativas das nações européias. Nessa mesma época, um número considerável de jovens brasileiros deslocou-se para estudar na Universidade de Coimbra. Ao retornarem à Colônia, passaram a disseminar as novas idéias absorvidas. Mas, nesse período em que a Metrópole domi-

nava o Brasil, ainda não seria tão significativa a criação dos cursos jurídicos, pois que seriam referidos cursos ministrados segundo os interesses daquela.³

Bem ponderou Plínio Barreto⁴, em sua obra *A Cultura Jurídica no Brasil* (de 1922):

"há cem anos, quando se emancipou definitivamente da soberania portuguesa, era o Brasil uma terra sem cultura jurídica. Não a tinha de espécie alguma, a não ser, em grau secundário, a do solo. Jaziam os espíritos, impotentes na sua robustez, meio roídos da alforra das credulidades e das utopias, à espera de charrua e sementes. O Direito, como as demais ciências, e, até, como as artes elevadas, não interessava ao analfabetismo integral da massa. Sem escolas que o ensinassem, sem imprensa que o divulgasse, sem agremiações que o estudassem, estava o conhecimento dos seus princípios concentrado apenas num punhado de homens abastados que puderam ir a Portugal apanhá-lo no curso acanhado e rude que se processava na Universidade de Coimbra. O Direito era no Brasil, quando se operou a Independência, uma ciência estudada por um grupo insignificante de homens e não era estudada, mesmo nesse grupo, com profundidade e pertinácia. Nem podia sê-lo. Não há ciência que se desenvolva sem ambiente apropriado, e o de uma Colônia onde mal se sabia ler não é, com certeza, o mais adequado para o crescimento de uma disciplina, como a do Direito, que supõe um estado de civilização bem definido nos seus contornos e bem assentado nos seus alicerces".

Já na nova Nação, pôs-se em destaque o debate em torno do ensino jurídico. Foi apresentado projeto por José

² *Análise Histórica do Ensino Jurídico no Brasil*. Cadernos da UNB, Editora Universidade de Brasília, 1978-1979, p. 12.

³ *Ob. cit.*, p. 14.
⁴ *Apud Ob. cit.*, pp. 14 e 15.

Feliciano Fernandes Pinheiro, em 14 de junho de 1823, propondo a criação de uma universidade. E para a Faculdade de Direito que a integraria necessariamente haveria, prioritariamente, ao lado de Direito Romano, cadeiras outras como Direito Público Constitucional e Economia Política. O projeto não logrou êxito. Em seguida, no período precedente à instalação da primeira Assembléia Legislativa, eis que surge o Decreto de 9 de janeiro de 1825, instituindo um curso jurídico na Corte, que não chegou a ser implantado. Em 1826, quando instalada a Assembléia Geral Legislativa, volta-se a discutir o projeto de criação dos cursos jurídicos.

Enfim, em 11 de agosto de 1827, surgem os dois primeiros cursos de Ciências Jurídicas e Sociais nas cidades de São Paulo e de Olinda, com duração de cinco anos e nove cadeiras. Em 1854, mais duas cadeiras são acrescentadas, Direito Romano e Direito Administrativo.³

3. As deficiências do ensino jurídico como decorrência da crise do Direito. Principais propostas de mudança

Há muitos anos têm sido objeto de vários debates e críticas as deficiências do ensino jurídico. Sempre se disse e continua sendo válida a crítica no sentido de que o bacharel finda o curso totalmente despreparado para o exercício da profissão.

Adverte Vicente Barreto⁴ que a crise no ensino jurídico não ocorre apenas no Brasil, afirmando, numa análise comparativa, que:

³ *Ob. cit.*, pp. 15 e 16.

⁴ *Sete Notas Sobre o Ensino Jurídico, Cadeiras da UnB, Editora Universidade de Brasília, 1978-1979, p. 75.*

“Nos E.U.A. procura-se uma teorização do fenômeno jurídico, perdido nas limitações dos estudos de casos. Nesta convergência de inquietações entre a tradição latina e a tradição anglo-saxônica vemos de forma evidente que a crise do ensino do direito reflete uma situação mais complexa, relacionada com a natureza do direito nas sociedades modernas. No Brasil, entretanto, o longo debate sobre as reformas do ensino de direito teve algumas conseqüências, ainda que não tenham sido superadas as deficiências do sistema criticado. Em virtude das sucessivas análises críticas introduziram-se em algumas faculdades novos métodos didáticos e fizeram-se modificações curriculares, reduzindo-se as reformas aos aspectos exclusivos da técnica do ensino”.

Uma grande crítica que se costuma fazer, ontem e hoje, está direcionada à metodologia de ensino. No curso de Direito sempre se utilizou (e ainda se utiliza), largamente, um sistema de aulas magistrais, aulas magnas, verdadeiros monólogos, sem que houvesse espaço para o aluno interagir com o professor. Assim, de há muito, verificou-se a necessidade de modificação dos métodos de ensino, adotando-se, por exemplo, a técnica de seminários e estudos de casos.

Observa-se, contudo, que alguns docentes que tentam aplicar o estudo de casos não tiram dessa técnica todas as conseqüências possíveis e produtivas, máxime, a de levar o aluno a aprender a teoria por meio da indução. E, inclusive, muitas vezes, o professor limita-se, ao adotar a técnica do estudo de casos, a ressaltar a existência de duas ou mais correntes, como se todas fossem cientificamente certas. Na verdade, deve o professor, diante dos casos apresentados, apontar, motivadamente, o posicionamento que entende mais correto.

não está satisfazendo aos mais diversos grupos envolvidos e interessados na questão. O prestígio profissional do advogado está bastante desgastado. Parece estar ele despreparado para lidar com um mundo em transformação e nele assumir o seu lugar (...). Note-se um despreparo generalizado daqueles que saem dos cursos jurídicos, quer seja com relação à sua preparação científica (seu embasamento teórico), quer seja com relação à sua preparação mais especificamente profissional (como atividade de prática do exercício da advocacia). Os cursos jurídicos continuam, na área pedagógica, adotando basicamente o mesmo sistema da época de sua criação: aula-conferência. Em regra geral, seus professores, em sua grande maioria profissionais competentes, como advogados, juizes ou promotores, não possuem nenhuma preparação didático-pedagógica e se restringem em sala de aula a expor o ponto do dia e a comentar os artigos dos códigos, adotando um ou mais livros-textos que serão cobrados dos alunos nas verificações”.

O ensino jurídico deve ter como metas maiores a formação de um espírito crítico no aluno (e isso ocorrerá, indubitavelmente, por meio de um estudo preciso e didático da filosofia do direito, que deve ser vista como um instrumento teórico imprescindível à compreensão dos conceitos técnicos pelo jurista) e uma preparação técnico-profissional (criando meios de conferir ao aluno uma pré-especialização).

Não há dúvidas de que o melhor caminho para o êxito do ensino jurídico consiste em enfatizar, simultaneamente, os dois pontos sobreditos. Deveras, lançar-se mão, tão-somente, de meios tecno-didáticos variados sem um firme embasamento teórico não parece suficiente para supera-

ção da crise enfocada. Em derradeiro, pode-se colocar, também, como fator negativo e que precisa, urgentemente, ser superado, o problema da qualificação do corpo docente. Esse aspecto será desenvolvido em tópico adiante.

Para finalizar esse item, destaca-se mais uma vez o raciocínio ponderado e de bom senso de Horácio W. Rodrigues¹¹ ao resumir as propostas nucleares para mudança no ensino jurídico:

- a) Necessidade de uma alteração curricular que introduza um currículo mais flexível, que concilie a teoria e a prática de forma harmônica, e que permita a sua adaptação às realidades sociais e regionais, voltando-se, assim, para a profissionalização em função dos respectivos mercados de trabalho;
- b) A substituição da aula-conferência por formas alternativas de metodologias e técnicas didático-pedagógicas (como a aula dialogada e o seminário, por exemplo) que viabilizem a implantação de uma educação participativa;
- c) A implantação de um ensino interdisciplinar, em substituição ao ensino dogmático, exegético e unidisciplinar, visando desenvolver a visão crítica do fenômeno jurídico, o raciocínio jurídico e adequação do Direito à realidade social em constante evolução. É necessário ensinar o aluno a pensar, e a pensar não apenas a lei, mas também a sua legitimidade e eficácia;
- d) Aumentar a qualificação do corpo docente e exigir maior dedicação do corpo discente”.

¹¹ Ob.cit.

4. O docente e a sua necessária capacitação

Para muitos estudiosos, o aumento da qualificação do corpo docente influenciará diretamente na melhoria do ensino jurídico em nosso país.

Essa é a opinião do Dr. João Maurício Adeodato, em seu artigo "Ensino Jurídico e Capacitação Docente"¹²:

"Em outras palavras, a 'moralização' do ensino jurídico – e de todas as áreas ditas de 'humanidades' –, significando um mínimo de cumprimento das regras do Ministério da Educação e do Desporto e das finalidades óbvias do ensino, tem que passar pela capacitação docente. E a capacitação docente depende diretamente da pesquisa. Daí o truísmo, tão difícil de ser compreendido por muitos recalcitrantes: não é possível docência de qualidade, não é possível um bom professor sem pesquisa. E não apenas o estudo individual que alguns poucos abnegados exercitam no isolamento de suas bibliotecas particulares, mas sim a pesquisa institucionalizada, o trabalho conjunto, a pesquisa-ensino. Chegar na hora, dar o velho programa de sempre, ser 'democrata e independente', ser querido pelo alunado, isto não significa muito diante das novas necessidades".

Deveras, deve um bom professor buscar, sempre e sempre, se qualificar e evoluir no seu campo de conhecimento. A pós-graduação é um caminho longo, árduo, porém gratificante e imperioso. E o que há de mais gratificante para o professor é, exatamente, poder constatar, no dia-a-dia, o seu crescimento como um todo (aumento

do conhecimento possibilitado pela necessária elevação quantitativa do tempo dedicado às inúmeras pesquisas), bem como o reconhecimento do corpo de alunos, que passa a responder positivamente àqueles novos enfoques teóricos e também práticos abordados pelo professor em processo de qualificação.

Ainda, cumpre destacar as principais conclusões do Dr. João Maurício Adeodato¹³ em relação à Política Atual de Capacitação:

"De qualquer modo, uma medida proveitosa em prol da qualificação docente tem sido privilegiar o concurso público, como única forma de ingresso no Magistério, e elevar os níveis desses mesmos concursos, exigindo previamente, por exemplo, diploma de mestre ou doutor, determinado número de trabalhos publicados, currículo profissional etc, segundo o nível desejado. Não é razoável que uma universidade com uma pós-graduação em Direito consolidada, formando mestres todo ano, realize concursos para professor auxiliar. Argumenta-se, em favor desta última política, que mais aberto o concurso, mais democrático, pois, se os pós-graduados tiverem competência, vencerão. Na realidade, esta é uma boa porta para profissionais experientes, pois normas obsoletas ainda em vigor atribuem pouco peso à capacitação quando o concurso se dá nos níveis mais iniciais da carreira. Esses profissionais experientes, via de regra, se aprovados, não se capacitam ou vão onerar a instituição, afastando-se ou diminuindo sua carga horária como objetivo de se titularem" (*original sem grifos*).

Pode-se discordar de alguns aspectos levantados, nas linhas conclusivas do artigo em tela, pelo Professor João

¹² OAB Ensino Jurídico: Novas Diretrizes Curriculares, Conselho Federal da OAB, Brasília-DF, 1996, p. 77.

¹³ *Op. Cit.*, p. 87.

Maurício. Em primeiro lugar, os pontos, por exemplo, num certame para o nível inicial da carreira acadêmica, referentes à titulação, têm um peso considerável (e não insignificante como faz parecer o texto em comento) a ensejar uma aprovação com muito maior facilidade de um pós-graduado (mesmo com didática apenas razoável, ou até insatisfatória, e redação confusa, e até incorreta gramaticalmente), em relação ao tão-só graduado, portanto sem titulação, mas com excelente didática, redação lógica e conhecimento teórico demonstrado.

Em segundo lugar, a solução para melhoria do ensino não está, nem de longe, em impedir, numa atitude anti-isonômica e, por conseguinte, inconstitucional, a inscrição de não titulados para participação em certames acadêmicos. Afinal, que vençam os melhores e esses nem sempre são os mais titulados. O concurso deve (e é o que acontece) mesclar exigências no tocante à capacitação e à propensão ao magistério propriamente dito (ou seja, a vontade em si de ensinar, valorizando-se, também, a arte de saber transmitir de forma compreensível, coerente, criativa e, por que não, agradável o conhecimento). Tal restrição, pode-se afirmar, seria configuradora de uma verdadeira reserva de mercado de trabalho para os tão-somente, ou prioritariamente, teóricos do saber.

Em terceiro lugar, impõe-se rechaçar, veementemente, a idéia de que os profissionais experientes, acaso aprovados (sem titulação de mestre ou doutor) em tais concursos ou não têm a intenção de se capacitar ou onerarão a instituição, afastando-se ou diminuindo sua carga horária a fim de buscarem o título¹⁴. Primeiramente, grande parte dos professores sem pós-graduação desejam (até

¹⁴ O descompromisso não é exclusivo de não pós-graduados ou de graduados. A seriedade na administração do pessoal é que deve corrigir os erros no particular.

sonham) realizá-la, pois é natural a busca pela qualificação. O que, realmente, não parece razoável é a existência de tantos entraves a dificultar ou mesmo impedir a capacitação desses professores. Desse modo, e a título de informação, como vem ocorrendo em várias universidades que, verdadeiramente e sem preconceitos, almejam a qualificação de seu corpo docente, seria medida de bom senso que os professores, nessas condições, fossem matriculados "de ofício" nos cursos de mestrado e doutorado e que lhes fosse imposto um prazo rigoroso para a conclusão do respectivo curso e defesa de tese. Essa, sim, seria uma medida bastante salutar à melhoria do ensino jurídico. Certamente, a maioria dos inscritos, "compulsoriamente", se acaso ainda não motivados, assim sentir-se-iam pela própria e natural pressão do grupo em processo de pós-graduação.

Em quarto lugar, quanto ao argumento de que se onera a instituição, também não merece acolhida, porque tanto mestres como não mestres podem ter interesse em se afastar para fazer uma pós-graduação fora do local de trabalho. E, sabe-se bem, tal afastamento fica a critério da Administração Pública, verificando da sua conveniência e oportunidade diante da situação concreta.

Em quinto lugar, cumpre indagar se a UFPE, por exemplo, tem uma pós-graduação consolidada? São inquestionáveis a qualidade e o conceito de que gozam os cursos de pós-graduação da mencionada entidade. No entanto, o quantitativo exíguo de vagas oferecido não permite o acesso de número suficiente de interessados à oxigenação dos quadros universitários do Estado.

Em sexto lugar, não se pode hesitar em concluir que, em um curso profissional como o de Direito, são qualidades essenciais a grande parte do seu professorado:

(I) o senso de investigação científica, que só pode ser aprimorado com a pós-graduação;

(II) a experiência prática¹⁵ ao lado da vida acadêmica, a facilitar a harmonia entre teoria e prática¹⁶ e, por fim;

(III) um mínimo razoável de metodologia e didática criativas como formas de despertar nos alunos tanto o interesse pela teoria como pela prática demonstradas pelo professor.

5. Conclusões

O ensino jurídico da forma como se apresenta conduz ao imobilismo do corpo docente e discente.

Devem as Faculdades de Direito possibilitar que se realizem, efetivamente, atividades práticas pelos alunos, a partir de escritórios-modelo e convênios com entidades que aceitem estudantes como estagiários.

Os professores devem estimular, utilizando-se do estudo de casos ou de outra técnica metodológica, os alunos a se interessarem pela pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

Como proposta já de praxe, tem-se que valorizar a interdisciplinaridade, incentivando a troca de informações com outras áreas do conhecimento. E melhor, faz-se mister um maior intercâmbio entre as disciplinas do próprio curso jurídico, possibilitando ao corpo discente uma visão macro do Direito.

¹⁵ O conhecimento decorrente da prática profissional também advém, impenosamente, de considerável volume de estudo e esforço.

¹⁶ Disciplinas como, só para citar algumas, Direito Civil, Processo Civil, Penal, Processo Penal, Administrativo, Tributário, Trabalho, quando ministradas por um médico sem qualquer experiência como advogado, juiz, procurador ou promotor, e.g., são, no mínimo, pouco atrativas para os alunos, não lhes despertando, no mais das vezes, sequer o interesse pela teoria.

Deve-se, outrossim, manter uma atualização periódica do currículo da graduação, a fim de que não se torne destoante da realidade social, política e econômica do país.

Enfim, impende seja o corpo docente incentivado, pelas próprias Universidades em que ministra, legitimamente, suas aulas, a se capacitar mais e mais. Não se pode, porém, em absoluto, desprezar o valor da colaboração dos professores qualificados pela atuação prática.

6. Referências Bibliográficas

- RODRIGUES, Horácio W. *Ensino jurídico: Saber e poder*. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- VENANCIO FILHO, Alberto. Análise histórico do ensino jurídico no Brasil. In: *Cadernos da UNB*. Brasília: UNB. Brasília: UNB, 1978-9.
- BARRETTO, Vicente. Sete notas sobre o ensino jurídico. In *Cadernos da UNB*. Brasília: UNB, 1978-9.
- ADEODATO, João Maurício. Ensino jurídico e capacitação docente. In: OAB. *Ensino jurídico: novas diretrizes curriculares*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996.

O DIREITO COMO FATO SOCIAL: A Racionalidade do Método Positivo

Djason B. Della Cunha

Professor de Sociologia Jurídica do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Mestre em Antropologia Social pela Université Lyon II - França e Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

SUMÁRIO

Introdução 1. O método científico como método positivo. 2. O processo da investigação científica. 3. A investigação em Sociologia Jurídica.

Introdução

A necessidade de responder adequadamente — com atitude científica — às questões suscitadas pela vida em sociedade faz emergir no rastro da modernidade europeia o espírito metódico, capaz de enxergar na experiência sensível o caminho que pode conduzir o homem à descoberta da verdade. Nesse contexto, ancorada na observação metódica dos fatos sociais, surge a Sociologia, no século XIX, que aspira a tornar-se uma ciência autônoma, dedicada ao estudo e à pesquisa dos fenômenos instituídos pela coletividade, ou seja, os chamados “fatos sociais”, objeto próprio dessa esfera de conhecimento.

Na definição que faz desses fenômenos — “fatos sociais” — Durkheim os denomina de “toda maneira de

agir fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou então ainda, que é geral na extensão de uma sociedade dada, apresentando uma existência própria, independente das manifestações individuais que possa ter”¹. Ou, ainda, as “maneiras de agir, de pensar e de sentir exteriores ao indivíduo, dotadas de um poder de coerção em virtude do qual se lhe impõem”² ou mesmo “maneiras de fazer ou de pensar, reconhecíveis pela particularidade de serem suscetíveis de exercer influência coercitiva sobre as consciências particulares”³.

Com a abertura sociológica, visualiza-se uma abordagem inteiramente nova “ao interesse científico no direito, divergindo claramente daquela tradição doutrinária que concebia a relação entre sociedade e direito como uma realidade imanente, predeterminada, delineada por uma verdade natural. Para o pensamento tradicional da época, o direito se apresenta como um dado axiomático derivado dos princípios da razão, cuja natureza seria universal, imutável e absoluta”⁴.

A repulsa a essa visão introspectiva e moralizante do direito — característica da doutrina jusnaturalista e, sobretudo, de um Iluminismo racionalista — abre espaço para uma nova concepção segundo a qual o direito aparece como um fenômeno essencialmente diversificado, mutável e relativo. É exatamente a renúncia a essa iluminação racionalista que faz da Sociologia uma disciplina científica e um método de investigação da realidade social, em seus três princípios fundamentais: a necessidade

¹ DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972, p. 11.

² *Idem*, *ibidem*, p. 31.

³ *Idem*, *ibidem*, p. 29.

⁴ DELLA CUNHA, Djanon B. *Sociologia do Direito: Temas e Perspectivas*. Natal: Agape, 1997, pp. 25-26.

de tratar o fato social como fenômeno físico, de reduzi-lo em sua interpretação final a um fenômeno de consciência coletiva e de aplicar-se o método da investigação experimental. Estaria fundado, portanto, o método positivo na investigação dos fenômenos sociais”⁵.

Na sua obra *As Regras do Método Sociológico*, Durkheim estabelece os procedimentos pelos quais o sociólogo deve proceder à observação dos fatos sociais. A sua preocupação é a de afastar-se totalmente das deficiências do senso comum e estabelecer, na busca do conhecimento da vida social, um método estritamente sociológico, capaz de investigar as possíveis relações de causa e efeito e regularidades dos fenômenos rigorosamente definidos, a fim de descobrir leis realmente sociológicas ou “regras de ação para o futuro”.

Nesse sentido, a primeira regra e a mais fundamental para o sociólogo é considerar os fatos sociais como “coisas”, e seus corolários são: rejeitar sistematicamente as prenoções; definir de modo prévio as coisas a serem tratadas por meio da utilização de sinais exteriores que lhes são comuns; considerá-las independentemente de suas manifestações individuais, obedecendo a uma rígida objetividade. Assim, o sociólogo deve ter diante dos fatos uma atitude mental de neutralidade, porque “as representações que podem ser formuladas no decorrer da vida, tendo sido efetuadas sem método nem crítica, estão destituídas de valor científico e devem ser afastadas”⁶. É para reafirmar a sua posição, declara Durkheim: “A coisa se opõe à idéia (...). É coisa todo objeto do conhecimento que a inteligência não penetra de maneira natural (...) tudo o que o espírito não pode chegar a compreender senão

⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 26.

⁶ DURKHEIM, Émile. *Op. cit.*, p. 21.

sob a condição de sair de si mesmo, por meio da observação e da experimentação, passando progressivamente dos caracteres mais exteriores e mais imediatamente acessíveis para os menos visíveis e profundos”⁷.

Desse modo, na esteira dessa revolução de idéias, “o direito surge no enfoque da sociologia como uma construção social que, apesar de indispensável, se apresenta sempre contingente em sua exteriorização. Como toda sociedade é dotada de uma ordem jurídica peculiar, a sociologia não pode aceitar a idéia de que certas normas jurídicas sejam igualmente válidas para todas as sociedades. Essa ruptura com a validade genérica de certas normas, essa perspectiva de contingência, de condicionamento de opção por outras possibilidades, torna-se o campo por excelência da sociologia jurídica. E o direito e a sociedade passam a ser vistos como realidades empiricamente pesquisáveis, que devem ser apreendidas integralmente”⁸.

1. O Método Científico como Método Positivo

Em todas as investigações da esfera social existe a preocupação de compreender os processos sociais através dos quais os indivíduos ou os grupos estreitam ou dissolvem suas relações. Por isso, considerando o desafio dessa preocupação, os pesquisadores têm elaborado os mais diversos instrumentos de análise, os Métodos, que lhes permitem apreender de maneira mais sistematizada as ações e as interações individuais ou coletivas. Mas, o que vem a ser um Método de investigação científica?

No sentido mais amplo do termo, podemos definir a palavra “método” como sendo o “conjunto das tentativas que segue o espírito para descobrir e demonstrar a verdade”.

No seu sentido mais restrito, a palavra “método” pode ser definida como um procedimento particular suscetível de ser aplicado a uma ou a várias etapas da investigação, cuja lógica subjacente conduz à explicação de uma situação real.

No estágio atual das Ciências Sociais, duas posições teóricas revelam-se dominantes: o empirismo e o raciocínio indutivo-dedutivo. Privilegiando os fatos e a observação, o empirismo opõe-se ao “racionalismo” (primazia da razão sobre a experiência) e à “introspecção” ou “compreensão” (primazia da consciência subjetiva dos fenômenos) ao explicar a lógica do fato social. Mas, esse “retorno ao concreto” não significa a exoneração da teorização ou da conceptualização, procedimentos abstratos fundamentais à investigação científica.

Por outro lado, o raciocínio indutivo, privilegiando os dados da observação, procede à generalização. Todavia, ele se apresenta associado ao raciocínio dedutivo, com o qual se completa. Esse último, apoiando-se nos esquemas de ordem conceptual, deduz através desses todo o encaminhamento das conseqüências lógicas.

O fato, porém, é que o conhecimento científico, que difere do conhecimento vulgar⁹, “se obtiene mediante procedimientos metódicos con pretensión de validez, utilizando la reflexión, los razonamientos lógicos y res-

⁷ *Idem, ibidem.*

⁸ DELLA CUNHA, Djavan B. *Op. cit.*, p. 27.

⁹ Em regra, definido como o modo comum, corrente e espontâneo de conhecer a realidade. Busca a aquisição do conhecimento mediante o trato direto com os homens e as coisas. Sua característica básica é ser: superficial, sensitivo, subjetivo, assistemático, acrítico.

pondiendo a una búsqueda intencionada por la cual se delimitan los objetos y se previenen los medios de indagación. Esta afirmación descansa sobre dos supuestos que le resultan fundamentales: — Existe un mundo objetivo y la realidad tiene una contextura independiente del conocimiento que el hombre pueda tener de ella. — Esta realidad puede ser alcanzada en su objetividad por medio de una serie de procedimientos, y por la imaginación e intuición del hombre”¹⁰.

Assim, o método científico se equívale ao método positivo na medida em que reúne algumas características fundamentais, consideradas cada uma delas complementares às demais. Nesse sentido, o método científico para ser método positivo de investigação deve ter as seguintes características:

Ser fático: ter uma referência empírica quando trata dos fatos e prescindir de considerações valorativas ou ideológicas.

Transcender os fatos: proceder a um salto conceitual do nível da observação ao teórico, transcendendo as aparências da realidade.

Valer-se da verificação empírica: confrontar constantemente a própria realidade na formulação das respostas aos problemas colocados e para apoiar suas próprias afirmações.

Ser autocorretivo e progressivo: capaz de correção dos desvios de metas, ou seja, de ajustar as próprias

¹⁰ ANDER-EGG, Ezequiel. *Introducción a las técnicas de investigación social*. Buenos Aires: Humanitas, 1970, p. 14. (se obtém mediante procedimientos metódicos con pretensión de validez, utilizando a reflexión, os discernimientos lógicos e respondiendo a una busca intencional pela qual se delimitam os objetos e se previenen os meios de indagación. Esta afirmación reposa sobre dos presupuestos que lhe são fundamentais: — Existe un mundo objetivo e a realidade tem um contexto independente do conhecimento que o homem possa ter dela. — Esta realidade pode ser atingida em sua objetividade por meio de uma série de procedimentos, e pela imaginação e intuição do homem).

conclusões e de estar aberto a novas abordagens e à utilização de novos procedimentos e de novas técnicas.

Dar um caráter geral as suas formulações: estabelecer uma dimensão generalizada do fenômeno que investiga, visando a estabelecer regularidades verificáveis.

Ser objetivo: a objetividade consiste na busca de alcançar a verdade fática, independente da escala de valores e de crenças do pesquisador, mesmo que esses exerçam alguma influência.

Um exemplo clássico de aplicação do método positivo na Sociologia é o paradigma de análise utilizado por Durkheim na sua pesquisa sobre o “Suicídio”, formalizado por Ander-Egg¹¹ a partir da própria obra daquele autor.



¹¹ *Ibidem*, p. 26.

2. O Processo da Investigação Científica

Existem inúmeras definições acerca do que é investigação. Uma delas, por seu claro sentido descritivo, é a do Webster's International Dictionary, que define investigação como "uma indagação ou exame cuidadoso e crítico na busca de fatos ou princípios; uma diligente pesquisa para averiguar algo". Segundo BEST, a investigação deve ser considerada:

*"Como el proceso más formal, sistemático e intensivo de llevar a cabo el método científico de análisis. Comprende una estructura de investigación más sistemática, que desemboca generalmente en una especie de reseña formal de los procedimientos y en un informe de los resultados y conclusiones. Mientras que es posible emplear el espíritu científico sin investigación, sería imposible emprender una investigación a fondo sin emplear el espíritu y el método científico. De modo que la investigación es una fase más especializada de la metodología científica"*¹².

O problema, porém, é que há uma certa tendência no meio universitário de confundir o termo "investigação científica", como a correlata "pesquisa", com certas práticas puramente acadêmicas, cuja natureza é inteiramente didática. Geralmente, são atividades repetitivas de expe-

¹² BEST, John W. *Cómo investigar en educación*. Madrid: Morata, 1961, p. (Como o processo mais formal, sistemático e intensivo de levar a cabo o método científico de análise. Compreende uma estrutura de investigação mais sistemática, que desemboca geralmente em uma espécie de resumo formal dos procedimentos e em um informe dos resultados e conclusões. Enquanto que é possível empregar o espírito científico sem investigação, seria impossível emprender uma investigação a fundo sem empregar o espírito e o método científico. De modo que a investigação é uma fase mais especializada da metodologia científica).

riências já feitas, síntese de textos e semelhantes. Rigorosamente, não se lhes pode atribuir o caráter científico, por faltar-lhes alguns requisitos básicos: a criatividade, a contribuição substancial no processo cumulativo do conhecimento científico e, às vezes, até o nível de abstração e generalização que se exige para investigação científica propriamente dita¹³.

Por outro lado, propor a "investigação científica" em termos de um procedimento exclusivamente empírico, que reconhece unicamente a observação e a experimentação como métodos científicos válidos, é restringir o alcance do conhecimento científico e minimizar a capacidade de realização científica do homem.

Em linhas gerais, podemos definir o termo "investigação" como uma atividade reflexiva, sistemática e crítica, que permite descobrir através de um empreendimento metodológico a solução adequada para um problema surgido. Nessa perspectiva, a investigação constitui um processo objetivo para conhecer a realidade, para descobrir verdades parciais.

No entanto, não se pode identificar a investigação como uma "atividade metodologicamente empreendida em função de um problema, cuja solução é procurada, a investigação científica é aquela cujo problema demanda um tratamento científico"¹⁴. Nesse caso, podemos colocar aqui uma questão: qual o alcance científico da palavra "problema"? Para responder a esta indagação tornamos nossa a posição de Salomon segundo a qual todo o "problema", que requer trato científico, é "uma questão que se coloca diante do estudioso como um desafio a sua

¹³ SALOMON, Deíso V. *Como Fazer uma Monografia: elementos de metodologia do trabalho científico*. Belo Horizonte: Intertivos, 1977, p. 137.

¹⁴ *Ibidem*, p. 139.

capacidade solucionadora, revestida de notas de relevância: operativa — contemporânea — humana.

A **relevância operativa** se dá quando o problema é capaz de produzir novos conhecimentos, ao ser abordado, seja no campo da ciência pura, seja no da aplicada.

A **relevância contemporânea** se refere à atualização, à novidade (que não significa simplesmente a originalidade requerida pelos antigos centros de estudo superior) e se consegue quando o problema está adequado ao estágio atual da evolução científica ou se apresenta como uma necessidade da época e do local onde se realiza.

A **relevância humana**, a par do aspecto ético no tratamento de problemas, representa uma característica importante na seleção dos mesmos: a utilidade acarretada para o homem, através da solução do problema. Uma vez que é falsa a dicotomia 'ciência pura e aplicada' (pois toda ciência que não tiver possibilidade de aplicação se exaure em si mesma), também é falsa a escolha de problemas que não visem a benefícios diretos ou indiretos para o homem"¹⁵.

Nessa visão, o "problema" — questão que se coloca como um desafio à capacidade solucionadora do pesquisador — se apresenta como a condição irredutível da pesquisa. Efetivar uma investigação significa ter-se uma problemática, que requer tratamento científico.

Assim, apoiando-se em Ander-Egg, podemos anunciar as seguintes características da investigação científica:

"Es un procedimiento mediante el cual se recogen nuevos conocimientos de fuentes primarias, que permiten el avance científico. No es investigación el reorgani-

¹⁵ *Idem. Ibídem.*

zar lo ya conocido, aunque ello pueda ser valioso para la ciencia. La investigación exige comprobación e verificación, no consiste tan sólo en la elaboración de ideas.

La investigación coloca el acento en el descubrimiento de principios generales; trasciende las situaciones particulares investigadas, y utilizando procedimientos de 'muestreo', procura hacer inferencias sobre la totalidad o conjunto de la población.

La investigación es una exploración experta, sistemática y exacta. A partir de un 'background' en el que se ordenan las sistematizaciones teóricas que interesan a la investigación, se formulan los problemas e hipótesis, se recogen los datos y se ordenan, sistematizan y analizan con tanta exactitud como sea posible. Para recoger datos utiliza los instrumentos adecuados que puede hallar, y emplea los medios mecánicos que ayudan a la exactitud de la observación humana y el registro y comprobación de datos.

La investigación es lógica y objetiva, empleando todas las pruebas posibles para el control crítico de los datos recogidos y los procedimientos empleados.

La investigación intenta organizar los datos en términos cuantitativos, en cuanto esto sea posible.

Por último, la investigación se registra y se expresa en un informe, documento o estudio. Se indica la metodología utilizada, se documentan las referencias bibliográficas, se precisa la terminología utilizada, se reconocen los factores limitativos y se expresan los resultados

registrados con la mayor objetividad. Esto conduce por último a las conclusiones y generalizaciones"¹⁸.

Com base nessa descrição que realiza Ander-Egg, podemos afirmar, em síntese, que a investigação nas Ciências Sociais é o processo que, instrumentalizando-se pela metodologia científica, permite descobrir novos conhecimentos, relações ou "leis" no campo da realidade social.

3. A Investigação em Sociologia Jurídica

O avanço e o êxito da sociologia jurídica exigem uma postura de referência toda particular ao direito. Isso se deve ao fato amplamente reconhecido de que a sociedade e as suas instituições básicas sofrem, em nossa época, um acentuado processo de mutação. E se a sociedade, em nossos dias, atinge proporções inusitadas em seu processo de mudança, o que dizer do papel do direito, como um fato social de grande significado, enquanto instrumento básico de organização transcultural da sociedade.

¹⁸ ANDER-EGG, Ezequiel. Op. cit., p. 29. (a) É um procedimento mediante o qual se recolhem novos conhecimentos de fontes primárias, que permitem o avanço científico. Não é investigação reorganizar o que já está conhecido, ainda que possa ser valioso para a ciência. A investigação exige comprovação e verificação, não consistindo tão somente em elaboração de idéias. (b) A investigação acentua o descobrimento de princípios gerais, transcende às situações particulares investigadas, e, utilizando procedimentos de amostragem, procura fazer inferências sobre a totalidade ou o conjunto da prova. (c) A investigação é uma exploração experimental, sistemática e exata. A partir de um "background", em que se ordenam as sistematizações teóricas que interessam à investigação, formulam-se os problemas e hipóteses, recolhem-se os dados e se ordenam, sistematizam e analisam com exatidão, tanto quanto possível. Para coletar dados, utiliza os instrumentos adequados que pode encontrar, e emprega os meios mecânicos que ajudam a exatidão da observação humana e o registro e comprovação de dados. (d) A investigação é lógica e objetiva, empregando todas as provas possíveis para o controle crítico dos dados coletados e os procedimentos utilizados. (e) A investigação pretende organizar os dados em termos quantitativos, na medida do possível. (f) Por último, a investigação se registra e se expressa através de um informativo, documento ou estudo. Indica-se a metodologia utilizada, documentam-se as referências bibliográficas, precisa-se a terminologia utilizada, reconhecem-se os fatores limitativos e se comunicam os resultados registrados com maior objetividade. Por fim, conduzindo a conclusões e generalizações.

Qualquer que seja a concepção que se tenha do Direito, é impossível abstrair-lo de seu caráter de normatividade social. Porém, quer seja apreendido como um sistema de legalidade, ou seja, de conteúdo coercitivo emanado de um poder estatal, quer como direito vivo ou direito social desvinculado dessa imediata imposição coercitiva, o fenômeno jurídico é suscetível a indagações de conteúdo científico, o qual pressupõe a investigação das formas como o Direito interage com os processos sociais através dos quais os indivíduos e os grupos estreitam ou dissolvem suas relações. Por isso, considerando o desafio dessa preocupação, a expressão investigação assume aqui o sentido literal de pesquisa.

Mas, o que é pesquisa, como formular um problema de pesquisa, o que é necessário para se fazer uma pesquisa, por que elaborar um projeto de pesquisa, quais os elementos de um projeto de pesquisa?

Sem pretender delimitar teoricamente o assunto, é necessário responder a essas questões nem que seja com brevidade, para que se possa ter uma compreensão preliminar do proceder da sociologia jurídica, enquanto método de abordagem da realidade empírica.

Em regra, pode-se definir pesquisa como o procedimento racional e sistematizado que objetiva proporcionar respostas a problemas adequadamente formulados. A pesquisa tem sua razão de ser quando não se dispõe de informação suficiente sobre o problema ou quando a informação disponível se encontra num estado desordenado para responder de forma adequada a um problema que se coloca. A natureza do problema, por sua vez, vai determinar o planejamento da pesquisa como também a escolha da metodologia adequada.

Por outro lado, o êxito de uma pesquisa depende do seu planejamento e, por essa razão, qualquer empreendimento de investigação científica, para ser bem sucedido, deverá levar em consideração certas qualidades intelectuais e sociais do pesquisador, bem como os recursos humanos, materiais e financeiros necessários a sua efetivação.

Com relação à qualificação do pesquisador, pode-se referenciar as seguintes qualidades:

- deter conhecimento sobre o assunto a ser pesquisado;
- ser imbuído de curiosidade;
- ser imaginativo, dotado de criatividade;
- ser ético intelectualmente;
- apresentar atitude autocorretiva;
- ser sensível à problemática social;
- ser paciente, perseverante e confiar na experiência.

Além dessas qualidades pessoais do pesquisador, não há como negligenciar o papel exercido pelos recursos humanos, materiais e financeiros de que dispõe o pesquisador na efetivação dos procedimentos da pesquisa. Daí a exigência na seleção do pessoal envolvido, no provimento dos equipamentos e materiais necessários e no planejamento dos recursos financeiros disponíveis, cuja valorização deve ser feita em função do tempo a ser utilizado na pesquisa, a fim de que o trabalho não sofra solução de continuidade e possa se efetivar de acordo com o cronograma estabelecido.

Considerando, ainda, o caráter racional e sistematizado da pesquisa, essa exige que os procedimentos desenvolvidos ao longo de seu processo sejam efetivamente planejados. Esse planejamento assume as características de um Projeto, o qual é concebido, de modo geral,

como o roteiro das ações a serem desenvolvidas ao longo do processo da pesquisa. O Projeto, que é o documento explicitador dos procedimentos a serem desenvolvidos no decorrer da pesquisa, tende a esquematizar os tipos de atividades e experiências criativas, bem como proporcionar a avaliação do processo de efetivação nela envolvidos.

Não há, evidentemente, regras fixas para determinar a elaboração de um projeto de pesquisa. Até porque sua estrutura varia em função do tipo de problema a ser pesquisado. Mas, de modo geral, na elaboração de um projeto de pesquisa em Ciências Sociais, deve-se precisar os seguintes elementos que se farão necessários, tais como:

- Introdução;
- especificação de objetivos;
- justificativa;
- abordagem conceitual da problemática;
- construção de hipóteses;
- suporte teórico básico;
- metodologia;
- seleção dos instrumentos e determinação da estratégia de coleta de dados;
- definição dos recursos humanos, materiais e financeiros alocados;
- cronograma;
- anexos;
- bibliografia.*

É conveniente lembrar que não é rígida a ordem dessa distribuição, podendo ser simplificada ou modificada, dependendo do "problema" a ser pesquisado.

No caso específico da sociologia jurídica, essa possibilidade aparece na medida em que se toma o próprio fato jurídico e o comportamento dos operadores do direito como dado de análise. A preocupação é apreender o direito em sua relação temporal, material e ideológica, buscando uma revisão qualitativa de conceitos e teorias na tentativa de revelar a heterogeneidade de sua função social.

No elenco da diversidade temática a ser pesquisada, pode-se referenciar algumas pesquisas possíveis:

pesquisar as diversas configurações assumidas por juizes, advogados, promotores, no exercício de seus papéis enquanto atores que manipulam o direito em relação a um certo ideal de justiça;

pesquisar "*como determinadas características (proveniência social, rendimento na formação profissional, idade, comprovação em determinados papéis, religião, relações públicas, etc.) se distribuem ao longo do tempo entre as diversas posições hierárquicas, ou seja: quem, com quais características, chega onde?*"¹⁷

pesquisar o comportamento de pequenos grupos que exercem decisões jurídicas, os colegiados de magistratura, por exemplo: desembargadores e ministros de tribunais, que se apresentam "*como um 'experimento natural', como um microsistema bastante nítido e que opera de forma relativamente isolada, no qual é possível observar-se, diretamente ou através de questionários e entrevistas, o efeito de diversos fatores, tais quais: status social, simpatias, frequência de interações, competência na superação de diferenças internas de opinião*"¹⁸; ou por outro, pesquisar "*até*

¹⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983, p. 10.

¹⁸ *Ibidem*.

que ponto diferenças na estratificação social e preceitos ideológicos influenciam ou são neutralizados no processo de decisões judiciais"¹⁹;

pesquisar as opiniões que as diferentes categorias sociais têm sobre o direito. A intenção é averiguar o nível de disseminação do conhecimento jurídico na população estratificada socialmente, com relação a aspectos tais como: atitudes relativas ao próprio direito, à organização judiciária e à justiça. Nessa linha de investigação estariam as pesquisas ligadas ao conhecimento sobre o direito do inquilinato, às conseqüências sociais da lei sobre empregados domésticos, às implicações do Estatuto da Criança e da Adolescência na conduta de menores infratores, à influência do conhecimento da legislação constitucional atinente ao direito de família na separação dos casais, à representação da Lei do Concubinato na esfera da sociedade conjugal, à própria pesquisa de aplicação alternativa do direito e a delimitação de suas vantagens e desvantagens, à representação entre os apenados da aplicação da lei na esfera da impunidade;

enfim, numa abordagem mais verticalizada, pesquisar as representações do discurso jurídico, o "não dito" dos contextos verbais nos quais se evidencia a trama ideológica da (re) produção do direito.

Dessa forma, o direito surge no enfoque da sociologia jurídica como uma construção social que, apesar de indispensável, se apresenta sempre contingente em sua exteriorização. Como toda sociedade é dotada de uma ordem jurídica peculiar, a sociologia jurídica não pode aceitar a idéia de que certas normas jurídicas sejam igualmente válidas para todas as sociedades. Essa ruptura com

¹⁹ *Ibidem*, p. 11.

a validade genérica de certas normas, essa perspectiva de contingência, de condicionamento de opção por outras possibilidades, torna-se o campo de ação por excelência da sociologia jurídica. E o direito e a sociedade passam a ser vistos como realidades empiricamente pesquisáveis, que devem ser apreendidas integralmente: como um "fato social total".

Referências Bibliográficas

- ANDER-EGG, Ezequiel. *Introducción a las técnicas de investigación social*. Buenos Aires: Hymánitas, 1976.
- BEST, John W. *Cómo Investigar en educación*. Madrid: Morata, 1961.
- DELLA CUNHA, Djason B. *Sociologia do Direito: Temas e Perspectivas*. Natal: Ágape, 1997.
- DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.
- SALOMON, Délcio V. *Como Fazer uma Monografia: elementos de metodologia do trabalho científico*. Belo Horizonte: Interlivros, 1977.

A RESPONSABILIDADE CIVIL E O PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR

Fabiola Santos Albuquerque
Professora Assistente Faculdade de Direito do Recife –
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, Doutoranda
– UFPE

SUMÁRIO

Introdução. 1. Responsabilidade civil: aplicação da teoria subjetiva ou objetiva na seara ambiental? 2. Noções básicas sobre princípios. 3. O princípio do poluidor-pagador. 4. A responsabilidade civil e a Lei nº 9.065/98. 5. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, em relação às anteriores, pode ser considerada como um divisor de águas no tocante a tutela do meio ambiente. Destinou um capítulo inteiro à matéria.

O legislador constituinte no art. 225 da Constituição criou o meio ambiente à categoria de bem de uso comum do povo, asseverando assim, ser direito de todos tê-lo de maneira ecologicamente equilibrado, e em contrapartida determinou que sua defesa e preservação para as presentes e futuras gerações é dever do Poder Público e de toda a coletividade.

Ainda no artigo supra, precisamente no §3º, sujeita os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a respon-

dêrem por suas condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, no plano penal e administrativo, independente da obrigação de reparar os danos causados.

Fazendo-se uma rápida leitura, seria correto afirmar que a Constituição contemplou a teoria clássica da culpa ou subjetiva, na apuração da responsabilidade, na seara ambiental?

Para melhor compreensão do tema proposto, serão feitas inicialmente algumas considerações sobre responsabilidade civil, em seguida buscaremos embasamento nos princípios para, finalmente, estabelecer a correlação existente entre a responsabilidade civil objetiva e o princípio do poluidor-pagador:

1. Responsabilidade civil: aplicação da teoria subjetiva ou objetiva na seara ambiental ?

No sentido amplo do termo é possível compreender responsabilidade como sendo a consequência decorrente do não cumprimento de uma obrigação. No instante em que alguém se obriga perante outrem a uma conduta positiva ou negativa e não cumpre, tem como efeito direto a responsabilidade. Essa, por sua vez, decorre tanto de uma relação contratual como extracontratual. Porém, tanto em uma como em outra espécie o princípio basilar é o dever de indenizar. O fundamento da responsabilidade se baseia em vários princípios sendo, porém o mais importante o da igualdade dos ônus e dos encargos sociais.

Fazendo-se uma análise do art 159 do nosso diploma civil, cujo teor preceitua que *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar*

direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano, bem como dos arts. 1518 e seguintes, constata-se que a apuração da responsabilidade está baseada na teoria clássica da culpa ou subjetiva.

*"Tal fato, do ponto de vista processual, implica em que deve ser provada a relação de causa e efeito entre uma determinada situação e o dano que desta tenha sido originado, esta prova deve ser feita por aquele que aciona o causador do dano."*¹

Estabelecendo um cotejo entre a Constituição e o Código Civil se verifica a presença de teses concordantes, ou seja, ambos contemplam a teoria da responsabilidade subjetiva? E como fica a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, frente à Constituição, já que expressamente adota a teoria da responsabilidade objetiva? É inconstitucional?

Denota-se a tendência do nosso sistema jurídico consagrar a responsabilidade, baseada na subjetividade, portanto na culpa. Mas para fins de proteção ambiental esse modelo torna-se inviável, até porque o tratamento dispensado ao meio ambiente é totalmente diferente, não estamos nos reportando a um direito individual violado e sim a um direito difuso, que segundo o próprio dispositivo constitucional (art 225) *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida[...]*.

Na maioria das vezes, o dano ambiental atinge proporções, que o tornam irreparável; imagine ainda se o autor da denúncia tivesse que munir-se dos meios de prova contra o infrator para demonstrar sua conduta lesiva, tornaria-se quase impossível obter uma prestação jurisdicional

¹ Paulo de Bessa Antunes, Curso de direito ambiental, Pág. 130.

favorável, até porque quase sempre são fortes grupos econômicos, mais uma forte razão para desestimular o cidadão a levar adiante uma querela ambiental.

De acordo com os dizeres de José Carlos Barbosa Moreira, o cidadão comum:

“corre o risco de assemelhar-se à que travaria contra o gigante, um Davi desarmado de funda. Tudo corre para desencorajá-lo: o vulto das despesas, a complexidade das questões, a carência de conhecimentos técnicos, a força política e econômica dos adversários. Raro é aquele que se arrisca à empresa, fiado em seus exclusivos recursos”.²

É imperioso romper com o tradicionalismo.

Seguindo os ensinamentos de renomado jurista:

“a responsabilidade civil tem procurado libertar-se do conceito tradicional de culpa. Esta é às vezes, constritora e embaraça com frequência a expansão da solidariedade humana. A vítima não consegue, muitas vezes, vencer a barreira processual, e não logra convencer a Justiça dos extremos da imputabilidade do agente. Desta sorte, continuando, embora, vítima, não logra o ressarcimento.

Atentando na necessária evolução do pensamento, entendemos que a ordem jurídica em casos expressamente previstos na lei, deve abstrair a idéia de culpa, estabelecendo ex lege a obrigação de reparar o dano, desde que fique positivada a autoria de um comportamento, sem necessidade de se indagar se foi ou não foi contrário à

predeterminação de uma norma. Uma vez apurada a existência do fato danoso, caberá indenização por parte do ofensor ou de seu preponente”.³

A maneira como a Constituição tratou do problema foi muito tênue deixando brechas para interpretações divergentes. Evidente que se formos considerar o conteúdo do capítulo destinado ao meio ambiente é patente seu cunho inovador e até mesmo paradigmático, não sendo nenhum equívoco vislumbrar, ainda que implicitamente, a teoria da responsabilidade civil objetiva. Mas por que não o fez expressamente a exemplo da lei 6.938/81?

Felizmente é notório o crescente número de casos de aplicação da responsabilidade objetiva tanto na doutrina como na jurisprudência, o que representa um grande avanço, principalmente para tutela ambiental, mas o caminho a percorrer é longo para tornar concreta a prática de punir os poluidores e degradadores do meio ambiente, rechaçando de uma vez por todas a teoria subjetiva.

*“Não se aprecia subjetivamente a conduta do poluidor, mas a ocorrência do resultado prejudicial ao homem e seu ambiente. A atividade poluente acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão poluente representa um confisco do direito de alguém[...]. Por isso, é imperioso que se analisem oportunamente as modalidades de reparação do dano ecológico[...].”*⁴

De acordo com a lei supra, verifica-se no art. 14 caput que *sem prejuízo das penalidades definidas pela lei*

² Citado por Edis Milaré. Tutela jurídico-civil do ambiente, in Revista de Direito Ambiental n. 0. Pág. 27.

³ Caso Mário da Silva Pereira. Instituições de direito civil, VIII, Pág. 365 a 367.

⁴ Paulo Afonso Leme Machado. Direito ambiental brasileiro. Pág. 200.

gislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade...

A lei ainda define poluidor como sendo a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental. (art. 3º, V).

Pelo exposto percebe-se claramente a inadequação da aplicação da teoria clássica da culpa em termos ambientais, não sendo nenhum exagero afirmar que a insistência na sua aplicação representa um retrocesso e um óbice para se fazer Justiça.

2. Noções básicas sobre princípios

Antes de adentrarmos na discussão propriamente dita envolvendo o princípio do poluidor – pagador, ressaltaremos a imprescindibilidade dos princípios para a tutela ambiental.

De acordo com os ensinamentos de Canotilho⁵, o sistema jurídico é um sistema normativo formado por normas onde princípio e regra são espécies. O festejado autor sugere ainda alguns critérios a fim de que se possa estabelecer uma distinção, ainda que superficial, entre uma e outra espécie (pois pela complexidade da questão não

se pode determinar com precisão). Para tanto, menciona um entre outros, que é o da “ < Proximidade > da ideia de direito: os princípios são < standards > juridicamente vinculantes radicados nas exigências de < justiça > (DWORKIN) ou na < ideia de direito > (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.”

Ainda com base em Alvaro Mirra:

“os princípios prestam importante auxílio no conhecimento do sistema jurídico, no sentido de uma melhor identificação da coerência e unidade que fazem de um corpo normativo qualquer, um verdadeiro sistema lógico e racional. E essa circunstância é ainda mais importante nas hipóteses daqueles sistemas jurídicos que – como o sistema jurídico ambiental – têm suas normas dispersas em inúmeros textos de lei, que são elaborados ao longo dos anos, sem critério preciso, sem método definido”⁶.

A velocidade dos fatos sociais impossibilita que para todos os conflitos de interesses haja previsão legal, principalmente no caso específico do meio ambiente. Justifica-se exatamente pela circunstância de ser relativamente recente a preocupação com aquele. Não havia uma consciência ecológica e nem tampouco a preocupação na feitura de normas protetivas. Somente com o despertar do valor que representa o meio ambiente, para a própria preservação da espécie humana, passou então a ser objeto de tutela do direito ambiental.

Mas apesar da enxurrada de leis, até hoje não há um código ambiental, conseqüentemente estão todas dispersas, dificultando e muito o trabalho do operador do direi-

⁵ J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional* pág. 166

⁶ Alvaro Luiz Valery Mirra, *Princípios fundamentais do direito ambiental*, in *Revista de Direito Ambiental* n. 2, abril-jun, 1996, Pág. 51.

to. Em sendo, os princípios desempenham relevantes funções, entre elas a de servir de elo de ligação para aferir a concretização da Justiça. Os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes. Conforme o art 4º da LICC *"quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito"*.

Outra função importante é a intrínseca relação com a dicotomia existente entre direito privado e direito público. Por outras palavras, da mesma maneira que existem os princípios gerais de direito, há também aqueles que são específicos a determinado ramo. Segundo Tercio Ferraz:

"a distinção permite uma sistematização, isto é, o estabelecimento de princípios teóricos, básicos para operar as normas de um e de outro grupo, ou seja, princípios diretores do trato com as normas, com as suas consequências, com as instituições que elas referem, os elementos congregados em sua estrutura. Estes princípios decorrem, eles próprios, do modo como a dogmática concebe direito público e privado. Os princípios, como se vê, são enunciados diretores da atividade humana juridicamente considerada".⁷

3. O princípio do poluidor-pagador

Configura-se na história da humanidade a inserção das máquinas nas fábricas, que culminou com a Revolução Industrial, considerada como marco histórico do séc. XIX e o fenômeno de maior relevância da era moderna.

⁷ Cf. Introdução ao estudo do direito, 1988, p. 132.

Seus impactos repercutiram nas esferas sociais, políticas e principalmente econômicas.

Esse período marca a transição da pequena produção para produção em larga escala, mediante as novas técnicas e o uso das máquinas. Importava o excedente, pois esse como fato gerador de riquezas era susceptível de transformar-se em capital. A idéia de lucro, o acúmulo de capital, representam a base do capitalismo nascente.

O homem é uma fonte inesgotável de aspirações, nunca está satisfeito, sempre procura mais; entretanto os bens são limitados, não estão no mesmo plano de equivalência dos desejos humanos, daí a geratriz dos conflitos de interesses.

A exploração dos recursos naturais sempre foi feita de maneira irracional e desordenada, nem de perto passava a preocupação que um dia a "fonte poderia secar". Os países desenvolvidos, no decorrer dos tempos, cometeram verdadeiras barbáries contra a natureza, na busca de riquezas.

Um dos maiores desafios da atualidade é equacionar o desenvolvimento econômico vs proteção ambiental. Ambos estão intimamente entrelaçados, tanto é assim que qualquer alteração naquele tem repercussão direta na economia; hoje inclusive se fala no *"ramo ambiental da Economia ou Economia do Meio Ambiente que busca avaliar a importância econômica da degradação ambiental, procurar as causas econômicas dessa degradação e desenhar políticas de incentivo econômico para reduzir, e até mesmo preservar os atuais níveis de degradação"*.⁸

⁸ S. M-G. Guerra & M. Hinostriza, Questões ambientais e implicações econômicas: visão introdutória. In Revista de Direito Ambiental, a. 1, n. 2, abril-jun, 1996. Pág. 91.

Impossível analisar um sem o outro "isto é evidente, pois, para funcionar, a Economia deve extrair recursos (matéria-prima e combustível) do MA, processá-los e manusear grandes quantidades de resíduos, lixo e/ou recursos quimicamente transformados".⁹

A globalização vem franqueando um mundo sem fronteiras. À sociedade são dadas inúmeras benesses, entre elas, os prazeres do acesso e aquisição dos produtos importados. Mas, a ordem natural dos fatos nos mostra que para cada ação corresponde uma reação / consequência, ou seja, qual o preço total que a sociedade irá pagar em decorrência desse fenômeno? Os primeiros disabores estão se evidenciando e o mais grave deles é o aumento em progressão geométrica da taxa de desemprego, situação até bem pouco tempo quase "exclusiva" dos países subdesenvolvidos, hoje faz parte do cenário mundial.

Se de um lado aumenta o número de desempregados, por outro a produção cresce na mesma velocidade. Entretanto, havendo produção, são deixados para trás lixo, poluição, resíduos etc., que refletem direta e negativamente no meio ambiente.

Uma análise conjunta dos efeitos decorrentes do aumento do desemprego, do aumento populacional, e da exploração desmedida e desordenada dos recursos renováveis ou não (mantenedores da produção), nos conduz a uma inquietante, grave e triste conclusão: se nenhuma ação política séria for adotada, estamos fadados a, num futuro muito próximo, presenciarmos um colapso total.

O princípio poluidor-pagador vem sendo visto pelos doutrinadores como mecanismo capaz de dirimir ou ao menos atenuar essa problemática. No entanto, muitas são

as críticas existentes quanto à denominação, pois ao invés de princípio poluidor pagador a expressão mais acertada seria princípio usuário-pagador, pois aquela, ao contrário desta, "passa a idéia - falsa - de que a questão da poluição e da proteção do meio ambiente resolve-se num simples pagar, numa mera equação econômica do tipo pago, logo posso poluir"¹⁰.

Toda atividade produtiva ou de exploração dos recursos gera impactos ambientais. Em linguagem econômica, os custos sociais ou os danos não compensáveis denominam-se externalidades. Em regra, o valor social dos benefícios decorrentes da atividade proporcionada é inferior aos custos. É exatamente esse uso não pago do ambiente que gera desequilíbrio. Às externalidades é imperioso atribuir valores monetários.

Em regra, não há um perfeito equilíbrio entre os custos de uma atividade e os benefícios sociais dela provenientes, principalmente no que tange à má utilização dos recursos, ficando evidenciada a difícil tarefa de manter um nívelamento entre questões econômicas e ambientais.

"A reparação do dano não pode minimizar a prevenção do dano. É importante salientar esse aspecto. Há sempre o perigo de se contornar a maneira de se reparar o dano, estabelecendo-se uma liceidade para o ato poluidor, como se alguém pudesse afirmar "poluo mas pago". Ora, o princípio poluidor-pagador que está sendo introduzido em Direito internacional não visa coonestar a poluição, mas evitar que o dano ecológico fique sem reparação".¹¹

⁹ Antônio Herman V. Benjamin. O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. In Dano ambiental: Prevenção, reparação e repressão. Pág. 227

¹⁰ Paulo Afonso Leme Machado. Direito ambiental brasileiro. Pág. 197.

⁹ Idem, pág. 93

Podemos o princípio do poluidor-pagador ser entendido como o recurso econômico utilizado para que o poluidor arque com os custos da atividade poluidora, ou seja, haja a internalização dos efeitos externos (externalidade), passando assim a repercutir nos custos finais dos produtos e serviços oriundos da atividade. Por outro ângulo "busca-se fazer com que os agentes que originaram as externalidades assumam os custos impostos a outros agentes, produtores e / ou consumidores".¹²

"Estando em causa, numa apreciação correcta e previdente em relação ao futuro, investimentos de facto justificados, com um interesse económico e consequentemente de bem-estar superior aos custos ambientais, a teoria revela que a entidade poluidora deve compensar todos os que ficam prejudicados. Assim se obriga a que haja a segurança de que os benefícios sejam de facto superiores aos prejuízos, havendo ainda um ganho líquido para o investidor. Num mundo capitalista, em que as decisões económicas dependem dos custos e da rentabilidade prevista das empresas, parece lógico que os custos da prevenção e da eliminação da poluição fossem tomadas em conta pelo empresário".¹³

Enfatiza-se mais uma vez que a reparação não pode minimizar a prevenção do dano. É importante ressaltar que a conduta mais acertada seria prevenir o dano, mas se não for possível, pelo menos que seja garantida a reparação, não esquecendo porém que em determinadas situações o dano chega a atingir proporções tais, que até mesmo aferir o quantum torna-se difícil.

"O princípio poluidor-pagador não é um princípio de compensação dos danos causados pela poluição. Seu alcance é mais amplo, incluídos todos os custos da proteção ambiental, quaisquer que eles sejam, abrangendo, a nosso ver, os custos de prevenção, de reparação e de repressão do dano ambiental...".¹⁴

4. A responsabilidade civil e a Lei nº 9.065/98

Em 30 de março de 1998, entrou em vigor a tão esperada Lei nº 9065/98, que dispunha sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, popularmente conhecida como a Lei de Crimes Ambientais.

Quando nos referimos que essa lei há tempos vinha sendo esperada, implica dizer que depois de sete longos anos, finalmente foi votada pelo Congresso, mas a atual redação nem de longe harmoniza-se com o texto original, isso devido aos vetos que recebeu.

Vetos esses que repercutiram negativamente, a ponto de gerar descrédito na sociedade antes mesmo de entrar em vigor e ser mais uma lei vigente, mas sem eficácia jurídica.

É possível enumerar uma série de artigos, com suas respectivas disposições que foram vítimas das ações de lobistas e que receberam o veto presidencial, tais como: o 43 – queimadas, o 47 – biopirataria, o 59 – poluição sonora entre outros. Todavia o maior retrocesso foi o do art 5º. Esse continha expressamente a responsabilidade civil objetiva, eis seu conteúdo: "Quem causar danos à natu-

¹² Antônio Herman V. Benjamin. O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. In: *Dano ambiental: Prevenção, reparação e repressão*. Pág. 227.

¹³ Antonio Carvalho Martins. A política de ambiente da Comunidade Económica Europeia. Pág. 107/108.

¹⁴ Antônio Herman V. Benjamin. O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. In: *Dano ambiental: Prevenção, reparação e repressão*. Pág. 227.

reza, independentemente da existência de culpa, é obrigado a reparar os prejuízos ou indenizar terceiros afetados por seus atos". O verbo no passado reflete que o mesmo foi afastado de plano, mediante veto total. Esse ato demonstra um descaso com o meio ambiente e ratifica mais uma vez a total inadequação da teoria clássica da culpa para responsabilizar os causadores de dano ambiental.

Como entender isso, após alcançar um nível, ainda que não ideal mas pelo menos satisfatório, de compromisso com a tutela ambiental. E depois de sete anos para a entrada em vigor e ao invés de essa lei se perfilar à tendência atual e inovadora da construção jurídica que gradativamente vem se solidificando, aparece no mundo jurídico dotada de uma dívida social e acima de tudo retrógrada. Nada mais que uma involução.

Os motivos desse veto não foram plausíveis o suficiente para justificar tamanha insensatez e nem isso agora vem ao caso: o que importa é a demonstração clara da fragilidade, da ausência de compromisso e da incipiência da conscientização em prol do meio ambiente.

Os efeitos ainda são prematuros para uma avaliação, mas esse veto na lei ambiental, quanto à responsabilidade civil objetiva, deixa pairar um dúvida entendimento: isso dá ensejo ao retorno da teoria subjetiva ou continua em vigor a Lei nº 6.938/81 que garantiu expressamente a teoria objetiva?

Queremos crer no entendimento de que já foi superada essa discussão e que em matéria de proteção ambiental prevalece de maneira incontestada e uniforme a teoria da responsabilidade civil objetiva. E embora o § 3º, art. 225 da Constituição não consagre expressamente essa tese, esse é indubitavelmente o entendimento prevalente.

5. Considerações finais

Não restam dúvidas acerca da total inadequação da teoria subjetiva ou da culpa na esfera ambiental. Em hipótese alguma, admite-se sua aplicação, pois seria uma valorização exacerbada do direito individual em detrimento da coletividade. Não se faz necessário repetir os argumentos já mencionados, apenas o quanto a aplicação dessa teoria representa um óbice, um empecilho à preservação ambiental.

Indiscutivelmente a responsabilidade civil objetiva é a única compatível com a matéria.

A inserção da responsabilidade civil objetiva em nossa legislação possibilita a aplicação efetiva do princípio poluidor-pagador.

O mencionado princípio sugere que, aquele que em decorrência de sua atividade produtiva cause danos ao meio ambiente arqué com os custos da atividade poluidora, ou seja, haja a internalização dos efeitos negativos, assumindo os custos impostos a outros agentes, produtores e / ou consumidores; já a responsabilidade civil objetiva impõe ao poluidor a obrigação de indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade independentemente de existência de culpa.

Logo, fazendo uma leitura conjunta dos dois institutos teremos a obrigação imposta ao poluidor de arcar com os custos da atividade poluidora que em decorrência de sua atividade produtiva cause danos ao meio ambiente e a terceiros, independentemente de existência de culpa.

Estabelecida a equação, percebemos a intrínseca relação entre eles, e evidencia-se que o princípio do poluidor-pagador aliado à responsabilidade civil objetiva pode

servir como mecanismo de grande valia à proteção ambiental, na medida em que induz o poluidor a tornar sua atividade adequada ao meio ambiente, pois, caso contrário, aquele que tiver sua conduta tangenciada desta tendência será responsabilizado independentemente de existência de culpa.

A internalização dos custos da atividade poluidora e o conseqüente repasse aos custos finais do produto tornam-no incompatível com as regras da concorrência.

Cediço concluir que a aplicação conjunta desses institutos representa uma grande evolução para o meio ambiente, mas infelizmente toda essa construção pode ser abalada com a precipitada e inconseqüente atitude de vetar o artigo que tratava da responsabilidade civil objetiva na nova lei ambiental. Afinal o princípio do poluidor-pagador somente terá eficácia e solidez, mediante a adoção da responsabilidade civil objetiva pela legislação pátria.

6. Referências bibliográficas

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. In *Dano ambiental: Prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Ed. RT, 1993.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- FERRAZ, Júnior Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

- GUERRA, S. M-G. & HINOSTROZA, M. Questões ambientais e implicações econômicas: visão introdutória. In *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Ed RT, a. 1, n. 2, abril-jun, 1996. Págs. 91 a 111.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Ed. RT, 1991.
- MARTINS, António Carvalho. *A política de ambiente da Comunidade Económica Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
- MILARÉ, Édís. Tutela jurídico-civil do ambiente. In *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Ed RT, n. 0, [s.d]. p. 26 a 72.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. In *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Ed RT, a. 1, n. 2, abr-jun, 1996. p. 50 a 66.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. *Direito ambiental constitucional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

AS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INTRODUZIDAS PELA LEI N° 9.756 DE 17.12.98

Humberto Theodoro Júnior

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Desembargador Apoderado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. Advogado. Doutor em Direito.

SUMÁRIO

1. O processo nos Tribunais; 2. Conflito de Competência; 3. A declaração incidental de inconstitucionalidade; 4. O preparo dos recursos; 5. Inovações relativas aos recursos extraordinários e especiais; 5.1. Recurso especial ou extraordinário retido; 5.2. Julgamento singular do relator; 5.3. Sanção pelo uso procrastinatório do agravo contra o decisão singular do relator; 5.4. Quorum de julgamento por turma no S.T.J.; 6. Ampliação genérica da faculdade de julgamento singular pelo relator dos recursos; 7. Vigência da Lei n° 9.756/98 e o direito intertemporal.

1. O processo nos Tribunais

A Lei n° 17.12.98 alterou diversos artigos do Código de Processo Civil, com o fito de simplificar e agilizar a tramitação do processo nos Tribunais. Seu objetivo principal foi o de ampliar os poderes do relator, de sorte a permitir, com maior frequência, os julgamentos singulares, evitando, quando possível, o pronunciamento coletivo.

Cuidou, também, de combater o excessivo volume de recursos nos Tribunais por meio de expedientes como a retenção do apelo extremo em questão solucionada por meio de simples decisão interlocutória, e a instituição de sanções pecuniárias graves para o recorrente que age com evidente intuito procrastinatório.

As alterações são pequenas, não atingiram o âmago do angustiante problema do congestionamento recursal que compromete a qualidade da prestação jurisdicional nos Tribunais do País e ameaça provocar, até mesmo, um colapso em tão relevante área dos serviços públicos essenciais. O que o legislador tem de ter a coragem de inovar é o sistema recursal como um todo, reduzindo o número de recursos e os casos de respectivo cabimento. Não há processo civil algum, no direito contemporâneo dos povos cultos, que contemple uma gama tão ampla de possibilidade de acesso à via recursal como a do Código brasileiro.

O duplo grau de jurisdição é, de fato, um remédio salutar para o aprimoramento das decisões judiciais. Mas não chega a ser uma garantia constitucional que, em caráter absoluto, tenha de funcionar a todo instante e em qualquer procedimento.

Se o remédio em questão, usado em forma irrestrita do direito atual, se tornou obstáculo ao desempenho da boa prestação jurisdicional, urge reequacioná-lo, para que, a seu respeito, se obtenha o equilíbrio dos princípios dominantes do processo. Sem dúvida, é muito mais importante contar com um processo rápido e eficiente para proporcionar a composição dos conflitos, do que ter à disposição um complicado direito de recorrer de tudo e sempre. O princípio da razoabilidade, do qual não se afasta a Constituição, impõe ao legislador um disciplinamento dos mecanismos recursais que evite o fenômeno, hoje tão frequente, de obstrução da Justiça pelo manejo da profusão de recursos que a lei põe a disposição do litigante. Em última análise, tal sistema se presta, muitas vezes, a obstaculizar o acesso do titular do direito subjetivo material à tutela jurídica que o Estado lhe assegurou. Realiza lamentável denegação de Justiça.

É certo que a multiplicidade de instâncias vem consagrada no sistema organizacional do Poder Judiciário instituído pela Constituição. Não teve, porém, o legislador maior, o propósito de transformar o duplo grau de jurisdição em princípio rígido e, muito menos, em elemento essencial do devido processo legal. Prova disso é que no próprio texto da Constituição, em mais de uma oportunidade, se prevê a ocorrência de julgamento de competência originária de tribunais superiores, sem previsão de recurso ordinário.

O Supremo Tribunal Federal já enfrentou o tema e, com irrecusável acerto, assentou:

Diante do disposto no inciso II do art. 102 da Carta Política da República, no que revela cabível o extraordinário contra decisão de última ou única instância, o duplo grau de jurisdição, no âmbito da recorribilidade ordinária, não consubstancia garantia constitucional (STF, 2ª T., Ag. Rg. no RE nº. 216.257-4/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, ac. 15.09.98, in DJU 11.12.98, p. 07).

Se assim é, não há motivo para o legislador se intimidar diante da reforma supressora que o Sistema recursal exageradamente amplo está a exigir. Uma remodelação muito mais profunda, no campo dos recursos, está a desafiar o legislador brasileiro.

2. Conflito de Competência

A primeira alteração produzida pela Lei nº 9.756/98 operou sobre o procedimento do conflito de competência nos Tribunais. Segundo o novo parágrafo único introduzido no artigo 120 do CPC, ficou o relator autorizado a

julgar singularmente o incidente, evitando o procedimento complexo de sua apreciação pelo colegiado. Embora singular, a decisão do relator representará ato de órgão do tribunal, ou seja, valerá como julgamento do tribunal.

O julgamento do incidente pelo relator, porém, não se dará em todos os conflitos de competência, os quais em regra continuam afetados à competência dos órgãos colegiados. A decisão singular será cabível apenas quando a questão suscitada na arguição do conflito corresponder à tema já solucionado pela jurisprudência dominante do tribunal. Caberá, pois, ao relator, ao dirimir o conflito, aplicar os precedentes do tribunal. Se não os houver, terá de submeter o incidente à solução do colegiado.

Da decisão singular caberá agravo, no prazo de cinco dias, para o órgão coletivo detentor da competência originária para o conflito.

A alteração do texto do artigo 120 foi a seguinte:

Texto primitivo

Art. 120. Poderá o relator, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, seja sobrestado o processo, mas, neste caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juizes para resolver, em caráter provisório, as medidas emergentes.

Texto atual

Art. 120. Poderá o relator, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, seja sobrestado o processo, mas, neste caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juizes para resolver, em caráter provisório, as medidas emergentes.

Parágrafo único. Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão competente.

3. A declaração de inconstitucionalidade

Por força do art. 97 da Constituição, os Tribunais, quando surge a controvérsia acerca da constitucionalidade de norma legal a ser aplicada no julgamento da causa, somente podem declarar a inconstitucionalidade por voto da maioria dos seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial. Por isso, quando o feito corre perante órgão fracionário do Tribunal, existe um incidente processual disciplinado nos arts. 480 a 482 do CPC, cuja finalidade é deslocar o processo temporariamente para o Plenário ou órgão equivalente, a fim de obter, se for o caso, o seu pronunciamento, com o quorum reclamado pela Carta Magna, sobre a questão da inconstitucionalidade.

Quando se dá esse incidente, o julgamento do Tribunal se subdivide em dois: o do Pleno, em torno da questão constitucional, e o do órgão fracionário, sobre a questão infraconstitucional.

A Lei nº 9.756/98 alterou o art. 481 do CPC, nele introduzindo um parágrafo único, onde se dispensa a repetição do incidente perante o Plenário, a cada novo processo em que a arguição de inconstitucionalidade da mesma lei se renove. De acordo com o novo texto da lei processual, basta o pronunciamento do Plenário uma vez, para que a exigência constitucional de quorum se tenha como satisfeita. Nos processos posteriores o órgão fraci-

onário enfrentará, desde logo, a arguição de inconstitucionalidade, reportando-se ao que antes declarara o colegiado maior em caso similar.

Também ocorrerá a dispensa do incidente do art. 480 do CPC sempre que já houver precedente do Supremo Tribunal Federal sobre a questão constitucional ventilada nos autos.

A alteração do texto do art. 481 do CPC foi a seguinte:

Texto primitivo

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão, ao plenário, ou órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamentos destes ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Texto atual

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

4. O preparo dos recursos

A Lei nº 9.756/98 introduziu três modificações no art. 511 do CPC, que cuida do preparo dos recursos em geral:

- a) no caput do artigo, foi explicitado que o preparo deve compreender não só o porte de retorno (como constava do texto anterior), mas também o de remessa

dos autos à instância superior;

- b) o parágrafo único foi transformado em parágrafo primeiro, sem alteração de texto;
- c) criou-se o parágrafo segundo para tratar do problema do preparo a menor. Dispôs o novo texto que a insuficiência do valor do preparo também é causa de deserção do recurso. Não se deu, porém, uma eficácia negativa plena e instantânea, ao preparo deficiente. Ao contrário do que se passa como não-preparo total, o juiz não pode decretar a deserção, de plano, quando se deparar com o preparo insuficiente. Terá, primeiro, que intimar o recorrente a completá-lo em cinco dias. Somente na eventualidade de não ser sanada a falha no referido prazo é que a deserção será reconhecida.

Alterações ocorridas:

Texto primitivo

Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de retorno, sob pena de deserção.

Parágrafo único. São dispensados do preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal.

Texto atual

Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e retorno, sob pena de deserção. (NR)

§ 1º. São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal.

§ 2º. A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias.

Para uniformizar o preparo dos recursos endereçados ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, a Lei nº 9.756/98 dispôs que caberá àquelas duas cortes judiciais fixar, na área da respectiva competência, as tabelas e as instruções relativas aos valores e ao recolhimento das despesas de porte de remessa e retorno dos autos (art. 41-A, introduzido na Lei nº 8.038, de 28.05.90).

5. Inovações relativas aos recursos extraordinário e especial

A Lei nº 9.756/98 alterou a disciplina dos recursos extraordinário e especial, mediante inovações nos textos dos artigos 542, 544 e 545 do CPC, as quais tiveram o tríplice propósito de:

- instituir, na área dos recursos constitucionais, a modalidade do recurso retido (art. 542, § 3º);
- ampliar os casos de julgamento dos referidos recursos por decisão singular do relator (art. 544, § 3º); e
- instituir sanções severas para a parte que abusa do direito de recorrer, agindo com evidente propósito protelatório (art. 545).

Trataremos, a seguir, de cada uma dessas inovações, separadamente.

5.1 Recurso especial ou extraordinário retido

Firmou-se, de longa data, o entendimento de ser cabível o recurso extraordinário assim como o especial não apenas contra o julgamento final do processo (sentenças terminativas ou definitivas) mas também contra a decisão última dada às questões incidentes (decisões interlocutórias).

A Lei nº 9.756, de 17.12.98, todavia, criou um procedimento especial para os recursos em questão, quando contiverem impugnação à decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou em embargo à execução. O recurso especial ou extraordinário não será imediatamente processado. Ficará retido nos autos e somente terá tramitação se, mais tarde, houver recurso da mesma natureza contra a decisão final da causa, e se, ainda, a parte o reiterar, no prazo para o novo recurso, ou para as contra-razões (art. 542, § 3º). Trata-se de um regime de certa maneira assemelhado ao do agravo retido (art. 523), segundo o qual os respectivos processamento e julgamento dependerão de ulterior apelação da decisão final de primeiro grau e ratificação do primitivo recurso.

Dessa maneira, julgado no tribunal de segundo grau o agravo relacionado com a decisão interlocutória, terá a parte sucumbente, para evitar a preclusão, de apresentar seu especial ou extraordinário, conforme o caso. A petição, porém, simplesmente será juntada aos autos, sem qualquer outro ato de tramitação recursal. O processo principal prosseguirá e encontrará seu desfecho natural. Se o recorrente ainda tiver motivo para recorrer ao STJ ou ao

STF contra o acórdão final, se ainda lhe interessar o exame do primeiro recurso, deverá reiterá-lo. Se não o fizer, será havido como desistente do recurso manifestado contra a decisão interlocutória. Ocorrendo a oportuna ratificação, o seu processamento se dará em conexão com o novo recurso, isto é, contra o que se produziu diante do julgamento que pôs fim ao processo na Instância local.

No sistema de recurso retido, é bom lembrar, não pode deixar de haver um recurso também contra a decisão final, porque são os efeitos dessa decisão que revelam o interesse da parte em reiterar o primitivo. É preciso que se recorra da última decisão para que se justifique o exame do antigo recurso contra a interlocutória. Pode, no entanto, ser o fundamento do novo recurso apenas a reiteração dos argumentos do primeiro, se a parte não encontrar razão técnica para enquadrar o último apelo nos permissivos constitucionais. Ai, pedirá a cassação do acórdão final por efeito das preliminares que motivaram o recurso retido. Aliás, quando a lei fala em **reiterar** o recurso retido (art. 542, § 3º) está claramente determinando que a parte **repita** ou **renove** o primitivo recurso, porquanto o sentido do verbo reiterar não é outro senão o de **repetir** ou **renovar**.

Os dois recursos se fundem, na realidade, num único e novo apelo: o retido, reiterado passa a ser parte integrante do recurso contra o julgamento final, assumindo posição de questão preliminar deste. Nisso está uma certa diferença com o agravo retido, pois em relação a esse ocorrem dois recursos diferentes: um agravo e uma apelação. Já na hipótese do § 3º do art. 542, sucedem-se nos autos dois recursos iguais que, no final, se somam, na impugnação voltada contra o resultado último da prestação jurisdicional.

Quanto ao recurso reiterado no prazo das contra-razões do novo apelo, trata-se, na verdade, de impugnação condicional, já que a parte nele interessada não recorreu do acórdão final. Se o principal (o da parte contrária) houver de ser provido, então é que se examinará o retido como prejudicial. Seria um contra-senso prover o recurso retido para desconstituir o acórdão final favorável ao primitivo recorrente e por este não atacado. Ter-se-ia uma verdadeira reformatio in pejus.

Como não há processamento algum do recurso retido, a não ser depois de sua reiteração, não cabe exigir seu preparo antes de tal evento. Somente então haverá de cogitar-se do preparo e do respectivo juízo de admissibilidade. É a partir desse momento que o recurso retido adquire vida processual, saindo do estado latente originário.

Dois aspectos dessa sistemática merecem ponderação:

- a) A forma retida do recurso especial ou extraordinário foi prevista apenas para as interlocutórias do processo de conhecimento e do cautelar, assim como para as dos embargos à execução. Como também podem ser proferidas decisões interlocutórias no próprio processo de execução (incidentes da penhora, da avaliação e remoção de bens, do praxeamento, concurso de preferências e tantas outras questões estranhas aos embargos à execução), não há como impedir a tramitação normal do recurso nos incidentes da execução forçada e das ações especiais de cunho mandamental, como, v.g., o mandado de segurança e o habeas data, que não permitem seu singelo enquadramento na categoria de processo de conhecimento.

b) Quando a decisão recorrida se mostra absurda e a procedência do especial ou extraordinário se torna evidente, a solução para evitar a ruínoza execução provisória do acórdão tem sido a postulação de medida cautelar junto ao STJ ou STF, com que se obtém efeito suspensivo ao apelo extremo. Como, na nova sistemática o recurso retido não será desde logo processado, surgirão sérios obstáculos para se alcançar junto ao STJ ou ao STF o reconhecimento de sua competência para a tutela cautelar. Se o recurso não tem efeito suspensivo e sua falta de curso for entendida como empecilho para legitimar a competência cautelar superior, os casos de risco de dano grave e de difícil reparação terão de ser solucionados pela via peregrina do mandado de segurança e ser impetrado perante o órgão recursal ad quem. A meu ver, mais razoável seria que o STJ e o STF reconhecessem aplicável a regra do art. 800, parág. Único, mesmo em se tratando de recurso retido. Do contrário ter-se-á de abrir a via do mandado de segurança, porque nenhuma lesão de direito pode ser sonegada à apreciação judicial e nenhum abuso de autoridade pode permanecer impune ou insolúvel, mormente quando praticados em procedimentos de eficácia imediata sobre os bens e direitos da parte, como se dá nas medidas cautelares e nos atos de execução forçada.

Um caso concreto já surgiu há poucos dias no Tribunal de Alçada de Minas Gerais: numa ação de despejo, que é executiva e não simplesmente cognitiva, indeferiu-se antecipação de tutela relativamente à retomada do imóvel abandonado pelo inquilino. O recurso especial foi in-

terposto pela forma ordinária e não pela forma retida, ao argumento de que, embora interlocutória a decisão, não teria sido proferida em processo de conhecimento ou cautelar, nem tampouco em embargos à execução. A questão ainda não foi decidida.

As alterações do texto legal, nessa matéria foram as seguintes:

Texto primitivo

Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista para apresentar contra-razões.

§ 1º. Findo este prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de quinze dias, em decisão fundamentada.

§ 2º. Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

Texto atual

Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista para apresentar contra-razões.

§ 1º. Findo esse prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de quinze dias, em decisão fundamentada.

§ 2º. Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

§ 3º. O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos de decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões.

5.2. Julgamento singular do relator

Não apenas no julgamento do agravo, mas em todos os feitos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a lei reconhece ao Relator o poder de decisão singular, enfrentando até mesmo as questões de mérito, em situações de manifesta improcedência do pedido ou do recurso, especialmente quando a pretensão contrariar Súmula jurisprudencial do respectivo Tribunal.

A propósito, dispõe o art. 38 da Lei nº 8.038 que:

“O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Supremo Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.”

Todavia, para que o Relator não elimine por completo a competência do Tribunal como órgão coletivo, a Lei nº 8.038 garante à parte vencida o direito de agravar da decisão singular no prazo de cinco dias, para o colegiado (art. 39).

Quando a Lei nº 8.950, de 13.12.94, reincluiu o procedimento dos recursos extraordinário e especial no texto do Código de Processo Civil, não abordou explicitamente o tema contido nos arts. 38 e 39 da Lei nº 8.038. Doutrina e jurisprudência, no entanto, entenderam que se tratava de disposições gerais cujo teor não fora afetado e, portanto, sua vigência persistia¹.

Posteriormente, uma nova lei alterou o § 3º do art. 544 do Código (Lei nº 9.756/98) para estatuir que o rela-

tor, no Superior Tribunal de Justiça, tem poderes para, em decisão singular, tomada do bojo do agravo de instrumento oposto à inadmissão do recurso especial, proferir um dos seguintes julgamentos:

- a) negar provimento ao agravo, mantendo a decisão de origem;
- b) prover o agravo, para admitir a subida do recurso especial;
- c) dar provimento ao próprio recurso especial, “se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça”;
- d) se não for caso de enfrentar logo o mérito do recurso especial em decisão singular, poderá o relator, ao prover o agravo, determinar sua conversão naquele recurso. Isto será admissível “se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito”; e, daí em diante, observar-se-á “o procedimento relativo ao recurso especial”, rumo à decisão coletiva.

De acordo com o texto do § 4º do dispositivo em referência, as comentadas normas do § 3º devem, igualmente, ser aplicadas no caso de “agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário.” Vale dizer: o relator, no Supremo Tribunal, também pode enfrentar o mérito do recurso extraordinário ou tomar qualquer outra das decisões singulares apontadas nas letras “a” a “d” supra.

Da decisão do relator caberá agravo para o colegiado, no prazo de cinco dias (art. 545, com a redação da Lei nº 9.756 de 17.12.98), nas seguintes hipóteses:

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. Malheiros, São Paulo, nº 167, p. 208.

- a) não conhecimento do agravo;
- b) desprovimento do agravo;
- c) provimento do agravo com enfrentamento do mérito do especial.

É irrecorrível, portanto, a decisão singular do relator que acolhe o agravo apenas para admitir a subida do recurso especial ou extraordinário. O tema do cabimento, ou não, do apelo principal, todavia, restará reapreciável pelo órgão coletivo competente.

Tendo a nova redação do art. 545 do CPC determinante a observância do § 1º do art. 557 (Lei nº 9.756/98), deve-se ponderar que o relator, diante do agravo contra sua decisão proferida no agravo originário do tribunal local (denegação do recurso especial ou extraordinário pelo presidente do tribunal de origem), pode retratar-se, evitando a submissão da questão à Turma. De acordo com a regra do § 1º do art. 557, o procedimento pode sofrer as seguintes variações:

a) se o relator retratar, tudo voltará à situação anterior e nada terá de ser apreciado, naquele estágio, pela Turma;

b) se o relator não retratar, sua decisão será levada à apreciação da Turma, que poderá confirmá-la ou cassá-la, mediante provimento ou improvimento do agravo interno. Se se confirmar a decisão singular, tudo continuará na situação em que o relator havia posto a causa. Se, por outro lado, a Turma der provimento ao agravo interno, a extensão do decisório coletivo será menor do que o conteúdo do ato do relator, principalmente quando este houver avançado, indevidamente, no terreno de julgamento do próprio recurso extraordinário ou especial. A regra do art. 557, § 1º, in casu, ordena que, "pro-

vido o agravo", pela Turma, "o recurso terá seguimento". Logo, o reexame do Colegiado, nesse agravo interno, restringe-se à verificação da ocorrência ou não, de hipótese legal de poder o relator proferir decisão singular. Se existente tal poder a decisão será, em princípio, mantida. Não há uma revisão pura e simples de seu ato pelo colegiado, pois do contrário, ao invés de simplificar a marcha recursal estar-se-ia criando mais uma instância, mais um grau de jurisdição. Daí que, se faltavam condições legais para que o relator praticasse o ato que praticou, ele será simplesmente cassado, e o recurso principal "terá seguimento" e, normalmente, será submetido ao julgamento da Turma, depois de ultrapassados os seus trâmites regulares.

A questão de poder ou não o julgamento de recurso ser efetuado, em instância superior, por decisão singular de relator não é nova e sua constitucionalidade já foi posta em dúvida por parte da doutrina (NELSON NÉRI JÚNIOR, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo: 4ª Edição, Ed. RT, 18, pág. 118). No entanto, a tese foi repelida pelo Supremo Tribunal Federal, in verbis:

"Constitucional – Mandado de Injunção – Seguimento negado pelo Relator – Competência do Relator (RL/STF, art. 21, § 1º; Lei nº 8.038, de 1990, art. 38): Constitucionalidade. Pressupostos do mandado de injunção. Legitimidade ativa."

I – É legítima, sob o ponto de vista constitucional, a atribuição conferida ao relator para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudên-

cia predominante do Tribunal ou for evidente a sua incompetência (RI/STF, art. 21, § 1º; Lei nº 8.038/90, art. 38), desde que, mediante recurso – agravo regimental), possam as decisões ser submetidas ao controle colegiado” (STF, pleno, Manda o de Injunção nº 375-AgRg/PR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, RTJ 139/53).

Com a Lei nº 9.756/98, os textos do Código sofreram as seguintes alterações:

Texto primitivo

Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de dez dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

§ 1º. O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar, obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópia do acórdão recorrido, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado.

§ 2º. Distribuído e processado o agravo na forma regimental, o relator proferirá decisão.

§ 3º. Na hipótese de provimento do agravo, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito do recurso especial, o relator determinará sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo a esse recurso.

§ 4º. O disposto no parágrafo anterior aplica-se também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar.

Art. 545. Da decisão do relator que não admitir o agravo de instrumento, ou negar-lhe provimento, caberá agravo para o órgão julgador, no prazo de cinco dias.

Texto atual

Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de dez dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

§ 1º. O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar, obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópia do acórdão recorrido, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado.

§ 2º. Distribuído e processado o agravo na forma regimental, o relator proferirá decisão.

§ 3º. Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial: poderá, ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial. (NR).

§ 4º. O disposto no parágrafo anterior aplica-se também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar.

Art. 545. Da decisão do relator que não admitir o agravo de instrumento, negar-lhe provimento ou refor-

mar o acórdão recorrido, caberá agravo no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, observado o disposto nos § 1º e 2º do art. 557. (NR)

5.3 Sanção pelo uso procrastinatório do agravo contra o decisório singular do relator

Para evitar que os julgamentos singulares do relator, no âmbito do recurso especial e do extraordinário, servissem de pretexto para expedientes maliciosos e procrastinatórios, o art. 545 do CPC, na nova redação provinda da Lei nº 9.756/98, instituiu uma severa pena para o recorrente temerário ou de má-fé. Mandou que fosse, a propósito, observado o disposto no § 2º do art. 557, que assim regula a matéria:

“§ 2º. Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso, condicionada ao depósito do respectivo valor.”

5.4 Quorum de julgamento por turma no STJ

O Regimento Interno do STJ previa a exigência de que as decisões de turma fossem tomadas pela “maioria absoluta de seus membros” (art. 181). O STF, no entanto, considerou inconstitucional a fixação de semelhante disposição, por via regimental, visto envolver regra de direito processual, cuja competência legislativa é exclusiva da União, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal (STF – Pleno, HC 74.761-2-DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, ac. 11.6.97, DJU 23.6.97, p. 28.951;

THEOTÔNIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 29. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 1.273).

A Lei nº 9.756/98 superou a objeção do STF, porque por meio de introdução de um novo artigo na Lei nº 8.038/90, que cuida dos recursos endereçados ao STF e ao STJ, transformou em preceito legal o que antes era apenas regra regimental.

O art. 41-A, acrescido àquela lei, dispõe textualmente que “a decisão de Turma, no Superior Tribunal de Justiça, será tomado pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

Uma vez que tais turmas são compostas por cinco membros, somente pelo voto homogêneo de pelo menos três deles se concluirá o julgamento. Como a sessão de julgamento pode realizar-se com a presença de três ministros, ocorrendo a dissidência de um deles, ter-se-á de prorrogar a sessão de julgamento para que se atinja o quorum de três votos vencedores.

6. Ampliação genérica da faculdade de julgamento singular pelo relator dos recursos

Quando a parte sucumbente maneja o recurso com efeito devolutivo, entre órgãos de diferentes graus de jurisdição, o julgamento cabe, em princípio, a um tribunal superior e será obtido pelo pronunciamento de seu plenário, ou de algum órgão fracionário que atua em seu nome, mas também como colegiado. O relator dirige o procedimento na instância recursal mas não julga sozinho, de ordinário. No entanto, o Código lhe atribui, em alguns casos, o poder de decidir, em julgamento singular, valen-

do seu ato como decisão do tribunal, tanto em matéria de preliminar como de mérito. Essas hipóteses constam do art. 557, que, antes da última reforma do Código, apenas franqueava ao relator decisões negativas, isto é, decisões singulares que importassem negar seguimento a recurso "manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à Súmula do respectivo tribunal ou de tribunal superior" (caput).

A Lei nº 9.756/98 alterou tanto o *caput* como antigo parágrafo único do art. 557, além de acrescentar-lhe dois novos parágrafos. Com essas inovações, as hipóteses de julgamento singular do relator se ampliaram, ao mesmo tempo que se instituíram medidas sancionatórias para desestimular o uso do inconformismo recursal como medida de simples retardamento do curso do processo. É o que se examinará a seguir.

Em qualquer tipo de recurso, após a Lei nº 9.756/98, pode o relator, de acordo com o caput do atual art. 557, negar-lhe seguimento:

1 – por motivo de ordem processual: quando se tratar de recurso "manifestamente inadmissível" ou "prejudicado";

2 – por motivo de mérito: quando se tratar de recurso "manifestamente improcedente" ou "em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior".

Em qualquer tipo de recurso, o relator pode, de acordo com o novo § 1º-A do art. 557, dar-lhe provimento:

"Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior."

A norma em questão não tem como escopo criar,

propriamente, o caráter vinculante da súmula jurisprudencial, mas sim, o propósito de simplificar a tramitação do recurso, propiciando sua solução pelo próprio relator. Na verdade deve ser entendida apenas como regra autorizativa de decisão singular em segundo grau de jurisdição, nas condições que especifica.

Deve-se observar, outrossim, que os poderes do relator para negar provimento ao recurso abrangem área maior do que a do julgamento singular de provimento recursal. Com efeito, a decisão recorrida pode ser mantida pelo relator desde que o recurso seja "manifestamente improcedente". Mas para reformá-la, somente dará provimento ao recurso se a decisão impugnada estiver em manifesto confronto com a súmula ou jurisprudência dominante. Sem apoiar-se em precedentes jurisprudenciais, não terá o relator como decretar singularmente a procedência do recurso.

Embora decidindo em nome do Tribunal, o relator nem sempre dá a palavra final quando profere sua decisão singular. Assim, o Código prevê agravo para o competente colegiado, no prazo de cinco dias, nos seguintes casos:

- a) quando o relator decide individualmente o recurso, em qualquer das hipóteses do art. 557 e seu § 1º-A, isto é, tanto quando nega provimento como quando dá provimento a qualquer recurso;
- b) quando o relator do agravo, no caso de inadmissão do recurso especial ou extraordinário, houver inadmitido o agravo, negado provimento ao agravo ou provido o agravo para reformar o acórdão recorrido (art. 545).

Para simplificar a tramitação do agravo, a Lei nº 9.756 alterou o art. 557, para permitir a retratação do relator, de modo a evitar o julgamento do colegiado, sempre que possível (§ 1º). E para coibir o uso do agravo com fins meramente procrastinatórios, cuidou a mesma lei de instituir uma pena pecuniária severa para o recorrente temerário ou de má-fé. Assim, quando levado o recurso contra a decisão do relator ao julgamento coletivo, o Tribunal, ao não conhecê-lo ou ao improvê-lo, sob o reconhecimento de tratar-se de agravo "manifestamente inadmissível ou infundado", imporá ao agravante "multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa". Além disso, o litigante ímprobo ficará, na espécie, sujeito a recolher o valor da multa como condição para a interposição de qualquer outro recurso no processo (§ 2º)

As alterações do texto legal do art. 557 foram as seguintes:

Texto primitivo

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou de tribunal superior.

Parágrafo único. Da decisão denegatória caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para julgamento do recurso. Interposto o agravo a que se refere o parágrafo, o relator pedirá dia.

Texto atual

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado, ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou

de Tribunal Superior. (NR)

§ 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento do recurso.

§ 1º. Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º. Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

7. Vigência da Lei nº 9.756/98

A Lei nº 9.756/98 foi publicada no Diário Oficial de 18.12.98 e teve vigência imediata a partir da publicação (art. 4º). Sofreu correção de erro material, conforme Diário Oficial de 05.01.99. A retificação referiu-se ao texto novo do art. 545 do Código de Processo Civil, que fazia remissão aos "§§ 2º e 3º do art. 557", quando o correto era "§§ 1º e 2º".

A Lei nº 9.756/98 não criou recursos novos nem extinguiu recursos antigos, cuidou apenas de alteração de competência e procedimentos. Portanto, sua incidência sobre os processos em andamento não se rege pela regra básica de que "a lei do recurso é a lei do dia da sentença" (GALENO LACERDA, *O Novo Direito Processual Civil e os Efeitos Pendentes*, Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 68). Esse princípio diz respeito ao cabimento

de determinado recurso, não à competência para apreciá-lo, nem ao rito a observar em sua tramitação e julgamento.

Os recursos acham-se subordinados a regras de competência hierárquica, que são de ordem pública. E, "em direito transitório vige o princípio de que não existe direito adquirido em matéria de competência absoluta e organização judiciária. Tratando-se de normas impostas tão-só pelo interesse público na boa distribuição da justiça, é evidente que toda e qualquer alteração da lei, neste campo, incide sobre os processos em curso, em virtude da total indisponibilidade das partes sobre essa matéria" (GALENO LACERDA, ob. cit., p. 18).

Da mesma forma, as regras procedimentais constituem "normas de ordem pública", pelo que "sua aplicação é imediata" (CÂNDIDO DINAMARCO, A Reforma do Código de Processo Civil, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, nº 134-R, p. 198). Alterado o procedimento, vigora, segundo GALENO DE LACERDA, o princípio da "aplicação imediata da lei nova, respeitados os atos já praticados" (Ob. cit., p. 27).

Assim, conclui o grande processualista, em lição que se aplica exatamente à hipótese da Lei nº 9.756:

"Se estivéssemos em presença de recurso novo, é evidente que só poderia ser interposto contra decisões proferidas depois do Código (ou da lei nova). Como não é este o caso, há de vigorar a regra de que as mudanças de procedimento, pouco importa se em primeira ou em segunda instância, se aplicam de imediato aos feitos em curso" (ob. cit., p.85).

QUANDO A SOLUÇÃO ESTÁ NO JUDICIÁRIO*

Isaías Andrade Lima Neto
Juiz de Direito

SUMÁRIO

I- Introdução; II- As Justiças Privada E Pública; III- A Competência; IV- Os Juizados Especiais Cíveis; V- O Valor De Alçada; VI- O Limite De Alçada Em Causas Consumidoras; VII- Condenação Em Recúria; VIII- Danos Extrapatrimoniais; IX- A Repetição De Indébito; X- Critério Para A Fixação De Indenização; XII- Vício De Qualidade; XIII- Outras Situações; XIII- Conclusão.

1. Introdução

A iniciativa da promoção de um encontro desta magnitude, no Estado de Pernambuco, deve ser recebida como o marco de novos tempos, onde todas as instituições envolvidas com a defesa do consumidor se reúnem para debater as questões mais comuns inerentes às relações de consumo, numa clara demonstração de que é preocupação das Entidades Governamentais buscar o aperfeiçoamento dos serviços prestados ao consumidor, seja na esfera administrativa ou judicial.

* Palestra proferida no auditório da OAB - PE, em 11.05.1999, em Recife - PE, por ocasião do I ENCONTRO ESTADUAL DE ENTIDADES DE DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR.

ESMAPE

A discussão é necessária e, com a realização do evento, ganham os órgãos administrativos de defesa do consumidor que poderão, com muito mais segurança, prestar a informação adequada e a melhor solução para o problema levado a sua análise; ganha o Judiciário que deixa de ter em suas prateleiras casos que deveriam morrer no seu nascedouro, ante a evidente falta de competência para proceder com o seu exame e ganha, principalmente, o consumidor que deixará de perder tanto tempo em razão da absoluta deficiência no fornecimento das informações.

O Encontro visa, em verdade, debater o limite de competência de cada órgão que atua diretamente com a defesa do consumidor, buscando uma maior otimização no atendimento das pessoas, orientando-as de forma adequada e precisa, além do que estabelece, pela primeira vez em nosso Estado, uma maior integração entre os mais diversos setores ligados ao Direito Consumerista.

2. As justiças privada e pública

É de se fazer, inicialmente, a seguinte pergunta: "quando a solução está no Judiciário?". Não é possível se alcançar a resposta certa se nos divorciarmos da idéia simplista de que "a solução só está no Judiciário quando não se pode obtê-la na esfera administrativa pela via conciliatória ou amigável".

É importante afirmar e reafirmar que, fora da esfera judicial, só se alcança a solução para os conflitos de interesses por meio da conciliação, sendo inadmissível, nos tempos atuais, o retorno à época em que prevalecia a prática da justiça privada, conhecida como a Lei de Talião, valendo citar o texto bíblico de Deuteronômio 19:21 que diz:

"O teu olho não terá piedade dele; vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé."

Tal prática há muito tempo, e com razão, vem sendo repudiada pelo Poder Público.

O Estado, em substituição da "justiça pelas próprias mãos", avocou para si a responsabilidade da prestação jurisdicional.

Há, dessa forma, que se delimitar a competência dos órgãos administrativo e judicial, dentro de seus campos de atuação e reafirmar o posicionamento de que toda pretensão resistida poderá, e deverá, ser submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Temos, assim, a jurisdição que, segundo Humberto Theodoro Júnior, nada mais é do que "a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida."¹

A jurisdição tem como uma de suas características a inércia, ou seja, ela precisa ser provocada. É o que expressa o art. 2º do Código Instrumental Brasileiro: "Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais."

É preciso, assim, que o interessado peça a prestação jurisdicional, nos casos e formas legais, ou seja, em conformidade com o direito material e o direito processual, perante o Juízo competente, devendo esse julgar dentro dos limites do pedido, sob pena de incorrer no julgamento *extra petita* ou *ultra petita*.

É fundamental, então, que os Órgãos de Defesa do Consumidor façam o correto encaminhamento daquele

¹ THEODORO Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1990.

que deseja buscar a tutela jurisdicional do Estado para a resolução dos conflitos de interesses.

3. A competência

Surge, dessa forma, a importância de estudarmos, neste momento, a competência.

Para o exercício da jurisdição (embora ela seja una), exige-se o concurso de vários órgãos, cujo campo de atuação está delimitado pela Lei.

Em vários Estados encontramos os Juízos Especializados para a resolução das questões oriundas das relações de consumo, seja na Justiça de Pequenas Causas, seja na Justiça Comum. A especialização é um dos instrumentos previstos no Código de Defesa do Consumidor para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, conforme se observa do seu art. 5º, inciso IV.

Em Pernambuco, entretanto, temos apenas um único Juízo Especializado que é o I Juizado Especial das Relações de Consumo.

Temos, em nosso Estado, a opção de se ingressar com a ação de consumo perante qualquer uma das Varas Cíveis (a falta de Vara Especializada) ou junto ao Juizado das Relações de Consumo.

Ocorre que, com o advento do Ato nº 775/98 da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, o Juizado Especial das Relações de Consumo deixou de ser detentor da Competência exclusiva para processar e julgar os feitos decorrentes das relações consumeristas. Estabeleceu-se, então, a competência concorrente ao dispor o art. 10 do regulamento citado que:

"Art. 10. Os Juizados Especiais Cíveis na Comarca da Capital mantêm a mesma competência territorial, po-

dendo qualquer deles conhecer, processar e julgar, ações relativas às relações de consumo, concorrentemente com o Juizado Especializado."

A medida, na ocasião, foi de vital importância para o bom funcionamento do Juizado das Relações de Consumo, vez que já se encontrava com o seu desempenho comprometido em razão da excessiva demanda que ocasionou a superlotação das pautas de audiências de instrução e julgamento.

Hoje, para a tranquilidade de todos, principalmente os consumidores, a situação já está mais equilibrada e já se encontra dentro de um patamar que podemos considerar aceitável.

4. Os juizados especiais cíveis

A nossa pretensão, hoje, é versar sobre as questões que podem ser submetidas à apreciação pelo Judiciário, especificamente perante os Juizados Especiais Cíveis, tecendo, aqui e acolá, algumas considerações sobre a Justiça Comum quando for estritamente necessário.

Com a instituição dos Juizados Especiais (disciplinados pela Lei 9.099/95) o Poder Público respondeu, à altura, àqueles que despejam críticas constantes e infundáveis ao Judiciário, taxando-o de moroso e ineficaz.

Estamos, ainda, longe de alcançar a "Justiça ideal", mas caminhamos a passos largos. Hoje a Justiça das Pequenas Causas é responsável por, aproximadamente, 50% dos feitos contenciosos que tramitam perante o Judiciário, guardadas as devidas proporções quanto a sua natureza.

É compreensível que este estudo seja assim direcionado, pois, quando estamos falando para as Entidades de

Defesa dos Direitos do Consumidor, atingimos as camadas mais carentes da sociedade, ou quando não, os consumidores de produtos e serviços mais comuns e de valores compatíveis com o limite máximo de alçada previsto na Lei 9.099/95.

Esses dados, inclusive, confirmam que o Juizado é um brilhante instrumento de que o Judiciário dispõe para demonstrar que é possível oferecer a justiça de forma barata e eficiente.

O art. 2º da Lei 9.099/95 expressa:

"Art. 2º. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação."

São os princípios norteadores dos Juizados Especiais Cíveis, estabelecidos pela Lei, os quais se revestem de grande importância para que possamos entender os objetivos do órgão jurisdicional e seus limites de competência frente à Justiça Comum.

O legislador quis, na verdade, quebrar todas as dificuldades antes encontradas para que o cidadão, detentor da pretensão resistida, pudesse ter um fácil acesso à Justiça.

É claro que, em troca de todas essas facilidades de acesso e informalidade de atos, existem os limites estabelecidos na lei.

O art. 3º da citada Lei dispõe sobre a competência dos Juizados Especiais Cíveis e, nesse ponto, reservamos a restringir a nossa reflexão às hipóteses diretamente ligadas às relações de consumo.

5. O valor de alçada

Em primeiro lugar, como é de se esperar, abordaremos a questão do valor de alçada.

A Lei estabelece que o Juizado Especial Cível é competente para processar e julgar as causas de menor complexidade, cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo. É a regra estampada no art. 3º, inciso I da Lei 9.099/95.

Apesar do valor de alçada determinado, nada impede que o consumidor ajuíze o seu pleito perante o Juizado Especial, mesmo quando o valor da causa ultrapasse o teto máximo previsto na Lei, pois havendo a conciliação o Juiz poderá homologar o acordo e a sentença será perfeitamente executável na própria Justiça de Pequenas Causas.

6. O limite de alçada em causas consumeristas

Neste particular, abrimos um pequeno espaço para abordar a questão da observância ou não do limite máximo de alçada em se tratando de matéria relacionada com o direito do consumidor.

Logo com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e, posteriormente, com o advento da Lei 9.099/95 que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis, alguns estudiosos entenderam por interpretar que, tratando-se de matéria decorrente de relação de consumo, uma vez que o CDC previu a defesa do consumidor perante os Juizados, sem fazer qualquer ressalva, o limite de alçada não deve ser observado.

Para os que assim entendem, não haveria limite para as condenações em causas decorrentes das relações consumeristas, mesmo quando tramitando nos Juizados Especiais.

O próprio Tribunal de Justiça de Pernambuco assim caminhou quando baixou a Resolução nº 85/95 que, em seu art. 9º, inciso I, previa:

"Art. 9º - Compreende-se, ainda, na competência dos Juizados Especiais Cíveis, as causas relativas a:

I - relações de consumo, para a proteção do consumidor lesado, sem limitação de valor, nos termos do art. 5º, inciso IV da Lei Federal nº 8.078/90;..."

Observa-se a confusão gerada pela Lei 9.099/95 quando deixou de limitar, expressamente, o valor das causas oriundas das relações de consumo.

A questão, ao menos em nosso Estado, está resolvida. Com a entrada em vigor do Ato nº 775/98 da Presidência do Tribunal de Justiça de Pernambuco, em conformidade com o seu art. 15, fixou-se que todas "...as causas perante os Juizados Especiais, inclusive as de relações de consumo, observarão o limite de alçada de quarenta (40) salários mínimos, para efeito de condenação ou tutela cominatória...".

É importante, dessa forma, esclarecer ao consumidor que, ultrapassada a fase conciliatória sem sucesso, ficará o magistrado impedido de examinar o feito face ao valor atribuído à causa, ressalvada a hipótese do art. 3º, § 3º da Lei 9.099/95, quando prevê a renúncia automática ao crédito excedente.

Remetemos o prezado ouvinte ao art. 39 da Lei 9.099/95 que diz: *"Art. 39. É ineficaz a sentença condenatória na parte que exceder a alçada estabelecida nesta Lei."*

Surge, com isso, a seguinte indagação: e se o consumidor, expressamente, renunciar ao excedente sobre o valor de alçada?

Claro que, tratando-se de um crédito pleiteado, *verbi gratia*, um pedido de restituição de quantia paga a um consórcio, é perfeitamente possível a renúncia e o exame do pedido, mas em tal situação o valor da condenação não ultrapassará os quarenta salários mínimos.

Há poucos dias, por exemplo, deparamo-nos com a seguinte situação – uma consumidora adquiriu um veículo a uma determinada agência de carros e, chegado o período de chuvas, constatou que o veículo ficava totalmente molhado em seu interior e, pelas fotografias apresentadas, era fácil verificar que o teto não era original, o qual se encontrava com as emendas estouradas por ferrugem. A reclamante ajuizou a ação contra a agência e o Banco que financiou a compra do veículo. Em seu pedido, a autora pleiteava a devolução do bem com o cancelamento do contrato e a restituição da quantia paga, corrigida monetariamente, num total aproximado de R\$4.600,00. Durante a instrução foram apresentados dois contratos. O contrato de compra e venda no valor de R\$8.000,00 e o contrato de financiamento superior a R\$13.000,00. No presente caso o principal obstáculo para o exame do mérito estava, justamente, no valor da causa. Esse, em verdade, não era o valor atribuído pela autora na inicial, mas o valor do bem. Note-se que se pedia a rescisão contratual e se considerado o contrato de compra e venda, o valor da causa seria de R\$8.000,00. Levando-se em consideração o contrato de financiamento o valor da causa seria de, aproximadamente, R\$13.000,00. Não houve outra alternativa do Juízo senão extinguir o feito sem o jul-

gamento do mérito, nos termos dos arts. 3º, inciso I e 51, inciso II da Lei 9.099/95.

A ilustração acima é um exemplo típico de uma situação em que não se pode renunciar ao excedente e, nesses casos, o fim é a extinção do feito sem o julgamento do mérito.

7. Condenação em pecúnia

Reportando-nos, ainda, aos casos que podem ser examinados pelos Juizados Especiais Cíveis, dentro da competência genérica em razão do valor de alçada, temos as situações em que se pleiteia a condenação em dinheiro.

É muito comum se buscarem indenizações por danos decorrentes das relações de consumo.

A ação indenizatória, perante os Juizados Especiais, no entanto, requer alguns cuidados especiais por parte de quem a propõe.

O consumidor deve ser advertido de que, segundo o Parágrafo único do art. 38 da Lei 9.099/95, não "...se admitirá sentença condenatória por quantia ilíquida, ainda que genérico o pedido."

Fica o magistrado, em face do preceito legal, impedido de proferir sentença ilíquida.

Chamamos a atenção para a situação em que, por exemplo, o consumidor almeje a indenização por danos materiais sofridos em razão de vício de qualidade na prestação de serviços.

Suponhamos que um consumidor colocou o seu carro para fazer um reparo numa oficina autorizada que, no documento fornecido, prometeu executar os serviços em cinco dias. Digamos que a concessionária tenha demora-

do vinte dias para consertar o veículo e o consumidor foi obrigado a alugar um veículo durante o prazo excedido para se locomover e trabalhar. Houve a reclamação perante o Juizado, mas no dia da audiência o consumidor deixou de juntar o recibo de pagamento feito à locadora de veículos. Como, no caso, não houve a comprovação e quantificação do prejuízo material, não restará outra alternativa senão julgar improcedente o pedido. Perante os Juizados Especiais há de se fazer a efetiva comprovação do prejuízo material sofrido, a fim de se possibilitar uma sentença líquida.

A decisão tem que ser, obrigatoriamente, líquida e a prova, segundo a Lei, tem que ser produzida, integralmente, em audiência de instrução e julgamento.

Vejamos o que diz o art. 33 da Lei 9.099/95:

"Art. 33. Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias."

Faz-se necessário, assim, que a prova a ser produzida em sede de Juizados Especiais seja clara, de simples exame por parte do julgador, lembrando sempre a competência para processar e julgar as causas de menor complexidade.

8. Danos extrapatrimoniais

Pode-se demandar, ainda, em sede de Juizados, com as ações de indenização por danos morais e, nesse particular, basta provar o prejuízo sofrido.

A maioria esmagadora dos doutrinadores adotaram a definição negativa do dano moral. Vale destacar o con-

ceito dado por Wilson Melo da Silva: "*Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.*"²

Entende-se, então, que não há necessidade de repercussão do dano na esfera patrimonial para o reconhecimento do prejuízo moral.

O caso mais clássico, continuamente presente nos Juizados, refere-se à negatização injusta de consumidores absolutamente em dia para com os pagamentos dos seus débitos.

É evidente o dano moral que sofre uma pessoa indevidamente "negativada". É grande a dor moral sofrida pelo consumidor que mantém uma vida financeira idônea e, abrupta e injustamente, vê-se maculado com o seu nome inserido de forma infame nos cadastros restritivos.

O prejuízo, em tais casos, é presumido. Qualquer pessoa negativada, em órgãos de proteção como SPC e SERASA, fica privada de obter crédito junto ao comércio e instituições financeiras.

A Constituição Federal de 1988 pôs fim à dúvida quanto à possibilidade ou não de se reparar o dano extrapatrimonial, pois em seu art. 5º, incisos V e X expressa:

"...V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;..."

"...X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;..."

² SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e a sua reparação*, 3ª Edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro, Forense, 1983.

Para completar, a Lei 8.078/90, em seu art. 6º, inciso VI reza:

"Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

...VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;..."

O art. 42 do CDC, ainda, prevê:

"Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça."

Existem muitas empresas que, realmente, exageram ao cobrar as dívidas. Lembramos de um caso em que a empresa de cobrança, não mais tendo sucesso em cobrar de um Policial Militar, tratou de enviar um FAX para o Comando Geral da Polícia Militar solicitando a intervenção da instituição para o recebimento da dívida. O FAX foi despachado por diversos oficiais até chegar ao comandante a que estava subordinado o Policial Militar. Será que houve violação à intimidade, à honra e à imagem do consumidor? Não temos a menor dúvida.

Aliás, Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, um dos autores do anteprojeto do CDC, ao comentar o art. 42, afirma que existem as proibições ABSOLUTAS e as RELATIVAS. Aquelas não podem ser utilizadas em hipótese alguma e são a AMEAÇA; A COAÇÃO E O CONSTRANGIMENTO FÍSICO OU MORAL; E O EMPREGO DE AFIRMAÇÕES FALSAS, INCORRETAS OU ENGANOSAS. Já as proibições relativas são: A EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RIDÍCULO E A INTERFERÊNCIA COM O TRABALHO, DESCANSO OU LAZER. Nesses casos são consideradas relativas porque o CDC permite que sejam feitas, mas dentro dos

limites aceitáveis. Não se proibiu a remessa de correspondência para o local de trabalho do consumidor, mas não se pode interferir com o exercício das atividades profissionais. O Juiz deverá, assim, examinar cada caso em concreto para alcançar a repercussão da ação danosa.³

9. A repetição do indébito

Aproveitamos a ocasião, pois muito oportuna, para chamar a atenção dos Senhores quanto à extensão do parágrafo único do art. 42 que preceitua:

"Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição de indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo a hipótese de engano justificável."

É importante abordar que muitos consumidores, inadvertidamente, têm buscado indenizações correspondentes ao dobro do valor das cobranças indevidas sem que houvesse, na verdade, qualquer pagamento. A Lei, claramente, só prevê a possibilidade de repetição do indébito quando há o efetivo pagamento.

Alertamos, ainda, que o Colégio Recursal já decidiu no sentido de que o simples recebimento de correspondências de cobrança sem a ocorrência da negativação injusta, ou outra situação em desobediência ao art. 42 do CDC, não é suficiente para configurar a existência de danos morais.

Ademais, o simples aborrecimento do cotidiano, o mero contratempo, não pode ser confundido com o dano

³ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, 5ª Edição, Forense Universitária.

moral, sendo esse refletido na profunda dor interior que o ofendido sente quando atingidas a sua honra, imagem e dignidade.

10. Critério para a fixação da indenização

A lei, contudo, não estabeleceu qualquer critério objetivo para a fixação da indenização por danos morais. Deverá o magistrado, assim, arbitrar o *QUANTUM SATTIS* com a moderação exigida no exame de cada caso em concreto.

É certo que a indenização não poderá ser arbitrada de forma astronômica e indiscriminada, evitando-se o enriquecimento sem causa do ofendido, mas, também, não poderá ser fixada em valor ínfimo a ponto de ser insuficiente para reparar os danos sofridos pelo consumidor e funcionar como inibidor de futuras reincidências por parte do agressor, constituindo-se no efeito profilático e pedagógico da decisão.

11. Vício de qualidade

Vêm-se muito nos Juizados Especiais demandas objetivando a substituição do produto com vício de qualidade, ou mesmo a restituição da quantia paga com a devida atualização monetária ou abatimento proporcional do preço, nos termos do art. 18 do CDC.

Quando se fala em troca do produto surge sempre o seguinte questionamento: o consumidor terá sempre o direito à substituição do produto, restituição do que pagou ou abatimento no preço, independentemente do tempo de uso do bem quando ocorrer, por exemplo, um "defeito oculto"?

O § 3º do art. 26 do CDC dispõe: "§ 3º. *Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.*"

Está claro, segundo o art. 18 do CDC, que o consumidor, em regra, deverá solicitar que o defeito seja sanado no prazo de trinta dias. Em caso de o defeito persistir é que o consumidor poderá exigir, alternativamente, a substituição do produto, a restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço.

No § 2º existe a disciplina para a redução ou ampliação contratual da garantia legal, a qual não poderá ser inferior a sete ou superior a cento e oitenta dias.

Há de se esclarecer que existe a previsão, ainda, da garantia contratual que é complementar à legal, conforme se observa do art. 50 do CDC.

Para que a questão seja bem elucidada, destacamos as regras contidas no art. 26 do CDC.

Quando o defeito é de fácil constatação ou aparente, a questão se torna simples. Sendo o bem não durável, o direito de reclamar caduca em trinta dias. Tratando-se de bem durável o prazo se estende para noventa dias.

E se o defeito é oculto e aparece após cinco meses de uso do produto? Existem casos em que o defeito só se apresenta com três anos de uso do bem. O que fazer? Pela regra do art. 26, § 3º do CDC os prazos de trinta e noventa dias serão contados a partir do momento em que ficar evidenciado o defeito.

Entendemos, entretanto, que não foi intenção do legislador, ao prever a oportunidade de troca do produto, perpetuar tal possibilidade. É preciso que tenhamos o bom senso de aplicar com moderação a regra estampada no art. 18, § 1º do CDC, buscando sempre praticar a justiça e coibir os abusos praticados.

O magistrado deverá usar o bom senso para distinguir o que é durável e não durável, ante a omissão do legislador.

A questão levantada, contudo, ainda não foi resolvida, pois o legislador foi omissivo quando deixou de especificar até que momento se poderá aplicar a regra do art. 18, § 1º do CDC.

O bom senso e o equilíbrio nos indicam que a troca do produto viciado, a restituição da quantia paga ou o abatimento do preço só devem ser admitidos durante o prazo de garantia, seja essa legal ou contratual, sem esquecer dos prazos estampados no art. 26 do CDC.

É durante a garantia que o bem recebe o devido cuidado pelo consumidor, existe a previsão de sua manutenção pelo fabricante e, passado o período, só virá a deterioração do bem.

Não é justo, portanto, que o consumidor adquira um produto novo e, bem depois de vencida a garantia, venha pleitear a devolução da quantia paga, atualizada monetariamente.

Não se pode admitir que o consumidor, após utilizar o seu eletrodoméstico por, digamos, quatro anos e passado, e muito, o período de garantia venha a pleitear, sob o manto da existência de vício oculto, a restituição da quantia paga nos termos do art. 18 do CDC. São abusos como esse que devem ser coibidos.

12. Outras situações

Em várias outras situações o consumidor poderá reclamar perante os Juizados Especiais.

Dentre os casos temos, por exemplo, os pedidos de declaração de nulidade de contratos (desde que obedeci-

do o valor de alçada), as ações declaratórias de inexistência de dívida e os pedidos de rescisão contratual em face de descumprimento de cláusula (quando tiver por objeto coisa móvel).

Vale salientar que, dentro da competência em razão do valor da causa, sempre poderá o consumidor buscar a tutela dos Juizados, ressalvadas as situações em que a ação tiver um rito especial (como, v.g., a consignação em pagamento), haja a necessidade da realização de perícia técnica nos moldes dos arts. 420 e seguintes do CPC ou se faça necessária a antecipação dos efeitos da tutela (em obediência ao Ato 775/98 da Presidência do TJ/PE). Nos casos excepcionados o consumidor deverá ser encaminhado à Justiça Comum.

13. Conclusão

Durante toda a explanação, procuramos tratar das reclamações mais corriqueiras que o consumidor lesado propõe perante os Juizados Especiais.

Sabemos que estamos longe de exaurir a matéria que, além de nova, é extensa e cheia de surpresas. Todos os dias nos deparamos com as mais inusitadas situações.

Esperamos, no entanto, ter alcançado o objetivo principal deste I Encontro Estadual de Entidades de Defesa dos Direitos do Consumidor que, sem dúvida alguma, foi a troca de experiências.

Temos a absoluta certeza de que, após esta pequena jornada de estudos, estamos todos mais preparados para melhor atender ao consumidor do nosso Estado.

O grande desafio não é alcançar a perfeição, mas sedimentar o compromisso de todos nós para o engrandecimento dos Serviços Públicos.

TUTELA CAUTELAR & TUTELA ANTECIPATÓRIA: ELEMENTOS DE DISTINÇÃO

José Carlos Arruda Dantas

Procurador do Estado, Advogado, ex-aluno da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPÉ, pós-graduando em Processo Civil pela Faculdade de Direito do Recife Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

SUMÁRIO

1- Introdução. 2- Das medidas cautelares. 2.1- Caracteres do processo cautelar. 2.2- Pressupostos da cautelar. 3- Da antecipação de tutela. 3.1- Do objeto da antecipação. 3.2- A natureza jurídica da decisão que antecipa a tutela. 3.3- Pressupostos para concessão da antecipação da tutela. 3.4- Da iniciativa da parte. 3.5- Da prova inequívoca. 3.6- Do dano irreparável. 3.7- Do procedimento. 3.8- Da revogação e modificação da tutela antecipada. 3.9- Da execução da tutela antecipada. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Constitui objetivo deste artigo o cotejo de dois institutos: **antecipação da tutela** (criada pela lei n.º 8.952, de 13/12/94), e a **tutela cautelar**, inserta no livro III do Código de Processo Civil, cujos manejos se fazem cada vez mais frequentes.

Com a chamada "*crise do processo*" surgiu como necessidade imperativa a busca por mecanismos de agilização da prestação jurisdicional; e, particularmente, dos seus efeitos. Nessa busca, a sociedade moderna passou a discutir meios alternativos de solucionar seus conflitos, face à impossibilidade de o Estado, por si só, resolvê-los, tendo em vista a índole conservadora do processo, pondo em risco a segurança social e jurídica. Revigorando o di-

zer de Rui Barbosa de que: “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Lembramos, com base nas lições de Carnelutti, que “o tempo conspira contra o processo justo.” É o processo, enquanto instrumento da pacificação social, visa a cumprir o seu designio, de tal forma que torne rápida e efetiva a proteção requerida.

O processo se destina à reprodução, e subsequente solução da lide já posta e ocorrida. Assim, no intuito de agilizar a tutela jurisdicional, visto que até que tal reprodução ocorra o detentor do direito (interesse violado) poderá sofrer danos irreparáveis, tornando inócua a tutela pleiteada, ou postergando o exercício de um direito latente, o legislador ordinário introduziu na seara jurídica nacional o nável instituto da **antecipação de tutela**.

No afã de melhor expormos sobre o tema proposto, analisaremos os traços fundamentais de cada um desses institutos. Inicialmente, relembremos, em síntese apertada, as linhas basilares da tutela cautelar, para, posteriormente, adentrarmos na senda da antecipação da tutela com maiores detalhes.

2. Das medidas cautelares

A velocidade com que o Estado responde aos conflitos de interesses, qualificados por uma pretensão resistida, e que lhe são postos, sempre preocupou os juristas e o legislador.

Ao Estado, muitas vezes, não basta garantir a tutela jurídica, não basta assegurar o socorro ao processo mediante a ação; para assegurar o objetivo maior do processo que é a paz social, por intermédio da manutenção do império da lei, faz-se mister a proteção da futura efetividade

do processo. E, “se os órgãos jurisdicionais não contassem com um meio pronto e eficaz para assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estágio último da prestação jurisdicional, esta correria o risco de cair no vazio, ou de transformar-se em providência inócua”¹

Como instrumento hábil a tal conservação, as cautelares se revestem de caracteres próprios, os quais aligeiramente veremos.

2.1 Caracteres do processo cautelar

A mais importante de todas as características da cautelar é a sua **instrumentalidade**. Isso que dizer que ela não tem fim em si mesma; mas sim, em relação a uma providência definitiva, que há de sobrevir, e cujos efeitos previne, evitando o dano decorrente da demora na prestação jurisdicional.

A situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se reveste de caráter definitivo, destinando-se a durar por um curto espaço de tempo; a cautelar, portanto, surge com previsão de fim, e a este caráter denomina-se de **provisoriedade**.

A duração da medida, por conseguinte, é limitada por um período de tempo, compreendido entre a sua decretação e a superveniência posterior do provimento principal a absorvê-la ou substituí-la.

É por isso que se diz que a sentença do processo cautelar não faz coisa julgada material, evidenciando sua terceira característica, a **revogabilidade**. A decisão em sede de cautelar não examina o mérito “*causae*”; assim,

¹ In Humberto Theodoro Júnior, *Processo Cautelar*, 16 ed., LEUD, São Paulo, 1995, p. 41.

não se pode falar em *res judicata*, sendo alvo dos efeitos, ainda que por via transversa, da sentença meritória do feito principal.

Finalizando os caracteres desse instituto, destacam os doutos, sem embargo do carácter instrumental e de sua acessoriedade ao feito principal, a inegável **autonomia** técnica da cautelar, ou seja, é ela enquanto processo autônomo independente do processo principal.

2.2 Pressupostos da cautelar

A par desses elementos, encontramos os pressupostos autorizadores da concessão liminar: o *funus boni iuris* e o *periculum in mora*, para alguns o próprio mérito da cautelar.

Segundo a visão da doutrina mais atualizada, o fim do processo cautelar consiste em evitar, na medida do possível, qualquer alteração no equilíbrio do processo que possa resultar da demora da prestação jurisdicional.

Como meio para aquilatar a necessidade da concessão liminar da medida pretendida a *fumaça do bom direito* corresponde não propriamente à probabilidade de existência do direito material, pois qualquer exame a esse respeito só é próprio na ação principal, mas sim à verificação efetiva de que realmente a parte dispõe do direito de ação, direito ao processo principal a ser tutelado.

Presente tal requisito, pode o julgador examinar a segunda e última barreira à concessão liminar, o *periculum in mora*. Na avaliação de sua ocorrência, o dano deve ser provável, não bastando a simples probabilidade.

A probabilidade recai sobre o provável direito pedido na demanda principal. O magistrado verificará, no caso concreto, se a não concessão da medida efetivamente vi-

olará provável direito da parte, a acaso vencedora na demanda principal. Em sendo positiva a resposta, concederá *initio litis* a proteção pretendida, se outra melhor não se apresentar.

3. Da antecipação de tutela

A criação das cautelares, como processo autônomo preparatório da lide principal, ou, como medida incidental tomada no bojo do principal, em muito contribuiu para o resguardo da efetividade do processo. Contudo, o evoluir social fez surgir a necessidade de novas formas de solução dos conflitos; o resguardo da efetividade processual, mediante as cautelares, em muitos casos não mais era suficiente. Surgiu a necessidade de se antecipar o próprio direito pleiteado.

O Estado, ao assumir o compromisso de apreciar e, se for o caso, dispensar a proteção devida a toda e qualquer "*lesão ou ameaça a direito*" (inc. XXXV da CF), ora repara a lesão sofrida (tutela reparatória ou sancionatória), ora evita que tal lesão se manifeste (tutela preventiva). E, no exercício desse poder-dever (prestação da atividade jurisdicional) o Estado-juíz tem de se manifestar acerca da pretensão deduzida em juízo. Já a tutela jurídica consiste no deferimento de certa e determinada medida (bem da vida) fruto do direito de ação.

Recentemente vimos que, no afã de melhor prestar a tutela jurídica pleiteada pela parte, o legislador permitiu, mediante requerimento da parte ao juiz, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. Sem sombras de dúvida, pode-se afirmar que esse nóvel instituto deve revolucionar a maneira de prestar a tutela jurisdicional. No entanto, o seu manejo indis-

criminado como panacéia também pode torná-lo mais um instrumento do arbítrio desenfreado do julgador ou da litigância maquiavélica dos que postulam de olhos fechados e de ouvidos moucos, tanto para a ética de sua profissão quanto para o compromisso que têm com a ordem jurídica cuja efetivação pretendem (Calmon de Passos).

Deve-se destacar que a antiga controvérsia entre tutela cautelar e tutela satisfativa se tornou, após a alteração do art. 273 do CPC mais atual que nunca, apesar da mudança do enfoque, visto que anteriormente se debatia sobre a possibilidade de que o magistrado, baseado no disposto no art. 798 (poder geral de cautela), poderia conceder liminares satisfativas; agora, ao revés, se busca um critério para submeter a medida pleiteada aos auspícios do art. 273 ou do 798, ambos do CPC.

Cumpre destacar que:

*"A tutela jurídica não é algo deferível leviana ou arbitrariamente, por qualquer meio e em qualquer tempo, mas sim algo só atribuível a alguém se cumprido quando reclamado para se ter como atendidas as exigências básicas do devido processo legal, na espécie, vale dizer, tenham sido suficientemente atendidas as garantias do juiz natural, do contraditório, da publicidade, da fundamentação."*²

Portanto, sua concessão reclama o esgotamento das facilidades e poderes deferidos aos interessados, em determinado procedimento, ou seja, deve-se permitir que as partes envolvidas em conflito possam, em igualdades de condições, formular suas razões de ataque e defesa, utili-

zando os meios apropriados a fazer com que o prato da balança penda em seu favor; o que pode ser dito nestes termos: *a tutela jurídica é deferível com o trânsito em julgado da decisão.*

No dizer do mestre Calmon de Passos:

*"Dentre as modificações que a lei n.º 8.952, de 13.12.1994, introduziu no CPC, nenhuma se reveste de maior relevância que a disciplinada com a nova redação que se deu ao seu art. 273. Prevê-se, agora, a possibilidade de antecipação da tutela em qualquer procedimento, o que significa obter-se decisão de mérito provisoriamente executável, mesmo antes de cumpridos todos os trâmites do procedimento que a ensejara em condições normais, isto é, se ausentes os pressupostos autorizadores da antecipação"*³

Quanto ao exame comparativo das medidas cautelares e da antecipação de tutela, ponto central desse pequeno artigo, cristalinas são as letras de Calmon de Passos:

"...Na providência cautelar o que se pretende do juiz é o deferimento de uma medida que resguarde a futura eficácia da tutela que tem um alto grau de probabilidade vir a ser deferida em carácter definitivo. Não pretendemos do magistrado que nos antecipe a tutela. Dele postulamos que determine uma medida que nos assegure venhamos a usufruir, no futuro, a tutela que postulamos, quando for deferida em carácter definitivo. A lei põe expressamente os pressupostos que tanto autorizam e só em face deles é deferível qualquer providência cautelar.

² Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8 ed., Vol. I, Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 14.

³ Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8 ed., Vol. II, Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 9.

Se, por acaso, a única medida deferível para segurança da futura eficácia equívale à antecipação, provisoriamente, de algum ou alguns efeitos da futura tutela, isso não transforma a cautelar em antecipação da tutela, nem coloca numa espécie 'privilegiada' de cautelar satisfativa, equívoco pelo qual temos pago um alto preço."

A antecipação da tutela é outra coisa bem diversa. Não se coloca em jogo o risco da ineficácia da futura tutela. O que se quer é o benefício de sua antecipação, consequentemente, dos efeitos de que se revestirá, antes de ocorrer o trânsito em julgado da decisão que postulamos em carácter definitivo. Tanto podemos pedir antecipação da tutela material quanto da processual. Pouco importa. Se o que só seria deferível com a preclusão máxima é adiantado, há antecipação de tutela.

*"O direito brasileiro sempre conheceu essa figuras e disciplinou-as em suas leis. Há liminares de direito material (nas possessórias) e cautelares (no mandado de segurança e nas próprias medidas cautelares), como há antecipação de tutela liminar (nas possessórias) e antecipação de tutela sem natureza liminar (os efeitos constitutivos da sentença de interdição ou da sentença do primeiro grau na ação de apropriação). Seria, portanto, para insensatez vir o legislador a disciplinar o instituto que denominou de antecipação de tutela, se apenas estivesse redundantemente repisando o que já cuidara satisfatoriamente."*⁴

Nesse nosso átrio inicial, percebemos o abismo a separar os institutos em comento, o qual se torna maior à medida que analisamos os requisitos autorizadores da antecipação de tutela, em cotejo com os da cautelar.

No dizer de Luiz Guilherme Marioni em sua obra:

*"Tutela cautelar e tutela antecipatória"; "a sentença cautelar, realmente, não pode antecipar os feitos próprios da sentença do processo principal. Deveras, como escreveu Donald Armelím, uma das formas de distorção de uso da tutela cautelar, verifica-se sempre que se dá ao resultado de uma prestação de tutela jurisdicional cautelar uma satisfatividade que não pode ter."*⁵

Aliás, destaca esse autor que *"É imprescindível que a tutela não satisfaça a pretensão própria do processo principal para que possa a mesma adquirir o perfil da cautelar"*⁶.

No dizer do mestre **Ovidio Baptista da Silva** em seu comentário ao CPC: *"As medidas propriamente cautelares enquanto tutelam penas de segurança limitam-se a 'assegurar a possibilidade de realização', para o caso de vir a sentença final a reconhecer a procedência da pretensão assegurada."*⁷

As medidas que antecipam provisoriamente os efeitos da tutela definitiva seriam inseridas no círculo cautelar conforme a lição de CALAMANDREI:

⁴ apud Reis Freis, *Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar* (À luz da denominada reforma do Código de Processo Civil): 2 ed., Livraria Del Rey, Belo Horizonte, 1998, p. 2930.

⁵ apud Reis Freis, *Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar* (À luz da denominada reforma do Código de Processo Civil): 2 ed., Livraria Del Rey, Belo Horizonte, 1998, p. 31.

⁶ apud Reis Freis, *Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar* (À luz da denominada reforma do Código de Processo Civil): 2 ed., Livraria Del Rey, Belo Horizonte, 1998, p. 31.

⁷ Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8 ed., Vol. II, Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 19.

"A tutela antecipada, no fundo, é uma espécie de medida liminar, que poderá ser pedida em qualquer ação, assemelhando-se a uma medida cautelar, certo, entretanto, que esta não pode antecipar a prestação jurisdicional pleiteada no processo principal (CPC, artigos 796 e segs.) e só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, será concedida sem audiência das partes (CPC, art. 797)."⁸

No entanto, em que pese esse traço comum, não se pode fugir da brandante diferença existente entre a antecipação da tutela e a cautelar. A medida ou o processo cautelar, face a sua autonomia em relação ao feito principal, visa apenas a assegurar a sobrevivência do direito em litígio até sua futura declaração de existência ou sua execução, bem como da flagrante impossibilidade, como regra, de "satisfação provisória".

Seguindo o pensar de Calmon de Passos, destaca Reis Freis:

"A tutela antecipatória, diferentemente, pois da tutela de segurança cautelar, alude necessariamente a uma jurisdição propriamente considerada (jurisdição de conhecimento) e a uma efetiva lide de natureza meritória. A tutela antecipatória ou antecipação de tutela é, portanto, sempre satisfativa do direito reclamado, especialmente quando este mesmo direito é evidenciável *prima facie* sem a necessidade de se proceder a uma instrução probatória tradicional."⁹

3.1 Do objeto da antecipação

À luz do dispositivo 273 do CPC, o objeto da antecipação da tutela se adscreverá ao pedido formulado na inicial (ou seja, o pedido antecipatório deverá aguardar sintonia com o pedido de mérito da demanda), diversamente do da cautelar que visa a resguardar a efetividade da prestação jurisdicional.

A título de exemplo colacionamos a lição do professor ARAKEN DE ASSIS se:

"na inicial da ação o autor pleiteou a condenação da seguradora em certa quantia, inferior ao valor da apólice (art. 275, II, e) e, portanto, é inadmissível o juiz, à guisa da antecipação da tutela, deliberar além daquela quantia (extra petita). A única margem de discricão, neste ponto, consiste em antecipar parcialmente a quantia pleiteada, porque tal medida basta à erradicação do dano de difícil reparação (art. 273, I) Em equívoco mais grave incorreria o juiz, neste exemplo, caso determinasse o depósito da quantia (ultra petita), ao invés de antecipar o efeito da condenação, que é a constituição do título executivo."¹⁰

Os limites da antecipação de tutela cingem-se à futura sentença mérito, projetada pelo pedido formulado na inicial (arts. 128, 460); logo, os limites da antecipação se relacionam com as eficácias da ação material.

⁸ Velloso, Min. Carlos Mário da Silva. Liminares e tutela antecipada. *Revista de Procuradoria Geral do INSS*, p. 13.

⁹ Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar" (À luz da denominada reforma do Código de Processo Civil). 2 ed., Livraria Del Rey, Belo Horizonte, 1999, p. 39/40.

¹⁰ Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. *Antecipação de tutela. Revista dos Tribunais*, 1997 p. 19.

3.2 A natureza jurídica da decisão que antecipa a tutela

Qual seria a natureza jurídica deste ato antecipatório (sentença ou decisão interlocutória)?

O conteúdo, na prática, da decisão que concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que no futuro se espera, podendo levar à conclusão de que se trataria de sentença. No entanto, em que pese o seu conteúdo, sob prisma adotado pelo nosso Código de Processo vigente (art. 162, § 1º) só se pode chamar de sentença o ato judicial que põe fim ao feito, adentrando ou não na senda meritória. Assim, o ato judicial (despacho *latu sensu*) concessivo ou negativo da antecipação caracteriza-se, consoante a exata definição do art. 162, § 2, como decisão não terminativa ou incidente (interlocutória) a desafiar o recurso de agravo.

Com lastro em tudo até aqui dito podemos concluir que toda apreciação feita quando houver pedido de tutela antecipada será de cognição sumária, isso porque a cognição será superficial, menos aprofundada no aspecto da verticalidade; e que, a tutela que satisfaz antecipadamente o direito não é cautelar, porque nada assegura ou acautela. Vale lembrar que a tutela cautelar supõe um direito acautelado ou protegido.

Assim, a decisão antecipatória não tem por fim assegurar o resultado útil do processo, já o que o resultado útil do processo ocorre exatamente no instante em que a antecipação é deferida.

3.3 Pressupostos para concessão da antecipação da tutela

O artigo 273 estabelece pressupostos para concessão da antecipação da tutela que podem ser classificados como pressupostos processuais e pressupostos materiais.

Constituem pressupostos substanciais a "evidência" e a "periclitación do direito objeto da ação" e processuais a "prova inequívoca condicente à comprovação da verossimilhança da alegação" e "o requerimento da parte"

Ou dito de outra forma, o dispositivo impõe a existência de pressupostos/requisitos positivos negativos à concessão da antecipação da tutela. Aqueles compreendem os seguintes pressupostos:

- a) requerimento da parte;
- b) existência de prova inequívoca;
- c) verossimilhança da alegação;
- d¹) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou alternativamente,
- d²) abuso no direito de defesa ou manifesto propósito protelatório.

Além disso, é indispensável que não se configure o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (art. 273, §2º). A denegação do pleito é sempre obrigatória quando se verificarem irreversíveis os efeitos do deferimento. Nesse particular o legislador não se desgarrou da regra técnica da cautelar. Assim, toda vez que o direito objeto da demanda submeter-se a risco de dano irreparável ou de difícil reparação, veda-se ao magistrado conceder a antecipação.

No entanto, ambos os conceitos devem ser analisados à luz da pretensão de direito material da parte requerente e do princípio da especificidade, segundo o qual o ordenamento deve dar aquilo que ele obterá se a conduta devida fosse voluntariamente cumprida pelo devedor, em prol do prestígio do Poder Judiciário como atuante substitutivo do comportamento devido pelas partes, devendo

evitar que o credor sinta os efeitos do inadimplemento, aqui considerado como "lesão" *in genere* do direito do autor.

3.4 Da iniciativa da parte

A requerimento da parte o juiz poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial (art. 273, *caput*, primeira parte). A dicção legal não oferece dúvidas, tão pouco abre exceção. Assim, somente a parte poderá pleitear a antecipação não podendo o juiz deferi-la de ofício. A decisão de antecipação da tutela, dentre outros requisitos, está condicionada, de modo absoluto, ao pedido da parte, excluindo a iniciativa do próprio órgão jurisdicional, situado o pleito na área privada, pelo princípio dispositivo (art. 262) à parte.

O autor que originalmente formulou a pretensão em juízo poderá pedir a antecipação e com ele também estão legitimados os terceiros que atuam *ad codjuvandum tantum*, o ministério público, o assistente, bem como o réu, na hipótese de ter formulado contra pedido (pedido contraposto) ou reconvinado, ou seja, todo aquele que tenha formulado pedido tem legitimidade à postular tal providência.¹¹

Se a exigência do pedido da parte ganha força no que toca aos direitos disponíveis, revela-se tênue quanto aos indisponíveis, onde o magistrado atuaria com necessária liberdade, afastando-se dos mais modernos postulados da efetividade do processo. Quiçá tal agir deu-se pelo uso promíscuo das providências cautelares.

O pedido deve ser dirigido ao juiz competente para

¹¹ Cumpre lembrar que em sede pura e simples de contestação o réu não formaliza nenhum pedido apenas opõe-se ao pleito do autor.

dirimir a questão de mérito. Assim, estando a causa em segundo grau o relator será competente para decidir sobre eventual pedido de antecipação.

Nesse diapasão, é que surge a necessidade de melhor distingui-lo das cautelares, afastando o manejo indiscriminado de um, como sucedâneo do outro.

De logo, vale lembrar que o manejo equivocado da antecipação de tutela ao invés de uma cautelar em nada prejudica o direito da parte, visto que dentro do poder geral de cautela (art. 798 do CPC) o julgador pode deferir diversamente do que lhe foi posto, sempre que houver fundado receio de que haja lesão grave e de difícil reparação. Ao revés, o inverso não é verdadeiro, tendo em visto que o magistrado não pode *ex officio* converter o pedido equivocado de medida cautelar em antecipação de tutela, ante a ausência de autorização para que dessa última conheça de ofício, evidenciando a importância prática da identificação dos traços distintivos de tais institutos.

Quanto ao exame da expressão "poderá" surge a seguinte questão: constituiria ato discricionário do magistrado a verificação dos pressupostos autorizadores ou seria ato vinculado? Igual celeuma surgiu quando do advento das cautelares, e em sede de mandado de segurança, a respeito da concessão de liminar.

A doutrina anterior pendeu pela natureza discricionária do ato; mas modernamente, os doutos têm concluído que se a lei põe os requisitos de seu deferimento, cria em favor da parte o direito de obtê-la, donde carece toda e qualquer justificativa falar-se em discricionariedade.

Advirá, portanto, da interpretação autêntica dos tribunais que uma vez preenchidos os requisitos da concessão constitui "direito da parte" a concessão da medida antecipatória, tal como ocorre nas possessórias e demais

procedimentos onde vem prevista a concessão das liminares antecipatórias dos efeitos do provimento final.

Ademais, não se trata de ato discricionário, visto que a discricionariedade consiste em adotar uma das diversas hipóteses legais legalmente autorizadas. Mas sim, de ato vinculado do juiz, dotado de certo grau de subjetividade, pois um julgador pode não vislumbrar num suporte fático a existência dos requisitos, devendo a parte prejudicada provocar o aparelhamento jurisdicional contra tal medida (agravo), no afã de resguardar seus interesses.

3.5 Da prova inequívoca

Pressuposto comum, para a concessão da antecipação da tutela, pois presente em conjunto com todos os demais é a prova inequívoca, o lastro do exame perfunctório que fará o juiz.

A função principal do processo é propiciar a verificação dos fatos, os quais ocorrerem antes e fora dos autos do processo, para que, em cima deles, forme o magistrado o seu convencimento (princípio da legalidade) fundamentado. O convencimento, como destaca Calmon de Passos, pode formar-se em três níveis: **o da certeza**, raro e geralmente deriva de uma presunção absoluta, de uma evidência, da impossibilidade do contrário, da confissão, etc.; **o da dúvida**, quando ausente fundamentação para que o magistrado aceite qualquer das versões expostas; e **o da probabilidade**, o qual não é mero 'palpite', mas sim fruto do exame dos elementos constantes nos autos, que o autorizam como conclusão evidente.

A idéia central do dispositivo legal em exame é demonstrar a expressiva evidência do direito do autor, isto é, que seja verossímil a alegação, de tal maneira que a

defesa é apenas abusiva ou protelatória, com o escopo de postergar a satisfação dos interesses do titular do direito líquido e certo.

Reclama prova inequívoca da verossimilhança da legação e "periclitación do direito" ou "direito evidente", caracterizado pelo "abuso do direito de defesa" ou "manifesto propósito protelatório do réu".

A melhor maneira, talvez, de identificar o abuso de direito seja dizer-se que ele ocorre quando se exercita, além do limite necessário, o direito que se tem, ou quando esse exercício objetiva não alcançar a tutela que a ele se associa e é devida a seu titular, mas sim outro fim, mesmo que seja lícito ou moralmente justificável. Todo desvio da finalidade é um abuso.

Quando são inconsistentes as alegações de fato e as de direito, isto é, incapazes de tornar o fato contravertido (objeto da prova) ou representativo, em matéria de direito, daquele erro inescusável.

*"Protelatório é tudo que retarda, sem razão atendível, o andamento do feito. Esse intuito é manifesto quando desprovido o ato, tido como protelatório, de justificação razoável, vale dizer, quando dele não poderá resultar proveito processual lícito para o interessado em sua prática."*¹²

Já prova inequívoca é a do fato título da demanda (causa de pedir) que alicerça a tutela (pedido) que se quer antecipar. Exigir que ela seja capaz de reduzir a zero a margem de erro, que gravita em torno da tutela antecipada imediata, é simplesmente impossível. Contudo, exigir

¹² Calmon de Passos, Comentários ao Código de Processo Civil, II ed., Vol. II, Forense, Rio de Janeiro, 1998, p.33

que ainda que perfunctoriamente o juiz conheça da defesa do réu para concluir pela inconsistência desta frente ao direito do autor, como regra de ordem prática, é de todo cabível. Entretanto, não se pode afastar, como aqui não se faz, a possibilidade de o juiz verificar a ausência de oposição séria à luz de comunicações formais trocadas entre os contendores, como cartas, notificações, etc., possibilitando a concessão *initio litis* da medida.

Há uma patente contradição entre os termos “*prova inequívoca*” e “*verossimilhança*”, na medida em que aquela conduz à certeza e essa não. No entanto, tal não ocorre visto que o legislador em verdade adaptou-se à “*lógica do razoável*”.

“A prova, como via de regra, demonstra o “provável”, a “verossimilhança”, nunca a verdade plena que compõe o mundo da realidade fenomênica. Os fatos em si não mudam, porque a prova realiza-se num sentido diverso daquele que a realidade indica. Ora, se assim o é e se o legislador não se utiliza inutilmente de expressões, a exegese imposta é a de que ‘prova inequívoca’ para concessão da tutela antecipada é alma gêmea da prova do direito líquido e certo para a concessão do mandamus. É a prova extreme de dúvidas, aquela cuja produção não deixa ao juízo outra alternativa senão a concessão da tutela antecipada.”¹³

Adverte-se que a prova inequívoca pode vir revelar-se mediante direitos ou fatos evidentes (já provados), isto é, em fatos notórios, incontroversos ou confessados noutro feito entre as partes, bem como aquela fundada em

presunção “*jure et de jure*”, haja vista a que a presunção “*juris tantum*”, por sua própria natureza, admite prova em contrário não sendo por isso prova inequívoca. Portanto, essa prova há de ser pré-constituída se os autores desejam obter *initio litis* a concessão da medida, ou constituída no curso do processo através de justificação ou antecipação da fase probatória.

Caberá ao juiz verificar e aquilatar a prova inequívoca diante do confronto com a urgência requerida, comportando um juízo de probabilidade que o autorizará a conceder ou não a medida.

“Outro equívoco será pretender equiparar a verossimilhança aqui exigida com a probabilidade ou plausibilidade reclamada para fins de deferimento de medida cautelar. Sem dúvida que, em abstrato, plausível e verossímil são sinônimos perfeitos. Quando se fala em plausível, em matéria cautelar, atenta-se para probabilidade de que a futura tutela reclamada seja deferível no caso concreto. Aqui, na antecipação de tutela disciplinada pelo art. 273 do CPC, a probabilidade é referida à verdade dos fatos narrados pelo autor e objeto de verificação no processo. Daí porque, ali, se atenta para a futura tutela, e adota-se providência que assegura, caso procedente o pedido, seja ele efetivável, com satisfação do devedor (autor ou réu); aqui, permite-se, de logo, o deferimento do bem da vida reclamado, ainda que em caráter provisório, porque os fatos alegados e provados pelo autor são acreditáveis, têm probabilidade de ser verdadeiros. Plausível está mais próximo de probabilidade, de futuro verossímil, de verdade, de presente. Na cautelar, o que se pondera como dotado de alta probabilidade é a futura procedência do pedido no processo principal; aqui, na

¹³Luis Alcega Sánchez, *Nueva filosofía de la interpretación*, 1960, p. 277.

antecipação, o que se pondera como dotada de alta probabilidade é a acolhida da prova produzida pelo autor para lhe assegurar seja deferida, já, no processo, a tutela pretendida. Na cautelar, previne-se o futuro. Na antecipação, privilegia-se o presente."¹⁴

Assim, se há ainda provas a produzir, inexistente prova inequívoca autorizadora da antecipação. Não se antecipa tutela insuscetível de ser deferida em carácter definitivo, com a sentença sobre o mérito.

3.6 Do dano irreparável

O esvaziamento da utilidade da decisão vitoriosa revela um dano irreparável, que deve ser abalizado em plano muito anterior ao da visualização da possibilidade de se converter em perdas e danos a não satisfação voluntária pelo devedor de sua obrigação. O dano irreparável, nesse sentido, manifestar-se-á, na impossibilidade de cumprimento da obrigação mais tarde ou na própria inutilidade da concessão da vitória, salvo se antecipadamente.

Numa expressão muito própria *Barbosa Moreira* citado por *Luiz Fux* destaca que algumas indenizações constituem verdadeiros "prêmios de consolação"¹⁵, numa alusão à ineficácia da resposta judicial diante da lesão.

Comparando o dano exigível na cautelar com o da antecipação, destacamos que na antecipação, o juiz analisa a necessidade de ser executada, de logo, provisoriamente, a decisão de mérito, que proferiu ou vai proferir,

em condições normais, sem aptidão para constituir-se título legitimador de execução provisória do julgado. Por isso mesmo, na cautelar exige-se ato da aparte e que dele derive o risco do dano, ao passo que na antecipação isso é de todo irrelevante, devendo o magistrado considerar apenas a necessidade de antecipar da eficácia do julgado porque, se não deferida ocorrerão, para o requerente, danos que não serão eliminados se a antecipação não houver, independente de ato da parte adversa.

Doutra sorte não se pode pré definir o que é ou não reparável. "Assim, a entrega de um imóvel pode ser premente para aquele adquirente que comprou um bem desfazendo-se dos demais que lhe pertenciam e não tem onde residir com a família. Entretanto, um determinado credor pode aguardar o pagamento de direitos autorais diante da inegável solvibilidade do devedor e de sua própria resistência econômico-financeira. No primeiro caso há potencialidade de dano irreparável e no segundo não."¹⁶

Merece destaque que é sempre irreparável para o credor não obter através da "justiça" aquilo que ele obteria se houvesse o cumprimento espontâneo do direito.

*"E que não se atentou para o fato de que, na grande maioria dos casos da prática judiciária, as situações de urgência que reclamam a antecipação de tutela geram, inexoravelmente, situações irreversíveis, porque encerram casos em que a satisfação deve ser imediata, como, v. g., aquela em que é autorizada uma viagem, ou uma cirurgia, ou uma inscrição imediata em concurso, etc."*¹⁷

¹⁴ Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8 ed., Vol. II, Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 25/26.

¹⁵ Luiz Fux, *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência* (Fundamentos da tutela antecipada), Saraiva, São Paulo, 1999, p. 345.

¹⁶ Luiz Fux, *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência* (Fundamentos da tutela antecipada), Saraiva, São Paulo, 1999, p. 346.

¹⁷ Luiz Fux, *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência* (Fundamentos da tutela antecipada), Saraiva, São Paulo, 1999, p. 329.

3.7 Do procedimento

Não exigiu o legislador forma especial para que a parte possa pleitear a antecipação da tutela, podendo ser feita por simples petição em qualquer fase processual; não há prazo assinado à postulação, nem poderia haver, sob pena de igualar as heterogeneidades das situações fáticas, ditames da necessidade ou não da antecipação ou da medida cautelar. Mas, por lógica, deve sê-lo antes do provimento jurisdicional definitivo, para que não perca a característica de antecipatória.

O requerimento será feito nos próprios autos do processo, sem abertura de autos em apenso¹⁸. No entanto, em regra, o magistrado não deverá conceder tal medida sem a audiência do réu, ou pelo menos da abertura de prazo para defesa.

Em regra, sua postulação dar-se-á em sede de inicial, mas nada obsta que o pedido antecipatório venha a ser feito posteriormente, quando já em curso a demanda. Aliás, somente após o encerramento da fase postulatória, com a resposta do réu, se conceberá o abuso no direito de defesa. (art., 273, II do CPC).

No entanto, *haverá um termo final para a prestação da tutela antecipatória?*

Parte de nossa doutrina entende que o termo final seria o trânsito em julgado da decisão. Para Luiz Lux o magistrado pode em sede de sentença antecipar a tutela requerida. Assim, para esse autor:

"Indeferida a tutela antecipada initio litis, impõe-se saber se ao juiz é lícito, ao decidir a causa, antecipar

esse efeitos pendente o litígio de recurso. Entendemos que sim, porque a própria lei dispõe que 'concedida a tutela o processo prosseguirá a té final julgamento'. Logo, ainda que o juiz não tenha deferido no curso do processo a tutela antecipada, nada obsta que o faça quando da sentença porque, para ele, a aprova inequívoca pode ter sido apresentada apenas na fase de julgamento, revelando-se injusto a parte aguardar o julgamento do recurso recebido no duplo efeito."¹⁹

Isso se dá porque ao exarar sua sentença de mérito o juiz encerra sua atividade no feito, não mais, em regra, nele podendo inovar, dando por cumprida sua função jurisdicional. (art. 463, "caput"). Não há o encerramento do processo, mas sim a superação de sua fase decisória e o início de sua fase recursal, prosseguindo o processo até final julgamento, que se dá com o trânsito em julgado do "decisum".

No entanto, a maioria tende por concluir que o "dies ad quem" é o encerramento da fase instrutória.

Para eles, e para mim, finda a fase instrutória, com a coleta das provas, é defeso ao juiz antecipar a tutela ainda que o receio de dano ou o abuso do réu apareçam nesta oportunidade.

Isto se dá, porque o pedido antecipatório lastreia-se em um juízo de verossimilhança e esgotada a fase probatória nasce a certeza jurídica, ultrapassando a singela plausibilidade, adentrando o julgador agora na fase decisória, proferindo sentença e nada mais antecipando.

Portanto, a antecipação é um provimento anterior à sentença, no procedimento e no tempo, tanto que o pro-

¹⁸ Há voz na doutrina, como a de Calmon de Passos, que entendem necessária a formação de autos em apenso.

¹⁹ Luiz Lux, *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência* (Fundamentos da tutela antecipada), Saraiva, São Paulo, 1998, p. 355.

cesso prosseguirá até final julgamento; é o teor do art. 273, § 5 do CPC.

A antecipação em sede de sentença, face à preservação do efeito suspensivo ao recurso apelatório, tornaria inócua a eventual disposição antecipatória. Além de constituir verdadeira burla à lei, investindo-se o magistrado concedente de função legiferante que não o tem. Igualmente, antecipar o juiz antes da sentença, mas finda a fase instrutória, em ato apenas formalmente autônomo, é reprovável burla à lei.

3.8 Da revogação e modificação da tutela antecipada

A tutela poderá ser *revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada* (art. 273, § 4) para o magistrado revogar ou modificar a providência antes deferida; evidentemente há de surgir fato novo, pois é manifesta a incontinência de o juiz, a seu talante e em conformidade com os humores do momento, conceder o bem da vida para retirá-lo logo depois, ou vice-versa. (DINAMARCO).

3.9 Da execução da tutela antecipada.

O caráter da antecipação é emprestar eficácia executória ao ato que a concede. Sobre ela incidirão as normas concernentes à execução provisória da sentença, tal é assim, tendo em vista o seu caráter ainda provisório. Por conseguinte, sempre que se fizer necessário, deverá haver a prestação de caução idônea; bem como é defeso a prática de atos que impliquem alienação de domínio.

Isso se dá, porque esta fase processual não pode alcançar ares de irreversibilidade. Assim, a efetivação da

medida não pode implicar levantamento de dinheiro sem caução idônea, ou seja, que torne impossível a volta ao *Status quo ante*.

Não resta dúvida de que é cabível a antecipação de tutela nas obrigações de fazer e de não fazer. Há obrigações de fazer e de não fazer cujo descumprimento torna um eventual provimento judicial tardio e inoperante, revelando-se de extrema importância prática a tutela antecipada também nesse campo.

Para as hipótese de infungibilidade da prestação (prestação *intuito personae*) admitiu a lei a multa diária (*astreintes*) ao réu pelo descumprimento da medida antecipativa, até a satisfação da obrigação determinada, como meio eficaz de persuasão com o fito de vencer a recalcitrância do sucumbente na "parte mais sensível do corpo humano": o bolso.

Vale destacar que essa multa pode ser reduzida, desde que ineficiente, ou excessiva, como afirma o parágrafo único do art. 644 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe deu a lei n.º 8.953/94.

Em fecho, esperamos, ainda que de forma precária, ter contribuído senão para a delimitação das fronteiras desses institutos, ao menos no fomento ao seu exame pelos operadores do direito.

Referências bibliográficas

- ALVIM WAMBIER, Coordenação Teresa Arruda. *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. Revista dos tribunais, 1997.
- FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (Fundamentos da tutela antecipada)*. Saraiva, São

Paulo, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, Liber Juris. 1974.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8 ed., Vol. II., Forense. Rio de Janeiro, 1998.

REIS, Friede. *Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar* (À luz da denominada reforma do Código de Processo Civil). 2 ed., Livraria Del Rey. Belo Horizonte, 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto, *Processo Cautelar*, 16 ed., LEUD. São Paulo 1995

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Luminares e tutela antecipada*, Revista da Procuradoria Geral do INSS, p. 13.

A INTERVENÇÃO DO AGENTE PÚBLICO NA AÇÃO PARA RESSARCIMENTO DE DANOS MOVIDA PELO ADMINISTRADO EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO OU DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Marcílio Florêncio Mata

Juiz do Trabalho, Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento de Salgueiro, professor da ESMATRAW e mestrando em direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

SUMÁRIO

1- Introdução. 2- A responsabilidade da administração pública e da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público por ato praticado por seu agente; determinação do conteúdo. 3- Responsabilidade subjetiva do agente causador do dano e possibilidade da ação do administrado em face do referido agente. 4- A intervenção do agente público na ação movida em face da administração ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público; fundamentos da intervenção de terceiro no processo, os princípios do limite subjetivo da coisa julgada e da economia processual e a questão do objeto de investigação probatória como óbice à intervenção do terceiro. 5- A assistência. 6- A denúncia da lide. 7- Conclusões. 8- Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Constituição da República proclamou, como uma das conquistas da cidadania, a responsabilidade objetiva do ente público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, pelos danos que seus

agentes, nessa qualidade, causarem a terceiro, reservando, aos referidos entes e pessoas oneradas, o manejo de ação regressiva contra o agente que houver atuado com dolo ou culpa - art. 37, § 6^o.

Nos propomos a discutir, nesse trabalho, a oportunidade da intervenção do agente público no processo que o terceiro maneja contra a administração para a obtenção da indenização pelo prejuízo sofrido.

A atividade estatal de composição de conflitos de interesses destina-se, quase que exclusivamente, aos que figuram na relação jurídica acertada pela sentença proferida pelo órgão jurisdicional. Não poderia ser diferente, vez que as partes no processo de composição de conflitos são identificadas pela titularidade do direito de invocação da atividade jurisdicional que, por sua vez, não é prestada sem provocação.

De igual modo considerável, por relevante, que os mecanismos de afirmação do direito em juízo se destinam aos que se encontram integrando a relação da qual decorrerá a composição do conflito. Aos presos à relação processual se proporciona, constitucionalmente, "o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a eles inerentes".

Como consectário da restrição da influência da atividade jurisdicional aos que figuram no processo como partes, temos a regra do art. 472 do código de processo civil: "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros". O dispositivo destaca os limites subjetivos da coisa julgada, a extensão subjetiva do comando judicial vez que, não há de se olvidar, a sentença é a lei do caso concreto, a afirmação do direito aplicável à questão submetida à apreciação do Estado.

Não obstante a previsão de limite subjetivo da coisa julgada, pode ocorrer de o comando sentencial, extrapolando os limites previstos, vir a atingir interesse de terceiro estranho à relação processual. Essa possibilidade é a justificativa para a consagração legal da intervenção de terceiros no processo, em especial pela forma de assistência.

Destacamos, inicialmente, nesse trabalho, o cabimento de intervenção de terceiro, considerando a delimitação do objeto da ação promovida pelo particular, vez que na ação movida pelo terceiro em face da administração não se discute o dolo ou culpa do agente público, posto que essa ação deve se circunscrever à análise da ocorrência de dano contra o terceiro e a sua autoria, ou seja, se ao particular se impôs dano em vista de ato do agente público atuando nessa qualidade.

Ultrapassado o primeiro obstáculo, nos ocupará a identificação das formas de intervenção catalogadas no Diploma Processual Civil e seu cabimento na hipótese. A resposta a essa indagação impescinde do estudo da natureza, finalidade e disciplinamento das formas de intervenção arroladas no livro I do Código de Processo Civil, em especial.

2. A responsabilidade da Administração e da pessoa jurídica de direito privado exploradora de serviço público por ato praticado por seu agente: determinação do conteúdo

A responsabilidade civil da administração pública e da pessoa jurídica prestadora de serviços públicos por atos praticados por seus agentes, atuando nessa condição ou qualidade, consiste na imposição, através do ordenamen-

to jurídico, à Fazenda Pública e à pessoa jurídica de direito privado, da obrigação de compor o dano causado ao administrado.

Quanto à responsabilidade civil no caso, a nossa constituição dispõe no § 6º do art. 37 que: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

De acordo com esse dispositivo constitucional, podemos verificar que a nossa Magna Carta adotou para a hipótese a teoria objetiva, segundo a qual a responsabilidade de indenizar o dano causado emerge, não da culpa, mas da prova do nexo de causalidade existente entre a conduta do agente e o dano. Nessa teoria, a idéia de culpa é substituída pelo nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado, sendo indiferente que o serviço tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular, para surgir o dever de reparar.

Destacando a responsabilidade da Administração, observa Hely Lopes Meirelles (Meirelles: 1992/553), que a teoria objetiva funda-se na possibilidade de a atividade pública proporcionar dano a um determinado membro da coletividade, impondo-lhe uma situação não suportada pelos demais membros, circunstância que legitima a recomposição do *status quo ante* do administrado através da coletividade representada pela Fazenda Pública.

Conforme prevê o dispositivo constitucional, não só as pessoas jurídicas de direito público, como também as pessoas jurídicas de direito privado têm essa responsabilidade objetiva quando forem prestadoras de serviços

públicos, quer seja por concessão ou permissão. E de acordo com o melhor entendimento doutrinário e jurisprudencial, a pessoa jurídica de direito público outorgante da concessão ou permissão tem responsabilidade subsidiária quando o patrimônio dessas pessoas não for suficiente para reparar o prejuízo causado ao lesado.

Portanto, consoante preconizado na Constituição da República, a responsabilidade da Administração Pública e das concessionárias ou permissionárias de serviço público é objetiva, de modo que se um agente, agindo em nome da Administração, do concessionário ou permissionário, vier a praticar um ato que venha a causar prejuízo ao administrado, a Administração, concessionário ou permissionário terá a obrigação de reparar esse dano, independentemente da existência de culpa do seu agente e dos limites em que atuou. Só se indagará da culpa desse para que o Poder Público e a pessoa jurídica de direito privado possam exercer o seu direito de regresso contra o mesmo. Há, portanto, duas regras previstas constitucionalmente, as quais são as da responsabilidade objetiva do Estado e pessoa jurídica de direito privado e da responsabilidade subjetiva do agente em relação à Administração ou pessoa de direito privado prestadora de serviço público.

3. Responsabilidade subjetiva do agente causador do dano e possibilidade de ação do administrado em face do referido agente

Embora a responsabilidade civil da Administração Pública e concessionário ou permissionário, perante o lesionado, seja objetiva, uma vez que terá a obrigação de indenizar independentemente da existência ou não de

culpa por parte de seu agente causador do dano, esse tem responsabilidade subjetiva, que se apura pelos critérios gerais do Código Civil. Desse modo, a Administração Pública ou pessoa jurídica de direito privado, condenada a indenizar a vítima, só poderá exercer o seu direito de regresso, previsto no art. 37 § 6º da CF, contra o agente causador do dano se ele tiver agido com dolo ou culpa.

Quer dizer: o Estado, concessionário ou permissionário respondem sempre perante a vítima, independentemente da culpa do agente. Esse, entretanto, responde perante o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, em se provando que procedeu culposa ou dolosamente.

Portanto, a responsabilidade civil do agente público causador do dano, perante a Administração, concessionário ou permissionário, é subjetiva e tem por fundamento a regra insculpida no art. 159 do Código Civil.

É de se destacar, por oportuno, que a atribuição da responsabilidade à Administração, concessionário ou permissionário, por ato praticado pelo agente público ou que atua nessa qualidade, não exclui a responsabilidade do próprio agente perante o administrado, apurável na forma da lei civil e sempre em considerando aspectos da atuação do agente, especialmente o aspecto volitivo e o modo de desempenho das atribuições que lhe foram confiadas, se dentro dos poderes atribuídos ou com excesso desses poderes. Sigo, aqui, a orientação, que me parece lúcida, de Celso Antônio Bandeira de Mello, que se contrapõe à dispensada por Hely Lopes Meirelles:

“Ocorre perguntar se o terceiro lesado poderia mover a ação de indenização diretamente contra o funcionário, prescindindo de responsabilizar o Estado ou se poderia buscar responsabilização solidária de ambos. É bem

de ver que, no primeiro caso, o lesado estaria disputando a lide apenas no campo da responsabilidade subjetiva, dado que o funcionário só responderia na hipótese de dolo ou culpa.

Hely Lopes Meirelles sustenta que o funcionário só responde perante o Estado, descabendo ao lesado acionar o funcionário. São suas estas considerações: “O lesado por ato da administração nada tem a ver com o funcionário causador do dano, visto que o seu direito, constitucionalmente reconhecido (§ 6º do art. 37), é o de ser reparado pela pessoa jurídica, e não pelo agente direto da lesão. Por outro lado, o servidor culpado não está na obrigação de reparar o dano à vítima, visto que só responde por seu ato ou por sua omissão perante a Administração a que serve, e só em ação regressiva poderá ser responsabilizado civilmente. O funcionário não pode ser obrigado a integrar a ação que a vítima intenta contra a Administração, mas pode intervir como assistente da Administração.”

Essa posição do ilustre autor não nos convence. Entendemos que o art. 37, § 6º, não tem caráter defensivo do funcionário perante terceiro. A norma visa a proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos. Daí não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou dano. Sendo um dispositivo protetor do administrado, descabe extrair dele restrições ao lesado. A interpretação deve coincidir com o sentido para o qual caminha a norma, ao invés de sacar dela conclusões que caminhem na direção inversa, benéficas apenas ao presumido autor do dano” (Mello: 1993/465-466).

Observa Fernando Scaff (Scaff: 1990/62) que pode, inclusive, haver formação de litisconsórcio passivo, quan-

relações jurídicas de que são titulares podem de várias maneiras sofrer conseqüências indiretas da sentença, o que determina a possibilidade de seu interesse na existência de um processo do qual não são partes, ou no resultado desse processo. A lei reconhece essa situação e permite, em certos casos, que o terceiro intervenha ou seja chamado quando ocorrerem determinados requisitos que variam de caso a caso" (Liebman: 1985/110).

Moacyr Amaral Santos (1989/15-18) também justifica a intervenção de terceiros no processo com base na possibilidade da extrapolação da coisa julgada.

Não seja a questão da extrapolação dos limites subjetivos da coisa julgada, a intervenção de terceiro no processo é justificada por razões de economia processual. Esse princípio processual proclama que a atividade estatal de composição de conflitos intersubjetivos de interesses deve ser realizada de modo a proporcionar o maior resultado possível com o menor dispêndio de energia. Ao analisar as diversas formas de intervenção no processo, Amaral Santos (Santos: 1989/19-57), destaca entre elas a importância do princípio da economia processual.

A questão da economia processual chega a ser de política judiciária, especialmente se considerarmos que de há muito o Estado brasileiro não consegue prestar jurisdição em prazo que satisfaça as necessidades dos jurisdicionados.

Por outro lado, não é o caso de assumir-se uma posição contrária à intervenção de terceiros se imaginando que a sua admissibilidade na relação processual pode causar tumulto ao bom andamento da marcha processual ou abrir oportunidade para uma dilação probatória mais complexa não compreendida pela causa originariamente proposta. A opção do legislador pela intervenção, em vista

da economia processual, certamente considerou essas questões, não obstante não a tenha admitido, como regra, no procedimento sumário (art. 280, I do CPC).

Na ação movida pelo administrado, em face da Administração Pública ou do concessionário ou permissionário, visando à reparação do direito lesado por ato do agente público, em vista da responsabilidade objetiva do Estado ou pessoa jurídica de direito privado, a discussão básica é o nexo de causalidade entre a conduta do agente público ou empregado e o evento danoso, como dissemos. Poder-se-ia imaginar que essa indagação comporta, sempre, objeto de prova restrito, donde a intervenção de terceiro lhe seria prejudicial. Nada mais equivocado.

A indagação da ocorrência do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso para o administrado proporciona, sempre, como defende a doutrina e encontra-se na jurisprudência, para efeito de diminuição ou exclusão da responsabilidade do Estado ou pessoa jurídica de direito privado, a discussão quanto à concorrência da conduta do administrado para o evento danoso. Essa discussão, pois, pode significar efetiva necessidade de dilação probatória complexa em razão dos fatos trazidos à prova.

Destarte, não se pode opor a questão da complexidade da dilação probatória como causa de afastabilidade da intervenção do agente público, no processo que o administrado promove em face da Administração Pública, concessionário ou permissionário para ressarcimento de dano causado por ato do referido agente.

Pensamos que essa intervenção é perfeitamente possível, nas formas de assistência e denúncia da lide, e não admitida, por imprópria, nas formas de oposição, nomeação à autoria e chamamento ao processo, o que passaremos a abordar.

5. A assistência

A assistência é forma de intervenção de terceiros no processo, ainda que não elencada pelo legislador do CPC no capítulo próprio, como majoritariamente observa a doutrina, de que Moacyr Amaral Santos era exemplo (Santos: 1989/49-50). É forma de intervenção voluntária, fundada no amplo direito de defesa, em face da possibilidade de extrapolação dos limites subjetivos da coisa julgada, e na economia processual. Tem fulcro no amplo direito de defesa, em face de possibilidades de extrapolação dos limites subjetivos da coisa julgada, na medida em que a legitimação para a assistência reside no interesse jurídico do assistente. Esse interesse jurídico decorre de uma relação jurídica que o assistente mantenha com o assistido ou seu adversário que possa ser atingida pela sentença proferida entre as partes originárias do processo. Já a economia processual tem foro na norma que impõe ao assistente, como regra, submeter-se à sentença proferida na ação em que interveio – art. 55 do Diploma Processual Civil.

Vejamos os conceitos que gracejam na doutrina para esse tipo de intervenção. Para José Frederico Marques: “Assistência é o direito de intervir o terceiro em causa na qual tenha interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes”. (Marques: 19744/269).

Observemos o conceito de Manoel Antonio Teixeira Filho: “É o ato pelo qual terceiro intervém, voluntariamente, no processo, motivado pelo interesse jurídico em que a sentença seja favorável ao assistido”. (Teixeira Filho: 1995/134).

De nossa parte apresentamos o seguinte conceito: assistência é a forma de intervenção de terceiro no processo, fundada na possibilidade de extrapolação dos li-

mites subjetivos da coisa julgada e no princípio da economia processual, pela qual atua objetivando que a sentença que vier a ser proferida favoreça a parte que assiste.

O disciplinamento legal do instituto considera dois tipos de assistência: a simples ou adesiva e litisconsorcial, autônoma ou qualificada. O critério que nos parece capaz de distinguir um tipo de assistência da outra é apresentado por Manoel Antonio Teixeira Filho. Para aquele processualista deve-se considerar a natureza da relação jurídica que pode ser atingida pelo pronunciamento jurisdicional. Se a relação jurídica que pode ser atingida é a existente entre o assistente e assistido, temos a assistência simples. Se, doutro modo, a relação jurídica ameaçada é a existente entre o assistente e o adversário do assistido, temos a assistência litisconsorcial (Teixeira Filho: 1995:140).

Quanto à admissibilidade da intervenção do agente público causador do dano, como assistente, no processo de indenização movido pelo administrado prejudicado, contra a Administração, entendo ser perfeitamente possível. Nesse sentido, é Hely Lopes Meirelles (Meirelles: 1992/562).

O interesse jurídico do assistente decorre da relação jurídica que ele mantém com a Administração pública e que a autoriza a atuar regressivamente contra ele. Assistindo o ente público, o agente pode ajudá-lo a demonstrar que não há nexo de causalidade entre sua conduta e o evento danoso denunciado pelo administrado ou que o administrado concorreu para o evento, diminuindo ou excluindo a responsabilidade do estado e/ou sua própria. Como o objeto da demanda entre administrado e ente público não comporta a indagação da culpa ou dolo do agente nessa causa, a relação ou situação jurídica ameaçada é a

existente entre o agente e a Administração. A assistência cabível é, pois, a simples.

Não é de se olvidar que ao terceiro permitiu-se, desde já, o exercício do contraditório e ampla defesa de que cogita a norma constitucional, que se refere a "meios e recursos a ela inerentes", e a vantagem ou economia processual, no caso. O agente público não mais poderia discutir, na ação que o Estado lhe mover regressivamente, os aspectos já discutidos, como, por exemplo, a existência do nexo de causalidade entre a conduta e o dano e a concorrência do administrado para o evento danoso (art. 55 do CPC).

6. A denunciação da lide

A denunciação da lide é forma de intervenção coacta de terceiro no processo. Seus fundamentos são: o contraditório e amplo exercício do direito de defesa e a economia processual. O contraditório e a ampla defesa impõem a denunciação uma vez que o denunciado tem, por imperativo da lei ou do contrato, tomando uma das hipóteses elencadas no CPC adequada ao estudo em apreço, de indenizar o que perder a demanda. Já a economia processual se vislumbra em face da sentença acertar, desde já, a relação jurídica existente entre o denunciante e denunciado, conforme o art. 76 do Código de Processo Civil.

A jurisprudência avessa a novidades, como de costume, tem, não poucas vezes, inadmitido a Denunciação quando significar introdução de nova demanda nos autos ou intromissão de fundamento novo à causa ordinária. Criticamos esse posicionamento jurisprudencial. Parece-nos claro que a denunciação serve para o acerto da relação entre denunciante e denunciado, donde inconce-

bível que fundamento novo ou demanda nova possa ser veementemente repelida. A natureza das coisas impõe esse "sofrimento", especialmente se atentarmos para o fato de se proporcionar desde já ao garante o contraditório e ampla defesa, direito constitucionalmente previsto¹.

Observo, por outro lado, uma questão de política judiciária. Tomemos em consideração que o agente público não deva ou possa ser denunciado à lide pela administração numa ação que o particular lhe move para reparação de dano em vista de ato do agente. Na referida ação, o ente público teve oportunidade de discutir o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso e, bem assim o aspecto da concorrência do administrado para o acontecimento. Reconhecendo a sentença o nexo de causalidade e a não concorrência do administrado, a Administração veio a ser condenada à reparação do dano. Poderia se negar ao agente público, na ação que lhe move a administração em exercício de direito regressivo, discutir novamente essas questões? Parece-me que a resposta é não. Observe-se que nova discussão a respeito, em torno de matéria fática, poderia ter sentença divergente da proferida na ação do administrado contra a administração. A atividade jurisdicional restaria, sem dúvida, descredibilizada.

Helly Lopes Meirelles posiciona-se de modo contrário à Denunciação. Vejamos seus fundamentos:

"inexplicavelmente, o Código de Processo Civil determina a denunciação da lide 'àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regres-

¹ Sydney Sanches, em excelente monografia sobre a Denunciação da Lide (SANCHES, Sydney, Denunciação da Lide, São Paulo, Revista de Processo, 34, 47-59), sustenta que a obrigatoriedade da denunciação não se impõe a todas as hipóteses referidas no art. 76. Entendemos que a questão da obrigatoriedade deve ter uma leitura que compreenda o princípio do contraditório e ampla defesa, em especial.

siva, o prejuízo do que perder a demanda" (art. 70, III), sem excepcionar expressamente desse chamamento o agente causador do dano. Mas é intuitivo que este dispositivo não alcança os servidores públicos nas ações indenizatórias movidas contra a Administração, já porque a norma processual não pode contrariar a constituição, que estabelece a Responsabilidade exclusiva e objetiva da Administração perante a vítima; já porque o causador do dano não pode ser compelido a discutir culpa nesta ação; já porque o autor não pode ser obrigado a litigar com o agente que a constituição a exclui da demanda. Por todos esses fundamentos, é inaplicável a denúncia da lide pela Administração a seus servidores ou, mesmo, a citação direta pela vítima" (Meirelles: 1992/553).

De nosso ponto de vista, temos que Meirelles parte de premissas equivocadas. A Constituição Federal em vigor não retirou do particular, como já afirmamos, o direito de agir diretamente contra o agente que lhe causou o dano. Assim, não há que se cogitar de responsabilidade exclusiva do Estado, na hipótese. A norma constitucional que atribui responsabilidade objetiva ao Estado se dirige ao administrado e não pode se voltar contra ele, restringindo-lhe a possibilidade de obtenção da satisfação de seu direito.

Finalmente, mais que possível, entendo que a Denúncia da lide é obrigatória, na hipótese, pelo direito e garantia fundamental do contraditório e ampla defesa que tem sede constitucional. Esse direito não pode ser olvidado sob o argumento da necessidade da presteza na prestação da jurisdição. Ademais, não há segurança de que a não discussão da culpa ou dolo do agente abrevie o pronunciamento jurisdicional, mormente quando o Estado dispõe do direito de discutir o nexo de causalidade e a

concorrência do administrado para o evento danoso.

Em sendo obrigatória a denúncia da lide, se permitirá ao agente público discutir desde já e amplamente todos os aspectos da questão proposta pelo administrado contra a Administração, inclusive a inexistência do fato que lhe é atribuído, a negativa de autoria e a concorrência da atuação do administrado para o evento danoso.

Como consectário dessa obrigatoriedade de Denúncia, temos a impossibilidade de o ente público se voltar regressivamente contra o administrado se não o denunciou, a perda do direito de regresso por parte do ente público e, nesse particular, registramos que o legislador infraconstitucional se houve mal quando, amparado na pretensa não obrigatoriedade da Denúncia, estatuiu prazo para que o órgão estatal mova a ação de regresso em face do agente público.

7. Conclusões

A responsabilidade da administração para com o administrado é objetiva, que se assenta em razões de ordem política em favor da cidadania. Essa responsabilidade do ente público para com o administrado por ato de seu agente, por ser objetiva, subsiste independentemente da culpa ou dolo do agente público e decorre, apenas do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso.

Não obstante a responsabilidade da administração pública para com o administrado, observamos a subsistência da responsabilidade do agente público para com o sujeito do dano e para com a administração pública, sempre presente, porém, a condição motivadora de sua atuação (dolo ou culpa). Essa responsabilidade é, assim, sub-

jetiva. Decorre daí, que o administrado pode mover a ação de reparação diretamente em face do agente público. Excluir essa possibilidade seria dar à norma que se destina à proteção do administrado interpretação que restringe a proteção, discrepando da orientação do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e de todos os postulados de direito.

De se destacar, contudo, que a atuação do administrado em face da administração ou pessoa jurídica de direito privado é mais vantajosa. A ação respectiva poderia ter objeto probatório mais restrito, circunscrito à existência denexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso e a concorrência da vontade do administrado para o referido acontecimento.

Pelas vantagens que oferece, a situação mais comum é a da ação movida diretamente em face do ente público ou pessoa jurídica prestadora de serviço público, não olvidando-se, todavia, da repercussão da discussão ali travada na esfera jurídica do interesse do agente público, aspecto motivador de sua intervenção no processo. Disentimos dos que apontam o "objeto restrito de discussão" nessa ação como obstáculo a essa intervenção.

Considerando que a intervenção de terceiro no processo tem fundamento na economia processual e no exercício do amplo direito de defesa, nesse último caso pela possibilidade de a sentença extrapolar a esfera natural de sua incidência atingindo-o, temos que perfeitamente possível a intervenção voluntária do agente público na ação que o administrado promove contra a administração. Essa intervenção é na forma de assistência simples, posto que configurado o interesse do agente público pela possibilidade de a sentença atingir sua relação jurídica com o assistido.

No que diz respeito à denunciação da lide, concluímos não apenas por sua admissibilidade: Entendêmo-la obrigatória. Afastamos, por completo, a questão da inadmissibilidade da denunciação pelo alargamento da discussão da causa, apontando que essa denunciação se impõe pelo direito ao "contraditório e ampla defesa, com todos os meios e recursos a ele inerentes", assegurado constitucionalmente. Observamos que não se pode impedir que o agente público discuta, na ação que o administrado move contra a administração, questões como da existência do nexo de causalidade entre a conduta e o evento danoso e a concorrência da atuação do administrado para o gravame denunciado. A não denunciação pela administração, pois, como corolário mesmo da obrigatoriedade, produz o efeito da perda do direito de regresso nos casos em que se poderia comprovar a culpa ou dolo do agente público.

8. Referências bibliográficas

- LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: forense, 1985. v.1
- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1974. v.1
- MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17 ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Buerle Filho. São Paulo: Malheiros editores, 1992.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v.1
- SANCHES, Sydney. Denúnciação da Lide. São Paulo: *Revista de Processo*, 34: 47-59.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v.2
- SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado Intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- TEIXEIRA FILHO, Manuel Antônio. *Litisconsórcio, Assistência e Intervenção de Terceiros no Processo do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995.

AS CONTRIBUIÇÕES PARAFISCAIS NO DIREITO DO TRABALHO

Maria Dilara Siqueira de Melo Borges
Mestranda em Direito Público na Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professora Substituta de Direito Tributário da Faculdade de Direito do Recife - UFPE. Professora de Fundamentos de Direito para o Administrador no Curso de Secretariado - UFPE. Professora de Direito Público e Privado no Curso de Ciências Contábeis - UFPE. Advogada.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Tributo - conceito. 3. Espécies de tributos. 4. Funções dos tributos. 5. Parafiscalidade. 6. Da Contribuição Parafiscal. 7. Natureza jurídica das Contribuições Parafiscais. 8. As espécies de Contribuições Parafiscais. 9. A Contribuição Previdenciária. 10. A Contribuição Sindical. 11. A Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS. 12. A Contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. 13. A Contribuição para o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural. 14. Conclusão: A parafiscalidade no direito pátrio. Referências bibliográficas

1. Introdução

O presente trabalho monográfico pretende, antes de mais nada, tratar de um tema que grande importância possui, tanto para o direito tributário, como para demais ramos do direito, como o previdenciário e do trabalho. Busca, ainda, analisar alguns aspectos deste tema, as contribuições parafiscais, sintetizando-os em breves, porém simplificadas palavras.

O tributo, como instrumento e forte arma estatal para atuação na administração do Estado, possui funções diversas da simples arrecadação de fundos para os cofres públicos. É a parafiscalidade, essa tão importante função

do tributo, através da qual o Estado atua fortemente não só na economia nacional, mas interfere em questões de cunho social, previdenciário e ainda, estende-se às relações trabalhistas.

Verificar-se-á, preliminarmente, o conceito, tipologia e função dos tributos. Posteriormente, buscar-se-á verificar os aspectos das contribuições parafiscais, seu conceito, natureza jurídica e classificação.

O presente trabalho não pretende se mostrar científico, apenas vem querer, senão em benefício do próprio autor no que diz respeito à sua própria aprendizagem, discorrer sobre esse tema de grande e significativa importância para a compreensão do que vem a ser essa espécie tributária, as contribuições parafiscais, os objetivos de sua existência, e os seus resultados no nosso ordenamento jurídico.

2. Tributos – Conceito

O nosso Código Tributário Nacional, a Lei 5.172/66, em seu capítulo 3º, conceitua o tributo como “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

A Lei 4.320/64, em seu artigo 9º, anterior ao nosso Código tributário, conceituava o tributo como sendo “a receita derivada instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições, nos termos da Constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades”.

O tributo é produto de uma imposição do Estado e que, historicamente, nasceu da vontade da soberania da lei. No Estado de Direito, como o nosso, o tributo é devido a partir de uma relação jurídico-tributária, essa fundamentada na lei. O tributo, como diz Luciano Amaro¹, seria o resultado de uma ação do Estado, o qual distribui o ônus tributado entre os súditos. O súdito que contribui/paga o tributo para o Estado é designado contribuinte.

A supra definição legal do tributo já mereceu inúmeras críticas pela doutrina brasileira, devido à existência de pleonasmos² como “pecuniária” e “em moeda”, ou ainda “valor que nela se possa exprimir”. O supra autor³, define então o tributo como “toda prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito, instituída em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público”.

A exigência do tributo poderá vir a existir, tanto por uma atuação do Estado (sujeito ativo) com relação ao contribuinte (sujeito passivo) ou por um fato independente dessa. A relação obrigacional tributária deverá ser precedida de um fato gerador, ou seja, um fato descrito anteriormente na norma jurídica, que em se concretizando, constitui uma relação tributária.

3. Espécies de tributos

De acordo com a Lei 5.172/66, os tributos encontram-se classificados em imposto, taxas e contribuição de melhoria. Entretanto, dentre as espécies tributárias ar-

¹ AMARO, Luciano da Silva: *Direito Tributário Brasileiro*, p 16.

² SOUZA, Rubens Gomes de: *Natureza Tributária da Contribuição para o FGTS*, in RDP, n 17, p310.

³ AMARO, Luciano da Silva: *Direito Tributário Brasileiro*, p 25.

roladas pela nossa Constituição Federal/88, existentes no nosso ordenamento jurídico positivo, encontram-se ainda: os empréstimos compulsórios, as contribuições sociais, as contribuições de intervenção no domínio econômico, as contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas, e a contribuição para custeio de sistemas de previdência e assistência social.

O imposto, como espécie tributária, terá sempre como fato gerador da relação obrigacional, uma situação independente de qualquer atuação do Estado para com o contribuinte. Haverá, isto sim, um fato que denote a capacidade contributiva do contribuinte, com relação à sua condição econômica.

As taxas, por sua vez, prevêm uma atividade estatal (divisível e referente ao contribuinte) no sentido de o Estado exigi-las por uma contraprestação, ou seja, pelo exercício regular do poder de polícia ou por serviço público, prestado ou posto à disposição do contribuinte, conforme preceitua a nossa Carta Política/88 e o Código Tributário Nacional. Portanto, o fato gerador da taxa será sempre uma atividade específica do Estado. O poder de polícia, já antes do advento do Código Tributário Nacional, era considerado como uma faculdade discricionária da Administração Pública de restringir e condicionar o exercício dos direitos individuais, com o objetivo de assegurar o bem-estar geral⁴.

A Contribuição de melhoria é espécie tributária que, igualmente à taxa, decorre de uma atuação estatal, sendo que desta feita, em relação à uma obra pública. Ocorre, entretanto, que o fato gerador da contribuição de melhoria vem a ser a *plus valia* no imóvel do contribuinte, o

qual quedou-se valorizado em decorrência dessa obra pública.

O empréstimo compulsório encontra base na nossa Constituição Federal/88 e, apesar de ter em sua natureza o fato de posteriormente destinar-se à devolução ao contribuinte, tem inegável natureza tributária visto a sua compulsoriedade e por ser de interesse público. A carta política pátria de 1988 prevê para a instituição do empréstimo compulsório situações em que haja despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública ou de guerra externa efetiva ou iminente (art. 148) ou, ainda, para investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional (art. 148, II).

As contribuições sociais destinadas à seguridade social são aquelas cobradas pelas Pessoas Constitucionais (Estados, Distrito Federal e Municípios) de seus funcionários, em seus próprios benefícios, e que possuem natureza previdenciária. São essas as contribuições sociais destinadas à seguridade social.

As contribuições para intervenção no domínio econômico tratam de instrumentar a atuação da União no domínio econômico, financiando assim os seus custos e encargos.

Por fim, as contribuições no interesse de categorias profissionais ou econômicas são uma espécie tributária cujos recursos arrecadados são destinados ao custeio das atividades de instituições fiscalizadoras e representativas de categorias profissionais ou econômicas. Entretanto, essas categorias, para que se enquadrem na previsão legal, é necessário exercerem funções consideradas de interesse público.

De um modo mais específico, terão, as contribuições supra, estudo e análise no decorrer deste trabalho.

* MACHADO, Hugo de Brito: Curso de Direito Tributário, p. 323.

4. Funções dos tributos

De acordo com a Ciência das Finanças, os tributos, no que tange a sua função, podem ser fiscal, extrafiscal e parafiscal. Já se sabe que o tributo tem como objetivo principal o de arrecadar recursos financeiros para o Estado. Entretanto, é ainda utilizado com o objetivo de interferir na economia privada, bem como em diversas atividades e setores econômicos do país.

Diz-se que o tributo tem função fiscal quando serve apenas de meio para arrecadação de receita para o Estado. É de função extrafiscal o tributo cujo produto arrecadado é utilizado pelo Estado para intervir na economia privada, estimulando ou não o consumo de certos bens, promovendo, dessa forma, influência na economia. Quando ocorrer de o Estado, utilizando-se do produto da tributação, custear atividades que não lhe são próprias, ou seja, atividades que exerce através de entidades específicas (como nas autarquias), estará configurada a função parafiscal desse tributo.

Na realidade, pode-se afirmar que, quanto à função fiscal e extrafiscal, não existe nenhum tributo que possua apenas uma função isoladamente, e como afirma Paulo de Barros Carvalho⁵, não existe entidade tributária que se possa dizer pura, no sentido de realizar tão-só a fiscalidade ou, unicamente a extrafiscalidade: os dois objetivos convivem harmônicos, na mesma figura impositiva, sendo apenas lícito verificar que, por vezes, um predomina sobre o outro.

⁵ CARVALHO, Paulo de Barros: *Curso de Direito Tributário*, p. 25.

5. Parafiscalidade - Conceito

A expressão "parafiscal" foi criada na França, para denominar certos tributos que por vezes são impostos, outras vezes taxas ou até mesmo, a junção dessas duas espécies. Esses tributos seriam arrecadados por entidades beneficiárias, direito esse delegado pelo Estado. Na doutrina pátria, esses tributos são denominados "contribuições parafiscais".

Roque Antonio Carraza⁶ conceitua a parafiscalidade como "a atribuição, pelo titular da competência tributária, mediante lei, de capacidade tributária ativa, a pessoas públicas ou provadas (que persigam finalidades públicas ou de interesse público), diversas do ente impositor, que, por vontade desta mesma lei, passam a dispor do produto arrecadado, para a consecução de seus objetivos".

O tributo tem função parafiscal, quando o sujeito ativo da relação obrigacional tributária, investido não só da competência para arrecadar e fiscalizar o tributo, tem ainda o direito de ficar com o montante arrecadado, para aplicá-lo e utilizá-lo em suas próprias atividades.

6. Da contribuição parafiscal

As contribuições parafiscais são tributos cuja destinação do produto arrecadado destina-se a determinadas atividades estatais ou paraestatais, ou ainda, atividades realizadas por entidade não estatal e cuja utilidade e necessidade públicas forem reconhecidas pelo Estado. Em outras palavras, as exações parafiscais são aquelas contribuições exigidas pelas autarquias, órgãos paraestatais

⁶ CARRAZA, Roque Antônio: *O Sujeito Ativo da Obrigação Tributária*, p. 40.

de controle econômico ou profissionais, com o objetivo de custear seu próprio financiamento. De acordo com a nossa Carta Magna de 1988, é de competência exclusiva da União instituir as contribuições sociais, que se submetem ao regime das normas gerais tributárias (essas elencadas na legislação complementar tributária), ao princípio da anualidade e ao princípio da reserva legal, e portanto, apenas poderão ser instituídas ou majoradas através de lei. Da mesma forma, a maior parte dessas contribuições incidirão somente sobre fatos geradores ocorridos no exercício posterior à sua instituição. Isso porque, em relação às contribuições da seguridade social, essas não obedecerão ao disposto nos princípios acima relacionados, visto que se subsumem a outro regime, o qual prevê que podem ser exigidas após noventa dias a partir da data da publicação da lei que as instituiu.

7. Natureza jurídica das contribuições parafiscais

Quanto à natureza jurídica das contribuições parafiscais, várias controvérsias têm-se constituído na doutrina pátria. Entretanto, quanto à sua essência tributária, não se contrapõe qualquer dúvida. De acordo com a Constituição Federal/88, essas contribuições se caracterizam por sua finalidade, ou seja, pela finalidade da instituição, que induz a idéia de vinculação de órgãos específicos do poder público à relação jurídica com o respectivo contribuinte⁷. Ainda na ótica de Hugo de Brito Machado, as ditas contribuições podem ser conceituadas como uma espécie de tributo com finalidade constitucionalmente definida⁸.

⁷ MACHADO, Hugo de Brito - *Curso de Direito Tributário*, p. 312.

⁸ MACHADO, Hugo de Brito - *Curso de Direito Tributário*, p. 313.

Régis Fernandes de Oliveira⁹ diz que na contribuição social, talvez, se encontre o exemplo mais manifesto da natureza jurídica, dessa espécie de tributo, ou seja, enquanto que para o empregador ela se reveste do caráter de um imposto, da parte do trabalhador, do empregado, é uma taxa. Tal afirmação, entretanto, confronta-se com o próprio conceito de taxa, pois o fato gerador da taxa, como se sabe, é uma utilização pelo contribuinte, de um serviço público, e dita contribuição tem como fato gerador o trabalho remunerado na relação jurídico-trabalhista.

A contribuição parafiscal é, portanto, um tributo que se caracteriza, antes, pela sua hipótese legal de incidência, visto que essa trará sempre em sua descrição hipotética uma situação estatal diretamente referida ao contribuinte.

8. As espécies de contribuições parafiscais

As espécies de contribuições parafiscais elencadas na nossa Lei Maior são:

- a) Contribuições de intervenção no domínio econômico que são, igualmente aos demais tributos, um instrumento interventivo no domínio econômico, sendo que, nesse caso, esse será o seu objetivo básico e específico;
- b) Contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas, que têm como função precípua a organização de determinadas categorias profissionais e econômicas e, para isso, fornecem recursos financeiros para a sua manutenção;
- c) Contribuições da seguridade social que, como constitucionalmente está estabelecido, serão financiadas

⁹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de, e outros - *Manual de Direito Financeiro*, p. 45.

por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das contribuições sociais dos empregadores (incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro), dos trabalhadores e, ainda, da receita de concurso de prognósticos.

Dentre as contribuições supra, estudar-se-ão as que mais diretamente relacionadas estão com o direito do trabalho e que, conseqüentemente, incidem na relação jurídica trabalhista, a saber, as contribuições de seguridade social.

9. A contribuição previdenciária

Essa contribuição terá como fato gerador da obrigação tributária, no que diz respeito ao empregador, o ato jurídico-econômico de se pagar um salário. Isso porque a idéia é demonstrar-se uma capacidade de pagar salários. Quanto ao empregado, esse somente será compelido a pagar tal prestação, se houver um órgão previdenciário que o favoreça, ou seja, que proporcione ao mesmo previdência social pelo Estado.

Note-se ainda que, tanto nessa espécie de contribuição, como nas demais, só se pode cobrar qualquer contribuição social ao empregado/trabalhador, com base no seu salário ou remuneração.

10. A contribuição sindical

A nossa Constituição Federal, em seu artigo 10, assegura a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interes-

ses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

Como sustenta Amauri Mascaro Nascimento¹⁰, o sindicato possui várias funções, a saber, a função negociadora que se caracteriza pelo poder conferido aos sindicatos para ajustar convenções coletivas de trabalho "nas quais serão fixadas regras aplicáveis nos contratos individuais de trabalho dos empregados pertencentes à esfera de representação do sindicato pactuante".

O sindicato também cumpre a função assistencial, cuja atribuição é a esse conferida legalmente, para prestar serviços em benefício de seus representados.

Tem o ainda sindicato função de arrecadação das contribuições sindicais aprovadas pela assembleia e fixadas legalmente. Essas contribuições constituem a maior causa de receita dos sindicatos.

Cumpra o sindicato, ainda de acordo com o pensamento do autor supra, a função de colaboração com o Estado no estudo e solução dos problemas que se relacionem com a categoria, e no desenvolvimento da solidariedade social.

Finalmente, cumpre o sindicato com a função de representação perante as autoridades administrativas e judiciais, dos interesses coletivos da categoria ou individuais de seus integrantes¹¹. Dita função faz com que o sindicato tenha legitimidade para atuar como parte nas demandas judiciais e em dissídios coletivos em que versem interesses individuais ou de categorias de trabalhadores, agindo em seu nome, ou defendendo direitos de outrem.

A contribuição "teria" uma natureza de imposto, visto que, quanto ao empregador, constituir-se-á como uma tri-

¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho, p. 215.

¹¹ Idem.

buição sobre o seu patrimônio. Quanto ao empregado, tal contribuição tem como fato gerador o de estar o empregado participando de uma categoria profissional.

11. A contribuição para o Programa de Integração Social - PIS

Esta espécie tributária tem como sua base de cálculo o montante de renda líquida do contribuinte. Como nas contribuições acima referidas, são contribuintes do PIS os empregadores e os trabalhadores. O conceito de empregador não pode se estender para abraçar aqueles que pagam remuneração por serviços prestados por autônomos. Trabalhador é toda aquela pessoa que presta serviços a outrem, não importando se o mesmo é empregado ou autônomo.

12. A contribuição para o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço - FGTS

Esta contribuição foi criada em 1966, com o objetivo de se investir em planos de construções de habitação populares. Inicialmente, foi dada ao trabalhador a escolha do regime jurídico que preferisse (o do sistema de proteção através de dispensa sem justa causa, ou o sistema do FGTS). Daí o nome de opção, pois o trabalhador poderia escolher entre os dois sistemas de proteção.

Nesse caso, a relação jurídica é estabelecida exclusivamente entre o empregador (e não o empregado), como contribuinte, e o poder público como sujeito ativo, através dos órgãos a que esse delegou a administração do FGTS. Daí, no dizer de Ilves Guimarães¹¹, essa contri-

¹¹ GUIMARÃES, Yves José de Miranda: *A Situação Atual da Parafiscalidade no Direito Tributário*, p. 122.

buição é um tributo cobrado de uns, em benefício de outros.

Quanto à natureza jurídica dos depósitos de FGTS, demonstra Amauri Mascaro Nascimento¹² as várias teorias doutrinárias a respeito, a saber: a teoria do tributo, que sustenta a natureza tributária dos referidos depósitos, sendo esses arrecadados pelo Estado como receita orçamentária, em face dos seus fins sociais, tendo como fato gerador o pagamento do salário ao empregado; a teoria da contribuição previdenciária afirma que o referido depósito de FGTS, obrigatório ao empregador, é mais uma contribuição previdenciária do que uma verba indenizatória, discordando assim da teoria da indenização; a teoria da natureza dupla, por sua vez, diz que os citados depósitos não têm natureza jurídica comum, mas sim uma natureza geral de depósitos bancários em garantia ao empregado não optante e, quanto ao acréscimo devido na despedida sem justa causa, a sua natureza será de indenização por antiguidade; a teoria do salário diferido alega que, para os empregados optantes, desaparecerá o caráter indenizatório, nascendo assim, uma verba salarial depositada em prol do empregado, para sua utilização futura; por fim, a teoria da obrigação dualista sustenta que as ditas contribuições têm natureza fiscal e os depósitos levantados, natureza de salário social.

Com a reforma da Constituição Federal/88, o FGTS tomou-se a única e independente forma de escolha de proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Os depósitos fundiários serão geridos pela Caixa Econômica Federal, segundo normas de um Conselho Curador.

¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro: *Curso de Direito do Trabalho*, p. 98.

13. A contribuição para o fundo de assistência ao trabalhador rural

A Carta política brasileira de 1988 unificou os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. O Fundo de Garantia foi estendido também aos trabalhadores rurais. Nessa relação jurídica, figura no pólo passivo o produtor rural, e como beneficiários, o trabalhador rural e o produtor que exerça atividade agroeconômica e que não tiver empregados (nos casos em que esse trabalhe individualmente ou com a sua família). A base de cálculo desse tributo será o valor comercial dos produtos rurais.

14. Conclusão A parafiscalidade no Direito Pátrio

Sabe-se que o bem-estar comum é uma das funções do Estado. Esse, através de sua atividade financeira (buscando através da receita tributária recursos para os cofres públicos, para obtenção de meios para realização de atividades de interesse público), buscará atender às necessidades e fins públicos. A função parafiscal dos tributos nasceu como meio de custeio dessas instituições de interesse popular.

A contribuição parafiscal, mesmo sendo uma espécie tributária, possui uma conceituação genérica, que tem como hipótese legalmente prevista uma atuação direta do Estado com relação ao sujeito passivo da relação tributária.

No Brasil, as contribuições parafiscais cresceram e tornaram-se, de certa forma, diversificadas. O governo brasileiro se depara, atualmente, com um problema relacionado ao controle da aplicação do produto arrecadado

com essas contribuições, pelos órgãos arrecadadores. Esses órgãos possuem funções estatais descentralizadas, cujas arrecadações não são recolhidas ao tesouro público, mas sim, servem para a sua manutenção e seu benefício próprios.

Entretanto, é inegável a importância das contribuições parafiscais no direito brasileiro, haja vista o seu objetivo e a sua função de intervir no domínio econômico, profissional, e ainda, social e previdenciário. Isso porque, o Estado, através da figura da contribuição parafiscal, cumpre com uma das mais imprescindíveis tarefas, que é a de preocupar-se, não apenas com as atribuições e funções que lhe são inerentes, mas sim, vem o Estado interferir de modo positivo em atividades outras, que são de interesse público.

Referências bibliográficas

- AMARO, Luciano da Silva: *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CARRAZA, Roque Antônio: *O Sujeito Ativo da Obrigação Tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1977.
- CARVALHO, Paulo de Barros: *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GUIMARÃES, Ylves José de Miranda: *A Situação Atual da Parafiscalidade no Direito Tributário*. São Paulo: José Bushatsky, 1977.
- MACHADO, Hugo de Brito: *Curso de Direito Tributário*, 11. ed, São Paulo Malheiros, 1996.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro: *Curso de Direito do Trabalho*, 10. ed, São Paulo: Saraiva, 1992.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de, et all. *Manual de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SILVA, José Afonso da: *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 14. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUZA, Rubens Gomes de: Natureza Tributária da Contribuição para o FGTS in *Revista de Direito Público*, n 17, pp. 310, 1971.

O SISTEMA PARTIDÁRIO PLURALISTA E DEMOCRÁTICO

Palhares Moreira Reis

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor visitante da Escola Superior de Magistratura de Pernambuco - ESMape. Professor visitante da Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professor visitante da Universidade Moderna de Portugal. Professor da Faculdade de Direito de Olinda - FADO. Professor aposentado de Ciência Política (Centro de Filosofia e Ciências Humanas) e de Direito Constitucional (Faculdade de Direito do Recife) da UFPE.

SUMÁRIO

1. Linhas históricas do partido político no Brasil. 2. O Partido político na Constituição de 1988 e na Lei de 1995. 3. A institucionalização democrática dos partidos e a coerência aos métodos democráticos na relação com os filiados. 4. As deliberações partidárias e a disciplina interna, sua fusão e extinção.

1. Linhas históricas do partido político no Brasil

A vida política brasileira somente passou a contar com a participação de partidos políticos a partir do Período Regencial, com o aparecimento dos Liberais Moderados, dos Liberais Exaltados e dos Conservadores. No Império, melhor dizendo, no 2º Reinado, havia um bipartidarismo, em que as agremiações se alternavam, artificialmente, no Poder, os liberais substituindo os conservadores, e vice-versa, de acordo com a vontade imperial. Durante a fase final do Governo Imperial, surgiram os clubes e os partidos republicanos, mas esses não possuíam força eleitoral significativa. De qualquer modo, era

uma tentativa de pluripartidarismo, porém sem uma participação efetiva das agremiações menores.

O período da Primeira República, ou República Velha, foi pontilhado pela presença de partidos políticos de âmbito estadual, e nessa época vicejava a chamada "política dos governadores", com o contato direto entre o Governo Federal e os Governos Estaduais, sem a participação das representações partidárias nas casas do Congresso Nacional.

É dessa fase republicana o surgimento e a fixação de diversos *Partidos Republicanos*, de cunho estadual, como o Partido Republicano Federal (GLICÉRIO), o Partido Republicano Conservador (PINHEIRO MACHADO), o Partido Republicano Paulista ou o Partido Republicano Mineiro. O mecanismo pluripartidário, na verdade, era sobretudo de cunho estadual, inexistindo partidos nacionais em confronto nacional, pois somente as lideranças clientelistas de grande peso político contavam na decisão eleitoral. Os comunistas se organizaram no fim desse período, e logo tiveram de ficar na clandestinidade.

Quanto à escolha do Governo Federal, a cada quatro anos havia o revezamento, dentro da política de "café com leite", das lideranças paulistas e mineiras no Poder central.

A Constituição Brasileira somente teve a primeira referência a partidos políticos no seu texto de 1934, e assim mesmo, apenas conotando ao mau uso de prerrogativas de servidores.

No período de 1937-1945 (ditadura de VARGAS) não existiram partidos políticos no Brasil. Foi um período de ditadura plena, sem eleições, sem nenhuma câmara eletiva funcionando, os cargos executivos preenchidos por nomeação e total ausência de partidos políticos, extintos

os existentes; proibida a criação de novos ou de quaisquer agremiações assemelhadas.

De resto, nunca tivemos o sistema de Partido Único.

Apenas no fim do período getuliano, e com o término da II Guerra Mundial, é que surgiu o Código Eleitoral do Ministro da Justiça AGAMENON MAGALHÃES, em 1945, exigindo que os partidos políticos tivessem dimensão nacional, passando a existir, então, os partidos "nacionais", que na prática eram alianças federais dos grupos estaduais. Desse modo, com o início da abertura, pouco antes da queda de GETÚLIO, surgiu a UDN (União Democrática Nacional), como partido da oposição, o PSD (Partido Social Democrático), o partido do Governo e o PTB (Partido Trabalhista Brasileiro), que era o partido do presidente da República. O Partido Comunista (do Brasil, mais tarde mudando de nome para Partido Comunista Brasileiro) teve o seu momento de liberdade política. Ao lado desses, existiam partidos políticos menores.

A Constituição de 1946 somente se referiu à vedação da existência de partidos que fossem contrários ao regime democrático e, com base nessa norma foi possível cassar o registro do Partido Comunista em 1947. Durante todo esse tempo os partidos eram muitos, o pluripartidarismo reunindo grandes e pequenas agremiações. As mais importantes eram o PSD, a UDN e o PTB, já mencionados. Também existiam o PR (Partido Republicano), o PL (Partido Libertador), esses dois como projeções nacionais dos antigos partidos estaduais de São Paulo e Rio Grande do Sul, o PSP (Partido Social Progressista), o PST (Partido Social Trabalhista) e outros menores, chegando-se a ter 13 partidos políticos disputando o eleitorado e conseguindo se fazer representar na Câmara dos Deputados.

No Governo Militar, o Ato Institucional n.º 2, de 1965 extinguiu todos os partidos políticos e, pelo Ato Complementar n.º 4 foram criadas agremiações com funções de partidos políticos a ARENA (Aliança Renovadora Nacional) e o MDB (Movimento Democrático Brasileiro), mais tarde transformadas em partidos políticos formais. Foram criadas duas organizações apenas, quando pela norma e pelos fatos, seria possível a criação de três grupos.

Na verdade, mesmo com a presença de apenas dois partidos, não se tinha um *sistema bipartidário*, que é caracterizado pela alternância dos partidos no Poder, mas um sistema de *partido dominante*, no qual um partido sempre ganha e o outro, sempre perdendo, exerce apenas o papel de fiscal do sistema e de oposição formal.

Havia conveniência para o Governo, especialmente para demonstração externa, evidenciar que existiam em funcionamento as Casas de representação (Congresso Nacional, Assembléias Legislativas, Câmaras Municipais), e todas elas com a presença de representantes eleitos pelos partidos políticos. No entanto, interessava, do mesmo modo, ao Governo, que o partido que o apoiava sempre estivesse em maioria, e desse modo, mudava a legislação pertinente, eleitoral e partidária, toda vez que o partido oposicionista crescia de modo a ameaçar a predominância daquele.

A reabertura proposta pelo Presidente GEISEL com a Emenda Constitucional n.º 11, revogou os Atos Institucionais e permitiu a alteração do quadro partidário: o partido do Governo apenas mudou de nome, de ARENA para PDS (Partido Democrático Social). A Oposição teve substituído o MDB por quatro partidos, o PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro, denominação esco-

lhida por ULISSES GUIMARÃES e que desagradou profundamente o Governo, que queria fazer desaparecer a sigla de valor histórico), o PTB (Partido Trabalhista Brasileiro), o PDT (Partido Democrático Trabalhista), ambos porfiando pela herança política de GETÚLIO VARGAS, e o PT (Partido dos Trabalhadores), partindo do Sindicato dos Metalúrgicos do ABC paulista. O Partido Popular (PP) teve vida efêmera, e logo desapareceu no seio do PMDB.

A Emenda Constitucional n.º 25, de 1985, permitiu a grande abertura do quadro partidário, passando a existir mais de 30 partidos políticos, alguns apenas com a finalidade de servir de *legenda de aluguel*, sem a menor expressão política ou eleitoral. Nessa oportunidade foram eliminados da Constituição os institutos da *fidelidade partidária* e da *perda do mandato*.

Os maiores partidos, nessa primeira fase da reabertura, eram o PMDB, o Partido da Frente Liberal (oriundo de uma dissidência do PDS que resolveu aliar-se à oposição e apoiar a candidatura TANCREDO NEVES/JOSÉ SARNEY no Colégio Eleitoral), o PTB, o PDT e o PT, aos quais se veio juntar, algum tempo depois, a legenda do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), os *tucanos*, igualmente secessão do PMDB. Contemporâneo à promulgação da EC-25 é o pedido de registro do PCB na Justiça Eleitoral.

2. O Partido político na Constituição de 1988 e na Lei de 1995

A Constituição de 1988 modificou radicalmente o quadro partidário brasileiro, inaugurando a época da plena liberdade da existência e funcionamento dos partidos

políticos. No capítulo V do título II o art. 17 assim disciplina o tema dos Partidos Políticos:

*Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção dos **partidos políticos**, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:*

- I caráter nacional;*
- II proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;*
- III prestação de contas à Justiça Eleitoral;*
- IV funcionamento parlamentar de acordo com a lei.*

*§ 1º - É assegurada aos **partidos políticos** autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.*

*§ 2º - Os **partidos políticos**, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.*

*§ 3º - Os **partidos políticos** têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.*

*§ 4º - É vedada a utilização pelos **partidos políticos** de organização paramilitar.*

Os partidos políticos, a partir do texto de 1988, deixaram de depender de autorização governamental para funcionar. A legislação disciplinadora do sistema de partidos políticos deixou de ser *Lei Orgânica*, para ser, apenas um documento regulador das relações entre os partidos políticos e a Justiça Eleitoral, o seu funcionamento parlamentar, o acesso gratuito ao rádio e à televisão e o acesso aos recursos do Fundo Partidário,

A Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995, tem a ementa seguinte: *Dispõe sobre Partidos Políticos, e regulamenta os artigos 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal.*

É o momento de consolidação de uma *Democracia de Partidos*, quando a Super-Lei estabelece ser livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, regra que é repetida na Lei:

Art. 2º. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos cujos programas respeitem a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana.

Ademais, somente se admitem candidaturas a cargos eletivos apresentadas por partidos políticos (art. 14, § 3º, V, da Constituição), não existindo candidaturas avulsas.

Em primeiro lugar, a mencionada norma legal define que os partidos políticos brasileiros, que eram considerados, pela legislação anterior, *pessoas jurídicas de direito público interno*, e adquiriam personalidade jurídica quando registrados no Tribunal Superior Eleitoral, passam a ser considerados *pessoas jurídicas de direito privado*, adquirindo a personalidade jurídica na forma da lei civil, isto é, registrando-se como pessoa jurídica no Cartório de Registro Civil. Somente depois disto, é que o partido político pode depositar o seu estatuto (e o programa) no TSE.

O art. 1º da citada Lei define a natureza jurídica do partido político e a sua finalidade:

Art. 1º. O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e

a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.

Já no art. 7º se estabelece o mecanismo de registro do partido político como entidade privada:

Art. 7º. O partido político, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil, registra seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral

A legislação sobre os partidos políticos disciplina a forma de registro da agremiação, primeiro no Cartório do Registro Civil do Distrito Federal. É requerido esse registro pelos seus fundadores, em número nunca inferior a 101, com domicílio eleitoral em, no mínimo, 1/3 dos Estados.

Uma vez satisfeitas as formalidades legais do registro, com o que o partido político adquire personalidade jurídica, promovem seus dirigentes a obtenção do apoio mínimo de eleitores no País. É a maneira de demonstrar que o partido tem caráter nacional, com o seu funcionamento efetivo em um percentual mínimo de meio por cento (0,5%) dos votos obtidos na eleição para a Câmara dos Deputados em, pelo menos, um-terço dos Estados da Federação.

Como consequência desse registro, o partido político, não só passa a dispor a exclusividade de seus elementos de identificação, de designação de delegados perante os juízes e Tribunais Eleitorais, inclusive junto ao TSE, como também o acesso aos recursos do Fundo Partidário e a possibilidade de usar sem pagar o rádio e a televisão. Essa gratuidade é, no entanto, suprida por recursos governamentais.

A legislação sobre o funcionamento dos partidos políticos atualmente em vigor, como se vê, é muito mais

democrática do que todas as que a precederam, dando-lhe liberdade de criação e extinção, nesse caso se incluindo o desaparecimento puro e simples, ou a sua incorporação ou fusão a entidade congênere.

No entanto, essa liberdade é temperada com a consequência de que o partido político deverá contar, não para continuar a existir, mas para ter direito a funcionamento parlamentar em todas as casas legislativas para as quais tenha elegido representantes, com um apoio eleitoral mínimo, fixado na própria lei, em seu art. 13, no qual se exige que, em cada eleição, e não apenas na primeira ocorrida depois de constituído e registrado o partido político, atinja um limite mínimo de 5% dos votos apurados e válidos, no País, na conformidade do disposto na citada norma:

Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido, que em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

Assim, o partido político passa a ser, de modo efetivo, uma instituição permanente, com participação real nas casas legislativas. O parâmetro da votação é o número de votos obtidos para a Câmara dos Deputados, que é o órgão da mais nítida representação democrático-partidária nacional.

O tamanho mínimo de cada entidade, tal como estabelecido na lei, não impede a proliferação de partidos *nanicos*, mas restringe a sua participação nas casas legis-

lativas (funcionamento parlamentar), forçando a aglutinação de forças políticas de maior expressão para a participação no processo de Democracia representativa.

Claro que os dirigentes dos partidos pequenos reprovam essa orientação, dizendo que os partidos pequenos, com o tempo, poderão passar a ser grandes agremiações, mas até então o número excessivo de partidos dificulta o jogo político entre as diversas agremiações.

3. A institucionalização democrática dos partidos e a coerência aos métodos democráticos na relação com os filiados.

O momento de consolidação de uma *Democracia de Partidos*, na verdade, não decorre simplesmente dos parâmetros constitucionais, senão quando a Super-Lei estabelece ser livre o exercício das decisões de surgimento e perecimento das entidades partidárias.

Ver-se-á a existência de uma *Democracia de Partidos* pelos seus mecanismos de criação. Tornar-se-á evidente a existência de uma *Democracia dentro do Partido* pelo relacionamento entre seus membros, a participação dos filiados na direção partidária e nas escolhas dos candidatos a cargos eletivos, através de parâmetros de liberdade e de igualdade.

Os preceitos relativos à organização interna do partido político, como se disse e repete, decorrem do seu estatuto, e não mais de Lei Orgânica, em função da liberdade constitucionalmente assegurada de criação, organização e extinção, como diz a Lei, apenas repetindo a Constituição.

Art. 3º. É assegurada, ao partido político, autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento.

Do mesmo modo que um grupo de indivíduos tem direito assegurado constitucionalmente de se constituir em partido político, a esse igualmente a Super Lei dá autonomia para a definição de sua estrutura, seu modo de organização e de funcionamento.

Destarte, a democracia que se exige como roteiro da expressão partidária no País também se exige que exista dentro da organização e do funcionamento da agremiação.

Ou seja, deverá existir, não só por força de parâmetro constitucional e legal, mas sobretudo em decorrência de norma estatutária de cada um dos partidos, os mecanismos de *democracia dentro do partido político*.

Tal relacionamento *intrapartidário* deverá ser cobrado em termos de relação dos filiados com a estrutura partidária, dos filiados com a escolha dos dirigentes partidários, dos representantes do partido na bancada em cada nível de representação - federal, estadual ou distrital, e municipal, sem falar na questão de decidir sobre a extinção pura e simples da entidade. Também no relacionamento *interpartidário*, o que se verá em especial nas hipóteses de incorporação ou fusão de um partido em outro.

A institucionalização democrática do partido político baseia-se nos seguintes parâmetros maiores: o seu caráter nacional, em termos de ação e de apoio, a proibição à instrução militar e paramilitar, e a igualdade de direitos e deveres de seus filiados.

Art. 5º. A ação do partido tem caráter nacional e é exercida de acordo com seu estatuto e programa, sem subordinação a entidades ou governos estrangeiros.

Tal dispositivo segue de perto o disposto nos incisos I e II do art. 17 da Constituição.

A proibição de organizar-se de forma paramilitar, acrescida daquela de dar instrução militar e paramilitar, utilizar-se de organização da mesma natureza e adotar uniformes para seus membros, seguindo o parâmetro constitucional, está no art. 6.º da Lei.

Essa proibição à instrução militar ou paramilitar sob a égide do partido político tem dois fundamentos:

O primeiro deles é que a organização militar e paramilitar é baseada em um sistema de disciplina e de hierarquia, o que é contrário à democracia, que se baseia na liberdade de ação e na igualdade entre os participantes.

O segundo é o ranço histórico de que a estrutura de milícias partidárias era o fundamento de força dos partidos de extrema, especialmente os fascistas, na Itália de MUSSOLINI e na Alemanha de HITLER.

Por isso, a lei nova sobre os partidos políticos claramente define a igualdade de direitos e deveres entre os membros, o mecanismo de filiação e desfiliação partidária, voluntária e compulsória, podendo o estatuto partidário estabelecer as regras operativas.

Em primeiro lugar, a exigência de que somente poderá integrar um partido político um eleitor que estiver no pleno gozo de seus direitos políticos. Requerida essa, com o atendimento às regras estatutárias sobre o assunto, a filiação partidária será deferida e entregue ao novo membro o comprovante de filiação.

Uma relação de todos os filiados ao partido é remetida, duas vezes por ano ao Juiz Eleitoral, a fim de que a Justiça possa conhecer os nomes de todos eles, para efeito de controle dos prazos de filiação, com vistas a eventuais candidaturas, posto que somente com uma filiação superior a um ano, poderá o eleitor se candidatar a um cargo eletivo. Se, porém, o partido não remete essa rela-

ção na época própria, não importando as razões desse ato, ficará valendo a lista anterior e, assim, os novos filiados que poderiam ser prejudicados, por desídia ou má-fé, estão autorizados pela lei a requerer a alteração da lista diretamente ao Juiz Eleitoral.

O parâmetro da igualdade, um dos pilares da Democracia, aparece na organização intrapartidária com o cumprimento da exigência do art. 4º da Lei dos Partidos, que diz:

Art. 4º - Os filiados de um partido político têm iguais direitos e deveres.

O partido político tem exigências estabelecidas para os seus membros, não só em relação à sua filiação, como também no que concerne aos deveres partidários, o que é controlado pelos padrões estatutários, estabelecidos dentro dos limites legais, de disciplina partidária, para os filiados em geral e, para os seus parlamentares, integrantes das bancadas em qualquer Casa Legislativa, dos padrões de fidelidade partidária.

A atividade partidária realizada fora dos parâmetros constitucionais, legais e estatutários, é passível de punição, na forma estabelecida no Estatuto, e dentro das garantias constitucionais e legais.

Assim, conforme diz a lei, filiado algum pode sofrer medida disciplinar ou punição por conduta que não esteja tipificada no estatuto do partido. E mais, seguindo a garantia constitucional, a lei exige que a qualquer membro acusado de falta seja assegurado amplo direito de defesa.

Da mesma maneira que o eleitor tem direito de ingressar num partido político, dele tem direito de se afastar, sem maiores restrições. O estatuto partidário, nesse aspecto, deve seguir o que preceitua a lei.

Esse desligamento pode ser voluntário ou não.

No primeiro caso,

Art. 21 - Para desligar-se do partido, o filiado faz comunicação escrita ao órgão de direção municipal e ao Juiz Eleitoral da Zona em que for inscrito.

Parágrafo único. Decorridos dois dias da data da entrega da comunicação, o vínculo torna-se extinto, para todos os efeitos.

A exigência de comunicação imediata ao Juiz Eleitoral da respectiva zona decorre da necessidade de se manter atualizada a lista dos eleitores inscritos em cada partido político, para efeito de possível candidatura a qualquer cargo eletivo.

Se o eleitor, porém, somente comunica ao partido político o seu desligamento, mas não o faz ao Juiz, a agremiação poderá fazê-lo de imediato, ou simplesmente deixar para excluir o nome daquele eleitor quando do fazimento da nova lista, na oportunidade exigida pela lei.

Existem ainda os casos em que o cancelamento da filiação partidária se dá independentemente da vontade do eleitor. Desde que essa ação é restritiva de um direito de extração constitucional, devem estar elencadas as hipóteses possíveis. Isso acontece no art. 22:

Art. 22 - O cancelamento imediato da filiação partidária verifica-se nos casos de:

I - morte;

II - perda dos direitos políticos;

III - expulsão;

IV - outras formas previstas no estatuto, com comunicação obrigatória ao atingido no prazo de quarenta e oito horas da decisão.

Parágrafo único. Quem se filia a outro partido deve fazer comunicação ao partido e ao juiz de sua respectiva Zona Eleitoral, para cancelar sua filiação; se não o fizer no dia imediato ao da nova filiação, fica configurada dupla filiação, sendo ambas consideradas nulas para todos os efeitos.

Por sua vez, os parlamentares estão, igualmente, subordinados a regras de disciplina partidária específica.

Em primeiro lugar, um integrante da bancada de partido em qualquer Casa Legislativa deve subordinar sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidários, na forma do estatuto.

O Estatuto partidário pode estabelecer medidas disciplinares para o seu parlamentar, tais como desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária, na respectiva Casa Legislativa, quando aquele se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários.

Não pode o partido político, porém, retirar-lhe o mandato, pois somente têm essa atribuição a respectiva Casa e a Justiça Eleitoral, nos casos e formas estabelecidos no art. 55 da Constituição: violação das incompatibilidades, procedimento incompatível com o decoro parlamentar e quando condenado em sentença criminal transitada em julgado (ato da maioria absoluta da respectiva Casa Legislativa); ou quando for um parlamentar infrequente, tiver suspensos ou perder os seus direitos políticos ou perder o mandato por decisão da Justiça Eleitoral,

nos casos previstos na Constituição (ato da Mesa da Casa respectiva).

4. As deliberações partidárias e a disciplina interna, sua fusão e extinção

É democrático o relacionamento dentre dois ou mais partidos, quando a Lei permite que esses se fundam num só ou se incorporem um a outro, desde que observados os preceitos legais pertinentes.

Na hipótese de fusão, quando dois ou mais partidos políticos desaparecem, criando em seu lugar um novo partido, deverão ser observadas as seguintes normas:

I - os órgãos de direção dos partidos elaborarão projetos comuns de estatuto e programa;

II - os órgãos nacionais de deliberação dos partidos em processo de fusão votarão em reunião conjunta, por maioria absoluta, os projetos, e elegerão o órgão de direção nacional que promoverá o registro do novo partido.

Já no caso de incorporação, observada a lei civil, caberá ao partido incorporando deliberar por maioria absoluta de votos, em seu órgão nacional de deliberação, sobre a adoção do estatuto e do programa de outra agremiação.

Adotados, pelo partido incorporando, o estatuto e o programa do partido incorporador, realizar-se-á, em reunião conjunta dos órgãos nacionais de deliberação, a eleição do novo órgão de direção nacional.

No caso de incorporação, o instrumento respectivo deve ser levado ao Ofício Civil competente, que deve, então, cancelar o registro do partido incorporado a outro.

No que concerne à fusão de dois partidos numa agre-

miação nova, a existência legal desse novo partido somente vai ter início com o registro, no Ofício Civil competente da Capital Federal, do estatuto e do programa, cujo requerimento deve ser acompanhado das atas das decisões dos órgãos competentes.

O novo estatuto ou instrumento de incorporação deve ser levado a registro e averbado, respectivamente, no Ofício Civil e no Tribunal Superior Eleitoral. Do mesmo modo, fica cancelado, junto ao Ofício Civil e ao Tribunal Superior Eleitoral, o registro do partido que, na forma de seu estatuto, se dissolva, se incorpore ou venha a se fundir a outro.

No que se refere ao número de votos que servirá de base de cálculo para o novo partido, esclarece a lei que, havendo fusão ou incorporação de partidos, os votos obtidos por eles, na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, devem ser somados para efeito do funcionamento parlamentar, nos termos do art. 13, da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão.

Ainda pode ocorrer o cancelamento do registro civil e do Estatuto, determinado pela Justiça Eleitoral, no caso de violação de normas de especial relevância, como as fixadas na Constituição e a sua subordinação a entidades ou governos estrangeiros, ou recebendo recursos financeiros de procedência estrangeira.

A regra está presente no art. 28 da Lei dos Partidos Políticos, dando competência ao TSE de determinar o cancelamento do registro civil e do estatuto do partido, não só no cartório como no próprio Tribunal:

Art. 28 - O Tribunal Superior Eleitoral, após trânsito em julgado de decisão, determina o cancelamento do registro civil e do estatuto do partido contra o qual fique provado:

- I ter recebido ou estar recebendo recursos financeiros de procedência estrangeira;
- II estar subordinado a entidade ou governo estrangeiros;
- III não ter prestado, nos termos desta Lei, as devidas contas à Justiça Eleitoral;
- IV que mantém organização paramilitar.

Como preceitua a norma constitucional, o processo deverá obedecer à regra assecuratória do contraditório, da ampla defesa e dos recursos relativos. Daí, a lei específica disciplinar, no § 2º desse mesmo artigo, que

§ 2º - O processo de cancelamento é iniciado pelo Tribunal à vista de denúncia de qualquer eleitor, de representante de partido, ou de representação do Procurador-Geral Eleitoral.

E que a ampla defesa é inteiramente assegurada à agremiação e exercida pelos seus órgãos diretivos competentes:

§ 1º - A decisão judicial a que se refere este artigo deve ser precedida de processo regular, que assegure ampla defesa.

Evidencia-se, destarte, que em face da norma constitucional e da lei nova, o sistema partidário brasileiro é, atualmente, mais democrático do que os anteriores, o que conduz a um quadro pluripartidário, com as limitações naturais exigidas para que o sistema funcione a contento.

PRINCÍPIOS PROCESSUAIS, IMPORTÂNCIA DE SEU ESTUDO PARA O DIREITO PROCESSUAL

Fauly Oliveira Mendonça

Professora das disciplinas de Hermenêutica Jurídica e Prática Forense da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE. Assessora do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Especialista em Direito Público. Pós-graduada em Processo Civil pela Universidade Federal de Pernambuco UFPE.

SUMÁRIO

1. Introdução 2. Princípios gerais de direito 2.1 Considerações preliminares acerca dos princípios gerais de direito e a importância de seu estudo para o direito processual 2.2 Os princípios gerais de direito e ordenamento jurídico 3. Princípios processuais e hermenêutica processual 4. Dos princípios processuais constitucionais 4.1 O princípio do devido processo legal 4.2 Princípio do direito de ação 4.2.1 Da garantia de acesso à justiça 4.3 Princípio da igualdade das partes ou da isonomia 4.4 Princípios do juiz ou promotor natural 4.5 Princípio da proibição da prova ilícita 4.6 Princípio da publicidade dos atos processuais 4.7 Princípio do duplo grau de jurisdição 4.8 Princípio da motivação das decisões judiciais 4.9 Princípio do contraditório 5. Conclusão 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

Muito já se disse sobre a importância do estudo dos "Princípios Gerais" para todo e qualquer ramo do conhecimento científico.

Correntes filosóficas debatem acerca de categorias e classificações principiológicas, formando inclusive "Escolas de Pensamentos" em face à identidade de suas considerações. Todavia, esse não é o escopo do presente estudo.

Entendemos ser imprescindível que o labor teórico-científico corresponda a uma necessidade humana, predominantemente na sua interrelação com a sociedade, desprezando-se a idéia da investigação teórica como atividade fim de satisfação interior ou subjetiva apenas dos que a fazem.

O estudo da Teoria Geral do Processo não poderá infirmar essa ordem de consideração, ao contrário, deverá realçar a conotação deontológica do Direito Processual Civil, em seu aspecto ético-político-social, ou de conformidade com os valores humanos de justiça, igualdade, liberdade e bem comum.

Compartilhamos com a idéia de que a Ciência do Processo não é unicamente uma disciplina do ser ontológico do processo, como, também, uma disciplina do dever ser axiológico do mesmo, porque do contrário, cairíamos num vazio sem sentido.

Nesse contexto, acresce a importância do estudo dos Princípios Processuais, em face à interpretação das regras do processo. Toda lei processual encerra o desenvolvimento de um princípio processual, considerando que a primeira tarefa que se apresenta ao legislador é a de formular ou abstrair princípios do sistema normativo, em escala sempre crescente de generalização.

Ademais, faz-se necessário destacar que o fenômeno interpretativo representa importante papel de "mutação" ou "transformação" da ordem legal e constitucional, passo primeiro em direção a outras mudanças almejadas.

Assim, pretendemos abordar no presente, como "idéia - mestra", a importância dos princípios processuais na tarefa interpretativa, buscando sua correlação com os princípios gerais de direito inspiradores de nosso sistema normativo, no qual se inserem, por sua vez, as normas processuais.

De forma breve, teceremos comentários sobre a importância principiológica no estudo científico do direito processual civil, realçando sua função **informativa, normativa e interpretativa** do sistema de leis processuais.

O item 3 se presta ao estudo, em síntese, dos princípios processuais e da hermenêutica processual, com vista ao aprofundamento da ordem de generalização conceitual realizada no capítulo precedente.

Por sua vez, no item 4 pretendemos discorrer sobre os princípios processuais de natureza constitucional e os princípios processuais gerais informadores, na forma em que se revelam nas regras de direito processual civil, abordagem que será retomada no estudo das disciplinas de Processo de Conhecimento, Processo de Execução e Processo Cautelar integrantes do "Curriculum" da Pós-Graduação em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco.

2. Princípios gerais de direito

2.1 Considerações preliminares acerca dos princípios gerais de direito e a importância de seu estudo para o direito processual

A problemática que envolve o tema Princípios Gerais de Direito nos remete a profundas considerações no campo da "Filosofia do Direito" e da "Teoria Geral do Direito" vez que, implica ou repercute na definição do próprio objeto da Ciência do Direito, que para muitos confunde-se com o Direito Positivo, com a norma jurídica ou com o ordenamento jurídico, conceitos para nós cientificamente distintos, como buscaremos considerar no curso do presente estudo.

Para Miguel Reale com a autoridade de várias décadas de ensino "*toda forma de conhecimento Filosófico ou científico implica a existência de Princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou*

base de validade das demais asseções que compõem todo campo do saber"¹.

Compreende-se pelo ensinamento do preclaro mestre que a presença de Princípios Gerais é pressuposto lógico para existência de todo saber Científico ou Filosófico, de modo que, não haverá cientificidade em qualquer ramo do conhecimento se esse não estiver assentado em princípios gerais. Doutrinariamente, os Princípios Gerais de Direito são havidos como "verdades fundantes" admitidas cientificamente ou "por terem sido comprovadas" ou por serem "evidentes" e apresentam-se sob a forma de três categorias PRINCIPIOLÓGICAS:

- a) Princípios omnivalentes - quando são válidos para todas as formas de saber. (exemplo: Princípio da Identidade e da Razão Suficiente);
- b) Princípios plurivalentes - quando aplicáveis a vários campos de conhecimento. (exemplo: Princípios da causalidade essencial às ciências naturais);
- c) Princípios monovalentes - quando só valem no âmbito de determinada ciência"².

Consideramos no presente estudo, conforme as lições do preclaro mestre paulista, os Princípios Gerais de Direito como categoria integrante dos princípios monovalentes, e igualmente os princípios processuais, porquanto cumprem papel de "verdade fundamental" para a ciência do direito e para o ramo do direito processual.

Nessa ordem de idéias, é lícito afirmamos que os princípios gerais de Direito são princípios de ordem axiológica.

¹ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: José BUSHATSKY, 1974. P. 337 e 355.

² REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: José BUSHATSKY, 1974. P. 337 e 355.

que informam as instituições, os ramos e o próprio sistema legal, constituindo-se em pilares de toda a ordenação sistemática. Eles mantêm na sua dependência as normas jurídicas que dão origem às instituições, à coordenação desses ramos e ao congraçamento dos ramos no Sistema.

Ainda para o mestre paulista, três correntes doutrinárias abordam a origem e a natureza dos "Princípios Gerais do Direito":

"Teoria Nacionalista que afirma serem válidos quando determinados em função do sistema de normas vigente, em cada nação, constituindo as razões estruturais do ordenamento positivo, o qual se basearia em pressupostos ideológicos ou doutrinários próprios;

Teoria do Direito Comparado que defende a existência dos sobreditos princípios "independente de lugar e de tempo" havidos como revelados pelo Direito Comparado;

Teoria do Direito Natural que entende serem os princípios gerais de direito "pressupostos de natureza lógica ou axiológica ou "princípios de direito natural"³.

Afirma-se que desde os gregos elaborou-se a idéia de existência de um direito natural, como expressão de exigência ética e racional superior as do direito positivo.

Segundo Garcia Mayez, os princípios gerais originaram-se do Direito Romano, "e se tratam dos universalmente admitidos pela ciência e que também se identificam com o direito justo ou natural", e "se fundam essencialmente na natureza do sistema jurídico, como verdadeiro organismo lógico que servirá para o confronto das normas particulares entre si, e destas com os princípios gerais que com elas se relacionam"⁴.

³ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: José BUSHATSKY, 1974. P. 337 e 355.

⁴ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: José BUSHATSKY, 1974. P. 337 e 355.

Ainda na mesma linha de raciocínio, Carlos Maximiliano nos ensina que a legislação portuguesa e austríaca ordena expressamente ao operador do direito que, diante das aparentes lacunas, o intérprete deverá valer-se dos "Princípios do Direito Natural" (identificados como princípios gerais do direito), bem como, que o Código Civil Suíço autoriza o uso gradativo para supressão das denominadas "antinomias", da jurisprudência, da doutrina consagrada, completando sua tarefa com os "princípios gerais de direito" e diante da impossibilidade da realização de seu mister, agir como se legislador fosse⁵.

Metodologicamente nos apresenta o grande teórico do estudo da hermenêutica pátria o seguinte caminho ou passos para chegarmos ao conhecimento dos "princípios gerais aplicáveis" a dada situação, e que de muito valia se revestirá na abordagem dos "Princípios Processuais" e sua importância na interpretação das normas processuais, objeto central de nosso estudo.

Deverá se perquirir primeiramente, (em relação aos princípios gerais):

"a) os aplicáveis a um instituto jurídico; b) de vários institutos afins; c) de uma parte do direito privado; d) de uma parte do direito público; e) de todo o direito privado ou de todo o direito público; f) do direito positivo inteiro; g) do direito em sua plenitude"⁶, observando-se sempre uma crescente generalização.

Assim, não seria errôneo admitirmos desde já, que os princípios gerais de direito cumprem tríplice missão:

⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Forense, 1984, p. 295/305.

⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Forense, 1984 - p. 95/305.

informadora (verdade fundante, alicerce, base) de inspiração do legislador; normativa, (forma ou meio de integração), interpretativa, como critério orientador do intérprete.

Em face a essas razões, podemos asseverar que os princípios gerais de direito representam em relação aos princípios processuais, "idéias - síntese", valor fundante, porquanto esses se originam em normas principiológicas gerais, que consagram valores dotados de maior expectro e significações, do que quando revelados em natureza de princípios processuais, imanentes nas regras do direito processual.

Não podemos, por fim, objetivando fundamentar nosso estudo, deixar de considerar os princípios gerais do direito e os princípios processuais, tanto os de natureza constitucional como os informadores da ciência do direito processual, como aqueles que, nas palavras de CARNELUTTI, "não são algo que exista fora, mas dentro do mesmo direito escrito, já que derivam das normas estabelecidas. Se encontram dentro do direito escrito como o álcool dentro do vinho, são o espírito e a essência da lei"⁷.

2.2 Os princípios gerais de direito e o ordenamento jurídico

O nosso ordenamento jurídico - positivo prevê expressamente a existência de PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO, como forma ou método de integração normativa, quando se afronta o operador ou aplicador com as chamadas lacunas ou antinomias do ordenamento jurídico. (LICC)

⁷ CARNELUTTI, Francisco - *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Padova, 1938, p. 120.

Assim, possuiriam função integrativa ou integradora diante da nomodinâmica, no dizer de Kelsen, do ordenamento⁸.

Extrapolando o objeto do presente considerações doutrinárias acerca da "Teoria do Ordenamento Jurídico"; todavia, para que nossa abordagem não peque pela superficialidade, faz-se necessário nos reportarmos à obra clássica do grande cientista Italiano NOBERTO BOBBIO - in "Teoria do Ordenamento Jurídico"⁹.

Inicialmente pontifica sem margem de dúvida que, "O dogma da completude do ordenamento está historicamente ligado à concepção estatal do direito" (Teoria monista) e assegura, "não se deve porém acreditar que a completabilidade de um ordenamento está confiada unicamente à norma geral exclusiva, quer dizer, à regra pela qual cada caso não regulamentado é regulado pela norma que o exclui da regulamentação do caso regulado", e mais "se estaticamente considerado, um ordenamento jurídico não é completo, a não ser pela norma geral exclusiva, dinamicamente (grifos nossos) considerado é Completável" e conclui magistralmente, "O procedimento de auto-integração é a recorrência aos Princípios Gerais do Direito"

Com efeito, julgamos que buscou nosso legislador (L. ICC) expressamente reconhecer a existência de Princípios Gerais à disposição do operador no seu mister de aplicar a Lei ao "fatispecie", e demonstrar serem imprescindíveis à tarefa como meios de integração normativa (nomodinâmica), bem como, meio para o enfrentamento dos principais problemas decorrentes do relacionamento

intra-sistêmico das diversas normas integrantes do ordenamento jurídico, quais sejam, o da Unidade e o da Hierarquização das normas, perfazendo um todo sistêmico.

Critica o Jus-filósofo Italiano que "na prática o operador considera a árvore, mas não a floresta"¹⁰, ao buscar tão-somente a compreensão da norma isoladamente, desprezando no nosso entender, seu posicionamento no ordenamento jurídico frente a seus princípios inspiradores.

Para nós, os princípios gerais não se prestam apenas à tarefa de preencher ou suprir lacunas, mas possuem função informadora em todos os ramos do conhecimento jurídico, a exemplo de sua importância na elaboração das normas processuais.

De forma pouco científica, muitos não se apercebem da importância dessa consideração, no desiderato do operador do direito, porquanto não se apresentarem, expressamente, via de regra, nos textos legais, mas como que espalhados em modelos doutrinários ou como se diz na atualidade, na doutrina consagrada, e postos à disposição do intérprete. Negar esse entendimento reflete preconceito exageradamente positivista do intérprete ou conhecimento perfunctório do problema.

Ademais, funcionam também, como enunciações normativas de valor genérico, que colaboram e orientam a compreensão do sentido e alcance da norma a ser aplicada, ou como meio de integração na elaboração de novas normas, sendo eficazes independentemente de estarem no texto legal, vez que, imanescentes no próprio ordenamento jurídico.

⁸ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 4. ed. Armênio Amado Coimbra - p. 464/473

⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Poás - Universidade de Brasília. 1989, p. 20.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Poás - Universidade de Brasília. 1989, p. 20/25.

3. Princípios processuais e hermenêutica processual

Com exemplar clareza, o mestre uruguaio EDUARDO J. COUTURE assevera que "o legislador deve, finalmente, estruturar a lei processual, tendo como ponto de referência alguns desses princípios. Devemos esclarecer que, historicamente, quase todos eles se mesclaram uns com os outros, não houve, no passado, processos dispositivos puros, nem processos inquisitivos puros, nem provas racionais absolutas, nem provas exclusivamente legais. O legislador adota esses princípios, mas não pode contrariar as linhas diretivas fundamentais (grifos nosso) consignadas no plano do arquiteto, e sem as quais é impossível iniciar a construção do edifício que lhe foi comprado. Assim observadas as coisas, compreendemos de que modo os mandamentos adquirem vigor através dos princípios"¹¹. Ao final, magistralmente arremata, os princípios processuais são revelados nas leis processuais.

Inferre-se claramente a partir da leitura do texto supra-transcrito, e ainda, valendo-nos dos ensinamentos já aludidos no presente estudo, que os princípios processuais possuem a mesma função em face à lei instrumental ou adjetiva, que os princípios gerais frente ao ordenamento como um todo, qual seja, integrativa, intelectual, normativa, apresentando-se como verdadeiros "vetores" ou "linhas diretivas" (Couture) que deverão ser considerados pelo operador do direito, ou pelo aplicador da lei por excelência (juiz), no momento da "JURIS DICTION" ao fato concreto, como se lei fossem (norma geral, expressa

¹¹ COUTURE, J. Eduardo. *Interpretação das Leis Processuais*. Forense, 4 ed. 1997 - p. 3651.

integrante do ordenamento jurídico, eficaz e coercitiva), prescritiva de sanção para o caso de sua não observância.

Entrementes, constatamos enorme desprestígio na consideração dos princípios processuais pelo intérprete - operador, que não se apercebe que toda lei processual emana ou é fruto do desenvolvimento de um princípio processual, espécie de "viga mestra de sustentação" ou "alicerce que garante a estrutura da obra", do sistema processual integrante do ordenamento jurídico positivo.

Convém ressaltarmos, sob pena de retornarmos historicamente aos idos em que se discutia a categoria de Ciência do Processo Civil, da obra clássica de VON BÜLOW, para quem só se eleva à categoria de Ciência aquele ramo de estudos que é informado por princípios, passando assim, a Ciência Processual a gozar do "status" de cientificidade, em consequência do tratamento principiológico que lhe foi dedicado pelo jurista alemão¹².

Para UGO ROCCO, na "atualidade ainda não emergiu claramente uma teoria autônoma de interpretação do direito processual"¹³.

Com efeito, consideramos que tanto na doutrina nacional como na estrangeira por nós consultada, não encontramos, satisfatoriamente, estudos aprofundados e metodologicamente distintos daqueles que se dedicam ao objeto geral da Hermenêutica Jurídica, destinado ao estudo da importância dos princípios processuais na interpretação das normas de processo, sendo o tema tão-somente tratado como capítulo de estudo da Teoria Geral do Processo.

¹² VON BÜLOW Oskar. *La Teoría de Las Excepciones Procesales Y Los Presupuestos Procesales*. Edit. Buenos Aires, 1964, por Eduardo J. Couture. *ob. cit.* p. 3551.

¹³ ROCCO, UGO. *Teoría General del Proceso Civil*. Editorial PORRUA, S.A. - 1959 - p. 143.

Com muita propriedade, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra, nos afirmam, referindo-se ao tema em apreço, que os princípios processuais "situa-se no limiar da dogmática processual, nos lindes desta com a zona deontológica em que as normas de direito positivo são examinadas à luz de cânones éticos e políticos, além do prisma do direito positivo" e concluem, "os princípios gerais do direito processual se inserem no limiar da dogmática jurídica, nos confins da deontologia"¹⁴.

Por outro lado, constatamos que se encontra pacificada, em grande parte de nossa doutrina, a aceitação da existência de valores na norma jurídica, bem como, que o ato interpretativo encontra-se impregnado de axiologia.

Para nós, a interpretação das normas processuais tem o fito principal de revelar os princípios que lhes são ínsitos, e que lhes servem de inspiração, devendo o operador buscar, mais alcançar a extensão da eficácia processual, do que a "mens legistore" ou seja, o pensamento do legislador, que no dizer de COUTURE encontra-se "pre-nhe de subjetivismo"¹⁵.

A doutrina consagrada nos assevera que o ato de interpretação é operação mental que se utiliza da lógica e acompanha o processo da aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Quando o direito é aplicado, nos ensina Kelsen¹⁶, é necessário fixar o sentido das normas que se vai aplicar, e qual o conteúdo que se há de dar à norma individual, atra-

vês de sentença judicial (em se tratando de órgão jurisdicional como aplicador) ou de resolução administrativa.

Destaca ainda o mestre de Viena que há casos de não se aplicar, mas de se observar o direito, praticando a conduta que evita a sanção, e ainda, destaca que o papel dos cientistas do direito ao estudar a Ciência, descrevendo o direito positivo, é também o de interpretar as suas normas.

Preleciona o teórico da Teoria Pura ao dedicar-se ao estudo da interpretação que "a relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e Lei, ou Lei e sentença judicial é uma relação de determinação ou vinculação"¹⁷, ou seja, a norma superior determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, o conteúdo (em limite máximo ou limite mínimo) da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar.

Entendemos, com fulcro nesses ensinamentos, que além de apregoar o escalonamento das normas no direito positivo (Pirâmide de Kelsen) relativamente ao fundamento de validação, o que vale dizer, a regra superior regula o processo de criação da norma inferior, até o ato sentencial, dizia Kelsen que, ao interpretar a norma com vista à sua aplicação, também se fixa até certo ponto o seu conteúdo, importando numa eleição de sentido dentre uma pluralidade de significações, e ainda, esse ato implica a criação de uma norma nova, (individualizada) ou tecnicamente, "direito ex-novo".

Conclui magistralmente Kelsen, que "O direito a aplicar é como uma moldura dentro da qual há várias

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido, CINTRA, Carlos de Araújo (Orgs) - Teoria Geral do Processo - Editora - 1985, p. 21.

¹⁵ COUTURE, Eduardo - Interpretação das Leis Processuais - Editora Forense, 4. ed. 1997 - p. 36/51.

¹⁶ KELSEN, Hans - Teoria Pura do Direito - 4. ed. Arménio Amado - Coimbra - p. 464/473.

¹⁷ KELSEN, Hans - Teoria Pura do Direito - 4. ed. Arménio Amado - Editor, Coimbra - p. 464/473.

possibilidades de aplicação", de modo que, a tarefa do aplicador e intérprete será o de fixar o provável sentido, dentro do contexto ou "moldura" possível de identificação prevista na norma geral.

Esse posicionamento contraria a teoria tradicional que defende a aplicação da lei ao caso concreto, como possuidora de uma única hipótese que se apresenta como correta e justa, não havendo margem para eleição, pelo aplicador, do sentido da norma a ser aplicada, mas tão-somente razão ou intelecção da compreensão de seu sentido.

Com base nesses pressupostos, erigiu-se a teoria da interpretação como ato de vontade, contrapondo-se aos teóricos que crêem ser a interpretação puro ato de conhecimento ou inteligência.

Ao tratar especificamente da tarefa interpretativa pelo órgão jurídico encarregado da aplicação do direito, juízes ou tribunais, Kelsen defende, ser essa ato de vontade, diferentemente de qualquer outra interpretação realizada pela ciência jurídica, vez que, não cria "direito novo" e nesse particular aspecto, destaca-se a tarefa do intérprete valendo-se da utilização dos Princípios Gerais, em qualquer ramo do conhecimento jurídico.

No atinente ao objeto do nosso estudo, em fase preliminar, consideramos correta em se tratando de diversos institutos, próprios da ciência do processo, a abordagem Kelseniana que define a aplicação do direito, antecedida da interpretação, como ato de definição de um provável sentido dentre outros existentes na "moldura legal", in caso, no nosso sistema processual civil.

Verificamos, pela exegese de determinados dispositivos do CPC, arts. 125, 126, 128, 129, 130, 131, 262, 332 e 335, que caberá ao juiz a definição do exato momento

para a prática de determinados atos, como a exemplo, dos decorrentes do impulso processual "ex officio", respeitando, logicamente, o que lhe é defeso realizar em virtude do princípio dispositivo, ou ainda, quando na fase instrutória poderá eleger entre as provas realizadas, aquela que melhor fundamente seu "justo convencimento".

Ao realizarmos o estudo mesmo que perfunctório de certos institutos processuais, (má-fé, igualdade de partes, motivação das decisões) percebemos que, ao elaborar o conjunto das leis processuais, o legislador leva em consideração a existência de determinados princípios (função norteadora ou inspiradora), tomando-os como ponto de partida que, mais adiante, no momento de sua interpretação e aplicação, não poderão ser desconsiderados pelo aplicador, por fazerem parte (ontologicamente) da mesma lei, de modo que, verificamos que não há "aplicação pura" da lei positiva ao caso concreto, mas também, a observância de todos seus princípios, como que uma "mescla" da aplicação da norma cogente e do conjunto de princípios que lhe servem de mandamentos.

Ao final, a observância dos princípios gerais encontra-se como "mandamento" expresso no nosso estatuto processual no art. 126 do CPC ao determinar: "*O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos "princípios gerais de direito" (grifos nossos).*"

Neste ponto, julgamos oportuno destacar que os princípios processuais de índole Constitucional serão tratados especificadamente em capítulos próprios e com maior relevo, face a sua importância no labor do intérprete e função diante da construção do sistema normativo pro-

cessual, e ainda, buscaremos discorrer, mesmo que sucintamente, sobre os princípios processuais gerais informadores das normas de direito processual civil.

Por fim, fazemos nossas as palavras de Eduardo Couture¹⁸: *"interpretar é extrair um sentido, mas extrair um sentido dentro de uma ordem normativa da índole da qual se acaba de referir, próprio da esfera processual, é não só descobrir a razão do texto, como, também, seu significado dentro do sistema de princípios"*.

4. Dos princípios processuais constitucionais

4.1 O Princípio do devido processo legal

Em sua obra magistral *"Princípios do Processo Civil na Constituição Federal"*, Nelson Nery Júnior¹⁹ pondera que *"o princípio fundamental do processo civil que entendemos como a base, sobre a qual todos os outros se sustentam é o do "devido processo legal" expressão oriunda da inglesa "due process of law", chegando ao ponto, com fulcro em considerações abalizadas, que outros princípios processuais são derivações daquele outro maior, o qual também denomina como "Postulado Constitucional fundamental do Processo Civil", a exemplo do PRINCÍPIO DA ISONOMIA, PRINCÍPIO DO JUIZ E DO PROMOTOR NATURAL, PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL OU PRINCÍPIO DO DIREITO DE AÇÃO, PRIN-*

CÍPIO DO CONTRADITÓRIO, PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA, PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS, PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

Com peculiar sapiência, o citado autor nos ensina que o princípio do devido processo legal possui também um sentido material, vale dizer, o direito de tutela ao triângulo vida - liberdade - propriedade, ou seja, bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico, tutelados por meio de processo judicial ou através do procedimento administrativo.

Noticia-nos o citado autor que é neste sentido genérico, amplo, que a locução vem expressamente adotada na CF de 1988 (art. 5º, n.º LIV) que dispõe sobre proteção de liberdade e de bens, inspirando-se o Constituinte nas Emendas 5 e 14 da Constituição dos Estados Unidos.

Afirma, ainda, que o conceito de "devido processo legal" foi no tempo alargando seu âmbito de abrangência, de modo a permitir "interpretação extensiva", em nome dos direitos fundamentais do cidadão.

No direito comparado, a exemplo do Princípio "PROCEDURAL DUE PROCESS", do Direito Processual Americano, a expressão alcança vários significados, preleciona Nelson Nery Júnior ao se reportar sobre pesquisa em comentário à Constituição Americana afirmando que tanto pode significar o *"dever de propiciar ao litigante a base da ação governamental (contra ato administrativo), como o direito a um juiz imparcial, e a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz, de apresentar provas, direito de contrariar provas que foram utilizadas contra o litigante, direito de ter um defensor no processo*

¹⁸ COUTURE, Eduardo - *Interpretação das Leis Processuais* - Editora Forense, 4ª Edição, 1997 - p. 36/51.

¹⁹ JÚNIOR, Nelson Nery - *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal* - Editora Revista dos Tribunais - 5ª Edição, p. 31/35.

perante um juiz ou tribunal, e por fim, direito a uma decisão fundamentada conforme prova constante dos autos"²⁰.

Realizando análise verificamos, nitidamente, a reprodução desses sentidos, extraídos da legislação norte-americana, na legislação Processual Civil Brasileira. Assim, comumente, a doutrina e jurisprudência têm empregado a locução "devido processo legal" para significar as garantias advindas ou derivadas do referido PRINCÍPIO tais como:

- a) Direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação;
- b) Direito a um rápido e público julgamento;
- c) Direito ao arrolamento e notificação das testemunhas para comparecerem perante os Tribunais;
- d) Direito ao procedimento contraditório;
- e) Direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis "ex post facto";
- f) Direito à plena igualdade entre acusação e defesa;
- g) Direito contra medidas ilegais de busca e apreensão;
- h) Direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas;
- i) Direito à assistência judiciária, inclusive gratuita;
- j) Privilégio contra a auto-incriminação.

O Princípio do devido processo legal em nosso ordenamento revela-se na consagração de outros princípios que entendemos, com base nos ensinamentos de Nelson Nery Júnior, sejam deste decorrente, conforme destacaremos a seguir.

²⁰ JÚNIOR, Nelson Nery - Princípios do Processo Civil na Constituição Federal - Editora Revista dos Tribunais, 5ª Edição, p. 31/35.

4.2 Princípio do direito de ação

Sem que tenhamos de nos aprofundar na secular "querella" filosófica do historicismo jurídico em face ao Direito Natural, consideramos pacífico que o direito de demandar ou acionar o Estado - Juiz na busca de provimento ou solução para um conflito é inerente à pessoa humana, inclusive dos que não têm razão para pretender a jurisdição contra alguém (Direito abstrato de Ação). De outro lado, a própria estrutura do Estado que atribui a competência para produção de normas gerais a órgão do "Poder Legislativo" (repartição funcional do poder uno do estado) não pode proibir (coercitivamente) o que permite, nem permitir o que proíbe, sendo amplo o direito de ação.

Para a Escola Processualista Mexicana, representada no pensamento de ALCALÁ - ZAMORA Y CASTILLO, "O direito pode realizar-se sem o processo e costuma realizar-se sem o processo. Chama-se realização espontânea do direito à conduta adotada dentro daquilo que é juridicamente permitido seja ela importante ou não, e realização coativa do direito, à conduta mantida através do processo. O processo não é o único meio de realização coativa do direito. Os atos legítimos de autotutela, direito de retenção, greve, legítima defesa o demonstram. É sem dúvida o mais importante dos meios de execução coativa do direito"²¹.

Tomando como fundamento de nossa abordagem a Constituição Federal, encontramos no art. 5º, inc. XXXV o seguinte mandamento: "a Lei não excluirá apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito", preceito

²¹ ALCALÁ - ZAMORA Y CASTILLO - Proceso, Autocomposicion, Autodefensa, México, 1947, p. 18.

que, conforme os sábios ensinamentos de Pontes de Miranda²² (22) possuía (em relação à Constituição revogada) como destinatário principal o próprio legislador, de modo que esse não pudesse, através de edição de lei, impedir que o jurisdicionado fosse a juízo deduzir pretensão.

Assim, o Princípio do Direito de Ação, ou Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional possui no nosso ordenamento "STATUS CONSTITUCIONAL", e mais, como garantia de "Cláusula Pétrea", por se encontrar inserido no Título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", no Capítulo "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", como direito e garantia individual.

Pela exegese da norma constitucional, verificamos que, todos, indiscriminadamente, têm direito de acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória, relativamente a um direito, não só de natureza individual, como também os de natureza difusos e coletivos, desde que se encontrem legitimados para agir em juízo.

Nelson Nery Júnior²³ nos lembra que o direito à tutela jurisdicional não se confunde com o direito de petição, garantido pelo art. 5º, inc. XXXIV, a, da CF, sendo esse conferido para que se possa reclamar junto aos poderes públicos em defesa de direitos e contra ilegalidade ou abuso de poder (direito político). Enquanto que, a moderna processualista define o direito de ação como direito público subjetivo, pessoal (salvo nos casos de direitos difusos e coletivos), de se vir a juízo pleitear a tutela jurisdicional atendendo-se à condição de ação e ao interes-

se processual (interesse - necessidade), e de se obter a "resposta" por meio de sentença, à pretensão deduzida em juízo, seja favorável ou contra o autor.

Consideramos que o direito de ação, como direito público subjetivo, é alcançado quando se consegue o objeto desse mesmo direito, independentemente da tutela jurisdicional ser prestada através da oferta de "sentença de mérito" (art. 267, IV e VI, do CPC). A inafastabilidade do controle jurisdicional exercitado através do direito de ação obriga o magistrado (órgão político do estado - juiz) a sentenciar, sob pena de responsabilização pela parte prejudicada detentora do direito público subjetivo.

O princípio do direito de ação é também garantido pela obrigatoriedade do Estado Juiz em decidir a lide valendo-se dos meios de integração normativa. (Lei de Introdução ao Código Civil e CPC).

Convém ressaltarmos que o referido procedimento (integração normativa) distingue-se da chamada "Justiça Alternativa" ou uso "Alternativo do Direito" defendido com sapiência pela Escola de Direito Livre ou pelos teóricos da Livre Investigação Jurídica ou Livre Criação do Direito, no nosso país representada no pensamento da "Escola Gaúcha" (alternativista), posto que, a metodologia adotada por estes teóricos implica (ao aplicador) tomar o fato como objeto primário e principal do conhecimento, invertendo-se a relação entre a norma e o fato como ocorre no modelo tradicional de interpretação pela via do processo de subsunção (lógica jurídica) do fato à norma.

4.2.1 Da garantia de acesso à justiça

Para Nelson Nery Júnior, o Princípio do Direito de Ação estatui em decorrência a garantia da assistência ju-

²² PONTES DE MIRANDA - Comentários à Constituição de 1967 - com a EC nº 01/69 - 2ª Edição, SP-1971-Tomo V, p. 108/109.

²³ JUNIOR, Nelson Nery - Princípios do Processo Civil na Constituição Federal - Editora Revista dos Tribunais - 5ª Edição, p. 92/124.

ridica e integral aos necessitados (art. 5º, inc. LXXIV, CF) e da não-exigência de esgotamento da via administrativa para ingresso em juízo²⁴.

A atual carta constitucional revogou tacitamente (implicitamente) a exigência do prévio esgotamento da via administrativa, prevista em leis infraconstitucionais, para que se pudesse ingressar com ação em juízo, funcionando assim dita exigência como condição ou requisito de "procedibilidade" da ação civil, condicionando ao seu conhecimento ou à extinção do processo sem apreciação meritória (art. 267, VI do CPC).

É de sabença trivial e com lastro em decisões jurisprudenciais dominantes, que a CF/88 não mais permite a denominada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, a exemplo do contido no art. 38 da LEF (Lei. 6830/70) que condicionava o ajuizamento da ação declaratória ou anulatória de débito fiscal, ao prévio depósito do valor do débito monetariamente corrigido e acrescido de juros e multa de mora.

Há todavia controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais no sentido do necessário esgotamento das instâncias da justiça desportiva, relativa à disciplina e às competições esportivas, tendo em vista a interpretação do texto constitucional, (art. 271, § 1º da CF), bem como, se ainda continua em vigor a exigência do depósito de 5% sobre o valor da causa exigido como requisito ao ajuizamento da ação rescisória e, ainda, relativamente à observância do prazo de 120 dias para impetração de mandado de segurança, exigido no art. 18 da Lei 1.533/51, regedora da matéria (o cerne da controvérsia diz respeito ao poder regulamentar in-

fraconstitucional para restringir garantia instituída pela Constituição Federal).

No tocante à assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados convém realçarmos, nessa abordagem, o pensamento de Cândido Rangel Dinamarco²⁵ para quem a "Universidade da tutela jurisdicional" garantida aos pobres na forma da Lei ou aos hipossuficientes constitui, na moderna processualística, requisito para realização do desiderato da efetividade processual, ao facilitar ou permitir acesso da grande maioria de nossa população ao Poder Judiciário.

No nosso ordenamento continua em vigor a Lei 1.060/50, que garante a gratuidade da justiça aos necessitados na forma da Lei e no Estado de Pernambuco, recentemente, foi editada a Lei Complementar n.º 20 de 09/6/98, instituidora da Defensoria Pública Estadual que busca viabilizar o escopo político e jurídico traçado no Princípio Constitucional do Direito de Ação.

O mestre paulista Cândido Dinamarco preleciona que o "custo financeiro" do processo e a miserabilidade das pessoas de nosso país mitigam os efeitos do Princípio Constitucional e ressalta, entusiasticamente, ainda nesse contexto, a importância da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e as Leis que conferem ampla legitimidade ao Ministério Público e outras entidades, para o ajuizamento de causas relativas à tutela de direitos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos de categorias de pessoas ou coletividades o que, no dizer de Dinamarco, implica a maior "*carga de utilidade social e política do processo*"²⁶.

²⁴ JUNIOR, Nelson Nery - Princípios do Processo Civil na Constituição Federal - Edição Revista dos Tribunais - 5ª Edição, p. 113/112.

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo - Malheiros - 7. ed. p. 274/283.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo - Malheiros - 7. ed. p. 274/283.

4.3 Princípio da igualdade das partes ou da isonomia

O Princípio da Igualdade de todos perante a lei, também denominado de igualdade jurídica ou formal, posto que nenhum regime político ou forma de governo conseguiu, até então, eliminar a desigualdade econômica, é premissa básica para a afirmação da igualdade de todos perante o Juiz (aplicador da lei), devendo ter as partes e seus procuradores tratamento igualitário para fazer valer em juízo as suas razões.

Desde os gregos já se proclamava a justeza do tratamento igual aos ontologicamente iguais e tratamento desigual para os desiguais. A origem dessa diferença, como sabemos, advém de questões de fundo econômico, de modo que, o referido princípio tem como desiderato garantir a igualdade formal das partes.

Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, e Antônio Carlos de Araújo Cintra²⁷, em sua clássica obra Teoria Geral do Processo, identificam e comentam diversos artigos do CPC nos quais buscou o legislador assegurar "instrumentalmente" esses postulados principiológicos, trazendo à análise comentários sobre o art. 125, I do CPC, que proclama: "*O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento*" e art. 9º do CPC, que determina a nomeação de curador especial ao incapaz, réu preso, ou réu revel citado editaliciamente, ou por hora certa, buscando demonstrar que os citados dispositivos visam a garantir formalmente tratamento isonômico para relações substantivas desiguais.

Muito se tem discutido acerca da ofensa ao Princípio da Igualdade ou Isonomia Processual em relação ao tratamento dispensado pela legislação processual à determinada categoria de parte no processo, tais como: MINISTÉRIO PÚBLICO, UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL, MUNICÍPIOS, bem como, suas AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES, em se tratando do benefício da dobra do prazo para interposição de recursos ou do quádruplo do para prazo contestar, assegurado no art. 188 do CPC, com redação dada pelo art. 1º da Med. Prov. Nº 1798-2, Publicada no DOU de 12/3/1999.

Nelson Nery Júnior²⁸ justifica o supra tratamento diferenciado, não com fundamento nas questões estruturais ou funcionais dos poderes ou instituições, como habitualmente se alega, em se tratando de "aumento do volume de demandas", "carência de pessoal", "indisponibilidade da defesa dos interesses em juízo", mas, o benefício de prazo, afirma o citado mestre, constitui-se como afirmação e efetivação do Princípio da Igualdade, no tratamento desigual para os desiguais, como "medida de equidade", atuando em prol da igualdade substancial de que abordamos anteriormente, frente à desigualdade ontológica dos interesses defendidos.

Consideramos que o princípio informador dos referidos dispositivos escapam à abordagem simples da dogmática, sendo no estudo da axiologia jurídica que encontraremos a justificativa para o tratamento desigual, todavia, essas razões não infirmam o princípio maior garantidor da paridade ou do tratamento igualitário, cabendo ao aplicador, sempre, perseguir a finalidade social do direito (art. 5º, L ICC).

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo - Teoria Geral do Processo - Ed. Revista dos Tribunais, 1989 p. 23.

²⁸ JUNIOR, Nelson Nery - Princípios do Processo Civil na Constituição Federal - Editora Revista dos Tribunais - 5. ed. p. 42/50.

Entendemos, também, que os direitos defendidos pelo Estado (Fazenda Pública) e pelo Ministério Público, são direitos públicos, de toda uma Coletividade, "meta-individuais" e, em regra, indisponíveis, merecendo em vista disso o tratamento diferenciado dispensado pelos arts. 188, 17 da LEF, 730, 277, 20 § 4º, 475, do CPC, no atinente aos entes públicos estatais, e no art. 127, da CF, art. 81 e 82, e 499, § 2º do CPC em se tratando do "Parquet" ou Órgão Ministerial.

4.4 Princípios do juiz ou promotor natural

A Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 5º, incisos LIII e XXXVII, estabelece que "não haverá Juízo ou Tribunal de Exceção" e que, "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

Nossa Doutrina, utilizando-se de terminologia advinda do Direito comparado, denomina a referida garantia como PRINCÍPIO do JUIZ ou PROMOTOR NATURAL, já denominada pelos alemães como "PRINCÍPIO do JUIZ LEGAL".

Pontes de Miranda²⁹ nos assevera que "*Tribunal de Exceção é aquele designado ou criado por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a já existência do Tribunal*".

Pela leitura das lições do renomado jurista pátrio, infere-se que o mandamento constitucional visa coibir a criação de órgãos judicantes para o julgamento de questões civis e criminais "EX POST FACTO OU AD PERSONAM", salvo as exceções estatuídas na própria CONSTITUIÇÃO.

²⁹ PONTES DE MIRANDA - Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 1934), Rio de Janeiro, Volume II, p. 228.

A Doutrina alemã³⁰ assegura que o juízo especial, permitido pela Constituição e não violador do Princípio do Juiz Natural, é aquele previsto anteriormente, abstrato e geral para julgar matéria específica prevista na Lei.

Entendemos que não é correto confundir tribunal de exceção com prerrogativa de foro, a exemplo dos previstos na legislação adjetiva (art. 100, I e II do CPC e art. 52, I CF), que tratam respectivamente do foro para o ajuizamento das ações de separação judicial, divórcio e anulação de casamento, como o da residência da mulher, e do poder jurisdicional dado ao Senado Federal para julgar o Presidente da República nos Crimes de Responsabilidade, ou ainda, os denominados foros de eleição constituídos por intermédio de convenção das partes e versando sobre matéria de competência relativa.

Por força dos referidos mandamentos constitucionais, o princípio do juiz natural se aplica ao processo civil, penal e ao administrativo, não se distinguindo o tipo de processo que é abrangido pela garantia e se expressa na legislação instrumental que trata das hipóteses de competência absoluta do juízo, sendo portanto matéria de ordem pública.

Nelson Nery Júnior, em comentários à obra já por diversas vezes citada, didaticamente nos ensina que o "Princípio do Juiz Natural" se traduz na satisfação dos seguintes requisitos:

- "a) exigência de determinabilidade, consistente na prévia individualização dos juízes por meio de leis gerais;
- b) garantia de justiça material (independência e imparcialidade dos juízes);

³⁰ JÚNIOR, Nelson Nery - Princípios do Processo Civil na Constituição Federal - Revista dos Tribunais - 5. ed. p. 65.

- c) *fixação de competência, vale dizer, o estabelecimento de critérios objetivos para a determinação da competência dos juízes;*
- d) *observância das determinações de procedimento referentes à divisão funcional interna*²¹.

Consideramos que o Princípio Processual do Juízo Natural guarda estreita vinculação e não seria exagerado afirmar que decorre, como consequência, do **PRINCÍPIO DO ESTADO DO DIREITO** em que se assenta nossa organização política constitucional e da grande maioria das organizações estatais da atualidade.

Para alguns doutrinadores o referido Princípio do Juiz Natural possui subdivisão classificada como **Princípio do Promotor Natural**.

No nosso sistema, o princípio se encontra consagrado na CF art. 128, I, e art. 129 e ainda, em várias leis federais e estaduais disciplinadoras das atribuições dos membros do Ministério Público.

Assim, a CF consagra o princípio do promotor natural ao conferir a titularidade exclusiva da ação penal pública ao ministério público, revogando em linguagem constitucional os procedimentos criminais "ex officio" (Lei das Contravenções Penais) ou por "Portaria" de autoridade policial em delitos de acidente de trânsito.

Os Constitucionalistas de renomada que defendem a consagração no nosso ordenamento do aludido princípio, comentam que do mesmo modo que o princípio do juízo natural assegura aos jurisdicionados o direito a obterem **Sentença** (decisão definitiva) do juízo competente, (juiz legal), o princípio do promotor natural assegura igual-

mente ao Cidadão o direito de receber a acusação ou de ser processado por um órgão do Estado escolhido previamente, segundo critérios e atribuições legais; em face disso, podemos afirmar que a nossa Carta Magna Republicana prestigiou a tese de que a ação penal só poderá ser exercida pelo órgão titular, detentor de parcela de poder do Estado, atuando como "DOMINUS LITIS" dos interesses e direitos públicos da comunidade.

4.5 Princípio da proibição da prova ilícita

O princípio da proibição da prova ilícita decorre, no nosso modesto entender, do princípio do devido processo legal e igualmente encontra-se consagrado em sede constitucional.

O princípio vetorial insculpido constitucionalmente se revela expressamente no disciplinamento dos "meios de prova" constante da lei instrumental (art. 332, e segs. do CPC), em se tratando da jurisdição civil.

Na atualidade, os doutrinadores se controvertem a respeito da prova obtida ilicitamente como válida e eficaz no processo civil.

No direito comparado de origem alemã, o princípio da busca da verdade real se encontra mitigado, a fim de que sejam respeitados os direitos personalíssimos e os direitos fundamentais do cidadão, levando à invalidade material e à inadmissibilidade no processo da prova obtida ilicitamente.

Vale ressaltarmos, todavia, que se evidencia forte corrente jurisprudencial, emanada dos tribunais superiores, no sentido da consagração da tese da proporcionalidade ou lei da ponderação, de sorte a abrandar o princípio da proibição da prova ilícita.

²¹ JUNIOR, Nelson Nery - Princípios do Processo Civil na Constituição Federal - Editora Revista dos Tribunais - 5. ed. p. 65/85.

Inúmeros arrestos têm admitido o referido meio de prova, em se cuidando de interceptação de conversa telefônica ou gravação de outros meios de comunicação, quando um dos interessados é parte na demanda, não havendo quanto a esse qualquer ilegalidade.

A discussão da matéria motivou a edição da Lei nº 9.296 de 24/7/1996, que estabelece a hipótese da interceptação telefônica por ordem judicial, requerida incidentalmente no procedimento criminal (inquérito policial ou processo penal), com função acautelatória, sempre que haja indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal.

A aparente ofensa às garantias constitucionais assecuratórias do direito à inviolabilidade da intimidade, frente a outros direitos igualmente fundamentais, deve ser compatibilizada pela tarefa do intérprete e aplicador da lei, utilizando-se sempre do método sistemático de exegese constitucional e das normas processuais, de modo que não haja "sobre - princípio" ou "sobre - direitos", porquanto todos decorrem de regra matriz constitucional.

4.6 Princípio da publicidade dos atos processuais

O princípio processual da publicidade dos atos processuais consta expressamente da regra inserta no art. 155 do CPC, encontrando fundamentação de validade nos preceitos constitucionais insculpidos no art. 5º, LX e art. 93, IX da CF/88.

Assim, todos os julgamentos do poder judiciário serão públicos, só podendo a lei restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Nelson Nery Júnior³² nos assegura, em apertada síntese, que o referido princípio tem como carolário o "Princípio do Estado de Direito" inspirador de outros princípios orientadores de normas infraconstitucionais.

4.7 Princípio do duplo grau de jurisdição

Apesar de não constar expressamente, como constava na Constituição do Império de 1824, a Carta Magna atual confere competência recursal a órgãos integrantes do Poder Judiciário, garantido, assim, o exercício do duplo grau de jurisdição por instância superior, e de regra, com composição colegiada.

Não há no texto da CF nenhuma vedação ou limitação à efetividade desse princípio, todavia, encontramos em vigor diversas leis que dispõem sobre o processamento de recursos para a segunda instância revisora, percebendo-se nítida tendência, talvez por motivo de política judiciária, de reduzir-se às hipóteses de conhecimento ou seguimento de recursos para as Cortes Superiores.

Nesse sentido, o art. 38 da Lei n.º 8.038/90 que prevê a possibilidade de indeferimento de recursos extraordinário e especial, quando manifestamente intempestivos, incabíveis ou improcedentes ou quando nas questões predominantemente de direito, contrariarem Súmula do STF ou STJ e recentemente, disposição contida na Lei 9.756, de 17/12/1998 que deu nova redação ao art. 557 do CPC, atribuindo ao relator (órgão monocrático) integrante de órgão jurisdicional de 2º grau, poderes para indeferir e julgar prejudicado recursos (admissibilidade), bem como, julgar improcedente (mérito), ou dar provimento, a re-

³² JÚNIOR, Nelson Nery - Princípios do Processo Civil na Constituição Federal - Editora Revista dos Tribunais - 5. ed. p. 165.

curso que não seja Especial ou Extraordinário, manifestamente inadmissível ou contrário à Súmula do tribunal de que integre ou de Tribunal Superior.

Nelson Nery Júnior³³ nos informa que o princípio do duplo grau de jurisdição ingressou também em nosso ordenamento por força de ratificação de tratado internacional, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), do qual a República Federativa do Brasil é signatária.

Consideramos, ainda, ao analisarmos o princípio do duplo grau de jurisdição, que o mesmo se encontra inspiado no princípio geral de direito, para alguns, de direito natural, que garante o direito ao "recurso" ou reexame por instância revisora de grau hierarquicamente superior, como decorrente da constatação da falibilidade humana.

4.8 Princípio da motivação das decisões judiciais

José Carlos Barbosa Moreira pontifica que o princípio da motivação das decisões judiciais decorre do princípio maior do Estado de Direito³⁴, enquanto que Nelson Nery Júnior vislumbra como decorrente ou derivado do Princípio do Devido Processo Legal.

O art. 93, IX da CF dispõe, cominando pena de nulidade, que as decisões judiciais devam ser motivadas ou fundamentadas.

O princípio consagrador da necessária fundamentação das decisões judiciais vincula-se a outros princípios igualmente importantes, que dizem respeito à im-

parcialidade do juiz (juiz competente ou natural), e ao princípio da publicidade das decisões judiciais, vez que, se faz necessário dar conhecimento aos jurisdicionados das causas e fundamentação do "decisum", como também, acerca das razões do convencimento do juiz.

O nosso CPC, art. 458, II, exige como requisito da sentença os fundamentos de fato e de direito em que o juiz se baseou para decidir a causa, regra também exigida para os Acórdãos dos Tribunais e mitigados seus efeitos em se tratando de decisões interlocutórias, nas quais exige-se fundamentação de modo concisa, art. 165 do CPC, como também, o art. 459, segunda parte do CPC, que dispõe sobre a possibilidade de o juiz, nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, decidir de forma concisa.

Nelson Nery Júnior destaca que o citado art. 93, IX e X, da CF discrepa da regra geral de técnica legislativa utilizada pelo constituinte originário, por conter norma sancionadora, e não apenas descritiva ou principiológica, ao contrário, cominou pena de nulidade a ato regido por lei infraconstitucional, em flagrante demonstração do prestígio do tema e ao princípio processual-constitucional retro mencionado.

4.9 Princípio do contraditório

Para os pesquisadores a origem do Princípio do Contraditório remonta ao direito romano ao consagrar a expressão "audiatur et altera pars" que erigiu o conceito de direito de defesa.

Os processualistas modernos, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra³⁵, consideram que o conceito de bilateralidade da ação

³³ JÚNIOR, Nelson Nery - Princípios do Processo Civil na Constituição Federal - Edipro/Revista dos Tribunais - 5. ed. p. 170

³⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos - A Motivação das Decisões Judiciais como garantias inerente ao Estado de Direito em "Temas de Direito Processual", 2. ed. São Paulo, n.º 74, 1980, p. 88.

gera a bilateralidade do processo autor e réu, formulando uma parte a Tese e a outra a Antítese, ensejando a oferta pelo estado - juiz da tutela jurisdicional em forma de Síntese, em um processo dialético tipicamente representado pelo Contraditório.

No nosso ordenamento, o princípio do contraditório foi erigido como dogma constitucional, expressamente, em se tratando de Processo Penal, Processo Civil e Administrativo, devendo ser observado não apenas formalmente, mas também sob o aspecto substancial e consideradas inconstitucionais as normas que o infringirem.

A Doutrina Italiana entende haver estreita ligação entre esse princípio e o Princípio do Estado de Direito (dogma constitucional), Princípio da Igualdade das Partes e Princípio do Direito de Ação, posto que o direito ao contraditório implica tanto o direito de ação, como o direito de defesa, observado o devido processo legal caracterizador do estado de direito³⁶.

Para a Escola Processual Alemã, o princípio do contraditório emerge do princípio de paridade das partes, com as mesmas oportunidades e instrumentos processuais (Igualdade de Armas) para que possam fazer valer os seus direitos, deduzindo pretensões, ajuizando ação, oferecendo resposta, requerendo a realização de provas, interpondo recursos, desde que sejam partes litigantes, autor, réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo, assistente litisconsorcial ou membro do Ministério Público na qualidade de parte³⁷.

É inerente ao Princípio do Contraditório a necessi-

dade de se dar conhecimento da ação e dos atos do processo, favorecendo o exercício do direito de defesa.

Na nossa sistemática processual civil a ciência dos atos é dada através da "citação", da "notificação" e da "intimação" das partes.

No processo civil brasileiro a "citação" do réu é ato que implementa por excelência o contraditório, validando formalmente a relação processual e cominando de nulidade o processo quando inválida.

Sabemos que a atitude do réu diante da citação é de diversas ordens, seja de forma comissiva apresentando resposta (gênero), concordando ou não com o pedido formulado, ou de forma omissiva, sujeitando-se aos efeitos da revelia (ônus) em relação à matéria fática.

Nelson Nery Júnior nos apresenta terminologia apropriada para definição do princípio do contraditório no processo civil, qual seja, a "BILATERALIDADE DA AUDIÊNCIA"³⁸.

É conhecida a posição doutrinariamente defendida, que entende se encontrar restringido o princípio do contraditório no processo de execução, dado o notório desequilíbrio entre o devedor e credor, esse na posição de exequente, como relativamente aos procedimentos de jurisdição voluntária (em face à inexistência de partes), bem como, frente à concessão de "liminar inaudita altera pars" no processo cautelar.

Entendemos, contrariamente a essa corrente, que o contraditório se manifesta nos três tipos clássicos de processo no nosso sistema (conhecimento, execução, cautelar). Anteriormente, já mencionamos a forma como o con-

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo - Teoria Geral do Processo - Ed. Revista dos Tribunais, 1985 p. 23.

³⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo - La Corte Costituzionale ed il Processo Civile. In Revista de Direito Processual - nº XXIII, 1968 - p. 766.

³⁸ JÚNIOR, Nelson Nery - Recursos no Processo Civil (Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos) 4ª Ed. São Paulo, 1997, Capítulo 2º.

³⁸ JÚNIOR, Nelson Nery - Princípios do Processo Civil na Constituição Federal - Editora Revista dos Tribunais - 5ª Edição p. 144.

traditório se revela no processo de conhecimento e, relativamente ao processo de execução, consideramos que, com o oferecimento dos embargos do devedor, se instaura um verdadeiro processo de conhecimento, incidentalmente ao processo de execução, cuja decisão possuirá natureza constitutiva, não havendo ofensa ao contraditório das partes.

No tocante ao Processo Cautelar, com a consequente concessão de medida liminar (sem a ouvida da parte contrária), ou no caso da antecipação de tutela de mérito (art. 273 do CPC) ou de provimentos cautelares em ações especiais (possessória, mandado de segurança, ação popular, ação civil pública), opinamos igualmente que não há violação ao princípio do contraditório, seja porque é facultado à parte o direito de recorrer, seja em face da natureza de provisoriidade dessas medidas, que poderão até mesmo ser reformadas de ofício pelo julgador, no exercício do poder geral de cautela, ou por manifestação da parte contrária ao interpor o recurso cabível.

Por fim, consideramos que não é de todo desarrazoado buscarmos relacionar o princípio do contraditório com os conceitos que emanam do valor JUSTIÇA, imanente no nosso sistema normativo.

5. Conclusão

Neste final, considerando o escopo a que o presente estudo se presta, impossível se torna a apresentação de conclusões em definitivo. Optamos pela apresentação de "idéias-síntese", passíveis portanto de novas elaborações e, consequentemente, de novas conclusões.

Nesta trilha de pensamento, acodem-me as reflexões

de Eduardo Couture ao externar, "permito-me contudo, realçar, que nesta classe de reflexões, quando pensamos estar concluindo um pensamento, acontece que ele está iniciando"¹⁹ ...! É como sentimos.

Com efeito, as normas processuais, sabemos, aquelas que regulam o processo e que constituem objeto de estudo do ramo da ciência do Direito denominado como Direito Processual Civil, agrupam-se em torno de institutos e princípios, formando um sistema normativo coerente, lógico que se congrega com outros sistemas, também normativos, integrados por normas objeto de ramos de direito distintos, e que ao final, constituem o ordenamento jurídico positivo, considerado como válido, eficaz e vigente por determinada sociedade, em certo território, e em dado momento histórico.

Como normas jurídicas que são, as normas processuais possuem, igualmente, dimensão axiológica e teleologia própria, o que, visto por esse enfoque, significa ressaltar sua natureza instrumental a serviço dos valores que são objeto de consagração na ordem jurídico - substancial, em busca da satisfação e composição dos conflitos de interesses entre os homens (gênero).

Ademais, como ramo de conhecimento científico, se assenta em princípios próprios, possuidores de tríplice missão, na elaboração, aplicação e inteligência de suas regras, essa última, tema central do presente estudo.

Por sua vez, esses Princípios Processuais se apresentam como categoria de Princípios Processuais Constitucionais por emanarem de Matriz Constitucional e Princípios Gerais ou Informadores do Direito Processual Civil, disseminados e revelados nas normas de igual natu-

¹⁹ COUTURE, Eduardo - Interpretação das Leis Processuais - Editora Forense, 4ª Edição, 1997 - p. 36/51.

reza, orientando o intérprete no seu desiderato, consciente que mais fiel será a interpretação, definidora do sentido e alcance da norma a ser aplicada, quanto mais próxima se encontrar dos princípios inspiradores que lhe deram existência.

O estudo da Principiologia transcende, todavia, ao nosso objetivo, sendo da seara da "Filosofia do Direito" e da "Teoria Geral do Direito"; entretanto, deixar de considerar a importância dos Princípios Processuais para o intérprete, implica a redução do objeto do Direito Processual, para tão-somente o "modus faciendi" ou procedimento, a ser adotado pelas partes, juizes e auxiliares, para a prática dos atos processuais, conforme constante de um "manual".

Nesse sentido, lembramos as palavras de "Piero Calamandrei" quando afirmava "não ser grande a diferença, sob o aspecto lógico, entre o código de processo civil ou penal que ensina como se deve "proceder" para obter Justiça, e certos manuais de técnica elementar que dispõem sobre o "procedimento" de alguma arte ou ofício e que se intitulam, por exemplo, "como se cultivar as rosas, ou como se tornar fotógrafo". Julgamos que não é esse o nosso mister de operadores do direito, ou melhor, não deverá sê-lo⁴⁰.

Assim, se não quisermos apenas adotar o "proceder", necessário se faz o estudo dos Princípios Processuais para a tarefa do intérprete, em suas diversas ordens e categorias, agrupando-os ainda, em "sub-sistemas", relativamente à importância emprestada a determinadas matérias ou institutos.

Ao final, que nos sirva de alento o pensamento de

Cappelletti, diante da árdua e aparentemente interminável tarefa a que nos propomos, "nenhuma ação transformadora poderá ser bem sucedida se ignoramos a natureza das coisas que lidamos"⁴¹.

6. Referências Bibliográficas

- ALCALÁ - ZAMORA Y CASTILHO - *Proceso. Auto-composicion. Autodefensa*. México, 1947.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Motivação das Decisões Judiciais como garantias inerente ao Estado de Direito em "Temas de Direito Processual"*, 2ª ed. São Paulo, 1980.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico* - Editora Polis - Universidade de Brasília, 1989.
- BUZUID, Alfredo. *Exposição de Motivos, nº 13 do CPC*; Saraiva, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro - *Processo e Ideologie* - por GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo - *Teoria Geral do Processo. Ed. Revista dos Tribunais*, 1985.
- CARNELUTTI, Francisco - *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Pádova, 1936.
- COMOGLIO, Luigi Paolo - *La Corte Costituzionale ed IL Processo Civile. In Revista de Direito Processual - nº XXIII*, 1968.
- COUTURE, Eduardo - *Interpretação das Leis Processuais* - Editora Forense, 1997.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do*

⁴⁰ PIERO, Calamandrei - *Processo e Democrazia*, p. 22, CEDAM, 1954 - Pádova - Por Rocha, José de Moura in "Estudo Sobre o Processo Civil" LUPPE p. 329.

⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro - *Processo e Ideologie* - p. 6/7, por GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo - *Teoria Geral do Processo* - Ed. Revista dos Tribunais, 1985 p. 23.

- Processo - Editora Malheiros, 1998.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Perspectiva, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo - *Teoria Geral do Processo* - Revista dos Tribunais, 1985.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* - 4. ed. Armênio Amado - Editor, Coimbra.
- LIEBMAN, Tullio Enrico. *Problemi Del Processo Civile*. Milano. Morano Editore, 1962.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições do Direito Processual Civil*. Ed. Forense. 1958.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Forense, 1984.
- MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción Al Estudio Del Derecho*. Editorial Porrúa, S.A 1980.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 1934), Rio de Janeiro.
- _____. *Comentários à Constituição de 1967 - com a EC nº 01/69 - 2ª Edição*, SP - 1971
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Recursos no Processo Civil (Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos)* 4. ed. São Paulo, 1997.
- _____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. Revista dos Tribunais. 5. ed.
- PEDROSO, Antônio Carlos de Campos. *Integração Normativa*. Revista dos Tribunais, 1985.
- PIERO, Calamandrei. *Proceso e Democracia*, CEDAM, 1954 - Pádova - por ROCHA, José de Moura in "Estudo Sobre o Processo Civil" UFPE.

- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, José BUSHATSKY Editor, São Paulo, 1974.
- ROCCO, UGO. *Teoria Geral del Proceso Civil*. Editorial PORRUA, S.A 1959.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Saraiva, 1978.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Forense, 1991. v.1
- VIRGÍLIO, Andreoli. In: *Lezioni Di Diritto Processuale Civile*, Napoles, 1973.
- VON, Bülow Oskar. *La Teoria de Las Excepciones Procesales Y Los Presupuestos Procesales*. Edit. Buenos Aires, 1964, por COUTURE, J. Eduardo ob. cit.

JUROS ELEVADOS: INCONSTITUCIONALIDADE E LESÃO NOS CONTRATOS

Samuel Horácio de Oliveira
Bacharel em Ciências Jurídicas. Aluno da Escola Superior da
Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE.

SUMÁRIO

1- À guisa de introdução. Política econômica como causa inicial da lesão nos contratos. 2- Ordenamento jurídico, necessidade de interação lógica. 3- Inconstitucionalidade material violação do princípio regulador do sistema financeiro. 4- Não auto-aplicabilidade do art. 152 da CF inexistência de lei complementar. Recepção do direito ordinário anterior. 5- Plena validade da lei de usura. 6- Usura e anatocismo. 7- Consequência dos juros abusivos nos contratos. 8- Cláusulas abusivas nos contratos bancários. Vedação no Código de Defesa do Consumidor. 9- Conclusão.

1. À guisa de introdução. Política econômica como causa inicial da lesão nos contratos.

Que fazer, contra a ilegalidade dos juros abusivos?
*"Para encontrar a Justiça, é necessário ser-lhe fiel. Ela como todas as divindades, só se manifesta a quem nela crê."*¹

O Estado existe, senão para realizar o social em todos os seus aspectos. Hodiernamente, o sistema político tem buscado exaustivamente promover o desenvolvimento do país, por meio de políticas fiscais e, ou, monetárias, a

* * * * *

¹ CALAMANDREI, Piero. *Ética, os Juízes*, vistos por um advogado. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 04.

fim de se conseguir, por exemplo, a estabilidade dos preços, o pleno emprego e o equilíbrio como um todo da atividade econômica.

O Banco Central administra o dinheiro por meio de operações técnicas, com aumento ou diminuição das reservas, regulando os empréstimos aos bancos privados, bem como as suas devidas aplicações. Consequentemente, regula os juros. É a chamada política monetária.

O Governo, de outra parte, atua com mecanismos de intervenção no domínio econômico, regulando o orçamento governamental e os impostos, para também equilibrar a atividade econômica. É a chamada política fiscal, efetivada nos países industrializados desde a Segunda Guerra mundial.

As economias de mercado do tipo *laissez-faire* não possuem mais razão de ser no mundo contemporâneo. A estrutura da sociedade atual exige uma devida e adequada intervenção. É assim que o ilustre representante da Escola do Recife, Pinto Ferreira², citando Tobias Barreto, registra que *"a grande questão do mundo atual é social e econômica."* Não obstante isso, o caminho a ser trilhado para se alcançar o pleno desenvolvimento deve ser o da estrita legalidade.

É aqui que deságua toda a discussão no mundo jurídico. A atividade estatal não pode aniquilar os direitos fundamentais dos indivíduos, posto imprescindíveis para as bases estruturais da democracia.

No Estado de Direito não se pode olvidar o princípio da legalidade, que é o fruto da submissão do Estado à lei, conforme a disposição prevista no art. 5º, II, dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal. Nes-

se sentido, Bandeira de Mello³ ressalta a rigorosidade do referido princípio, assinalando que:

"É o que convém a um país de tão acentuada tradição autocrática, despótica, na qual o Poder Executivo, abertamente, ou através de expedientes pueris - cuja pretensa juridicidade não iludiria sequer a um principiante - viola de modo sistemático direitos e liberdades públicas e tripudia à vontade sobre a repartição dos poderes."

Por assim dizer, o poder estatal é uno e indivisível, mas repartido em funções, conforme a teoria de Montesquieu⁴. Para o ilustre pensador, *"todo homem que tem poder é levado a abusar dele; vai até encontrar os limites. Por isso necessária a divisão dos poderes, para que cada Poder freie o outro; impeça o abuso por parte deste."*

Assim, tenha-se presente que o Judiciário existe exatamente para que haja equilíbrio e justiça. Independente do sabor da conceituação doutrinária de Justiça, se é um conceito normativo ou um ideal, sabe-se que a mesma é um fim social. E, para tanto, o Poder Judiciário não pode se abster de solucionar, com temperança e bom senso, os conflitos sociais advindos das políticas econômicas governamentais.

Montesquieu⁵ já advertia que *"os preconceitos dos magistrados começam por ser os preconceitos da nação"*. E talvez essa seja a problemática de toda a questão. A interpretação equivocada de nossa Constituição Federal nasce de uma própria influência política em seu nobre sentido no nosso mais alto Pretório.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 49.

³ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 24.

⁴ *Ibid.* idem. p. 74.

⁵ FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 25.

O complexo social está a depender do Judiciário para equacionar a questão dos Juros. O Executivo, diversamente disso, já possui uma postura claramente definida, mais maquiavélica que o próprio teórico, usando de meios ilegais para atingir o desenvolvimento.

No nascedouro de qualquer crise econômica, a primeira medida do governo é elevar os juros para conter a inflação. Em medidas como tais, o efeito é imediato em toda a economia, afetando por fim as obrigações e contratos. Afetam-se geralmente os mais fracos.

O legislativo, outrossim, é conivente, visto não legislar o preceito complementar para colocar termo na discussão.

2. Ordenamento jurídico: necessidade de interação lógica

No texto adiante, pretendemos evidenciar a inconstitucionalidade da exigência de juros acima do seu limite legal, com a cega idolatria do mercado aos juros abusivos, bem como as consequências dessa ilegalidade nas obrigações.

Não é mansa e pacífica a questão, como se verá. A abordagem é complexa, mas rica em detalhes e argumentos.

Em virtude dessas considerações, cumpre examinarmos em primeiro plano o ordenamento jurídico sob o aspecto formal. Como bem disse Norberto Bobbio,⁵ *“as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si. Esse contexto de normas costuma ser chamado de ordenamento”*.

Sendo assim, o Direito não é norma, mas sistema de normas formando um todo coerente. Essa pluralidade de normas requer que haja uma devida identidade lógica (coesão), para a própria existência do conceito de sistema.

Por assim dizer, Moura Rocha⁷ afirma que:

“a ordem legal enquanto sistema de normas positivas, controle social formal que é, jamais alcançará sua solidez se, enquanto pauta ordenadora, não mantiver nexos com os objetos ordenados”.

Para o citado mestre, quando há um distanciamento entre a constituição formal e a real, limitando-se a eficiência da pauta ordenadora, instaura-se o caos, gerador de diversos conflitos.

De outra parte, para manter o referenciado nexos, mister se faz levar em consideração uma adequada interpretação constitucional entre a norma maior e a legislação ordinária, numa devida sistematização lógica.

Consoante a noção cediça de Carlos Maximiliano, citando Köhler, afirma que:

*“a queda da interpretação subjetiva pôs em realce os fatores sociais: prefere-se a exegese que torna o direito uma construção conseqüente, lógica, orgânica, e portanto, compatível com o bem geral. Por isso mesmo, ante a incompatibilidade dos textos, o progresso jurídico se realiza graças à interpretação evolutiva, inspirada pelo progredir da sociedade”*⁸

⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UnB, 1991, p. 19.

⁷ MOURA ROCHA, J. Elias Dubard. *Poderes do Estado e Ordem Legal*. Recife: UFPE, 1994, p. 133.

⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio: Forense, 1984, p. 159.

Verdade seja, o Direito é um todo harmônico. Assim sendo:

*"cada preceito é parte de uma totalidade. Por isso, do exame dessa totalidade, por seu conjunto, é que pode surgir o verdadeiro entendimento sobre o preceito. Não é por outro motivo que se repete que a lei não é o texto, mas o contexto"*⁹.

Nesse desiderato, uma exegese equivocada das normas, desprezando uma sistematização lógica entre o Direito Ordinário e o Constitucional faz nascer a contradição e o paradoxo no ordenamento jurídico, permitindo uma draconiana elevação dos juros. Por conseguinte, nascem os conflitos sociais pela não-eficiência da pauta ordenadora.

3. Inconstitucionalidade material: violação do princípio regulador do sistema financeiro

Como se sabe, é comum em todas as Constituições um capítulo próprio referente aos princípios constitucionais, geralmente em seu início. Contudo, é de sabença comum que há princípios constitucionais dispersos e, como bem assinalou Canotilho¹⁰, *"eles revelam íntima conexão com os princípios fundamentais iniciais, em termos de se apresentarem frequentemente como concretização ou refracção de dimensões necessárias destes."*

Mais adiante, o próprio autor aqui citado registra que a *"inconstitucionalidade consiste na violação do disposto na Constituição ou dos princípios nela consignados"*.

Tendo em vista que o parágrafo 3º do art. 192 de nossa Carta Política expressa que *"As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outra remuneração direta e indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano"*, e que *"a cobrança de acima deste limite será conceituada como crime de usura"*, fica claro que tal dispositivo é um princípio constitucional regulador e limitador do sistema financeiro nacional, coerente com os princípios fundamentais catalogados no início da Constituição.

E, como tal, qualquer desvirtuação desse princípio levará a uma flagrante inconstitucionalidade material. Aqui nasce o primeiro fator de dessemelhança no ordenamento pátrio.

Essa inconstitucionalidade se materializa independente da citada norma ser programática. O próprio Jurista Marcelo Neves¹¹, ilustre representante da Escola do Recife Contemporânea, estabelece que:

"embora normas de eficácia limitada, na medida em que sua aplicação plena depende da emissão de uma normatividade futura, elas estabelecem, no que concerne à sua eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, um dever para o legislador ordinário, condicionando negativamente a legislação futura, com a consequência de ser inválida por inconstitucionalidade qualquer lei que venha a contrapor-se-lhes."

⁹ COSTA, Celso Siqueira. *A interpretação Constitucional e os Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992, p. 19.

¹⁰ CANOTILHO, J. Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991, p. 70-71.

¹¹ NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 102.

Verdade seja, o Direito é um todo harmônico. Assim sendo:

*“cada preceito é parte de uma totalidade. Por isso, do exame dessa totalidade, por seu conjunto, é que pode surgir o verdadeiro entendimento sobre o preceito. Não é por outro motivo que se repete que a lei não é o texto, mas o contexto”*⁹.

Nesse desiderato, uma exegese equivocada das normas, desprezando uma sistematização lógica entre o Direito Ordinário e o Constitucional faz nascer a contradição e o paradoxo no ordenamento jurídico, permitindo uma draconiana elevação dos juros. Por conseguinte, nascem os conflitos sociais pela não-eficiência da pauta ordenadora.

3. Inconstitucionalidade material: violação do princípio regulador do sistema financeiro

Como se sabe, é comum em todas as Constituições um capítulo próprio referente aos princípios constitucionais, geralmente em seu início. Contudo, é de sabença comum que há princípios constitucionais dispersos e, como bem assinalou Canotilho¹⁰, *“eles revelam íntima conexão com os princípios fundamentais iniciais, em termos de se apresentarem frequentemente como concretização ou refração de dimensões necessárias destes.”*

⁹ COSTA, Celso Silva. *A interpretação Constitucional e os Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992, p. 19.

¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991, p. 70-71.

Mais adiante, o próprio autor aqui citado registra que a *“inconstitucionalidade consiste na violação do disposto na Constituição ou dos princípios nela consignados”*.

Tendo em vista que o parágrafo 3º do art. 192 de nossa Carta Política expressa que *“As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outra remuneração direta e indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano”*, e que *“a cobrança de acima deste limite será conceituada como crime de usura”*, fica claro que tal dispositivo é um princípio constitucional regulador e limitador do sistema financeiro nacional, coerente com os princípios fundamentais catalogados no início da Constituição.

E, como tal, qualquer desvirtuação desse princípio levará a uma flagrante inconstitucionalidade material. Aqui nasce o primeiro fator de dessemelhança no ordenamento pátrio.

Essa inconstitucionalidade se materializa independente da citada norma ser programática. O próprio Jurista Marcelo Neves¹¹, ilustre representante da Escola do Recife Contemporânea, estabelece que:

“embora normas de eficácia limitada, na medida em que sua aplicação plena depende da emissão de uma normatividade futura, elas estabelecem, no que concerne à sua eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, um dever para o legislador ordinário, condicionando negativamente a legislação futura, com a consequência de ser inválida por inconstitucionalidade qualquer lei que venha a contrapor-se-lhes.”

¹¹ NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 102.

Sendo assim, não obstante ser o art. 192 da CF de eficácia limitada, qualquer lei futura que tenha conteúdo material distinto será inválida, ou, no pensamento de Kelsen¹², válida, porém anulável.

É de verificar-se que o tema de juros é de prehenção discussão entre os Tribunais e doutrinadores pátrios. Tudo, porém, assim acontece por pura obra de uma interpretação cega do ordenamento jurídico, deixando que os grupos financeiros tomem para si o papel social do Estado.

4. Não auto-aplicabilidade do art. 192 da C.F. Inexistência de lei complementar. Recepção do direito ordinário anterior

Outra discussão sobre a presente matéria reside no fato de que o art. 192 da CF, *caput*, determinou a elaboração de Lei Complementar destinada a regular o sistema financeiro. Em consequência disso, acha-se não auto-aplicável o seu parágrafo 3º, considerando assim viva a legislação anterior sobre juros.

De fato, o citado artigo não é uma norma de eficácia plena, porém, não se pode olvidar a questão do princípio insculpido em seu artigo, como também deve-se saber delimitar corretamente qual a legislação anterior recepcionada pela Carta Magna.

Cumpramos, nesse passo, que a reforma bancária implantada pela Lei 4595/64 e a lei 4728/65 e a delegação de poderes normativos ao Conselho Monetário nacional, decorrentes da própria reforma, estão maquiados pelo vício da inconstitucionalidade.

Oportuno se torna dizer que o art. 4º da lei 4595/64 dispunha que competia ao Conselho Monetário Nacional, entre outras disposições, disciplinar crédito e limitar as taxas de juros. A lei 4728/65, por sua vez, dispensava ao Banco Central diversos poderes referentes a juros e taxas, como se observa na leitura de seu art. 29.

A Constituição de 1946 dizia no seu art. 5º que competia à União legislar sobre Direito Civil, Financeiro, e Instituições de Crédito, e, no art. 149, que a regulação dos bancos seria feita por lei. Por outro lado, o art. 36 vedava qualquer dos Poderes da República delegar atribuições. E, como se sabe, cabe ao Congresso a atividade de legislar. Ora, o que cabe ao Executivo é tão-somente regulamentar a legislação.

Não obstante isso, diversas decisões judiciais seguiram a linha de pensamento de considerar válida a reforma bancária e a citada delegação, afrontando a Constituição de 1946 à época da reforma.

Como se há verificar, tal delegação é nula. Essa é a linha de pensamento do Jurista Ronaldo Lupinacci¹³ que, inclusive cita os Juristas Carlos Maximiliano, Pontes de Miranda e Vicente Rao, todos unânimes em afirmar a insubsistência legal da delegação.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, em posição aliada aos bancos, através do verbete 596, dispõe que "*as disposições do Decreto 22, 626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional*". É o coroamento da agressão ao ordenamento jurídico.

¹² KENSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1974., p. 367.

¹³ LUPINACCI, Ronaldo Ausone. *Limites da Taxa de Juros no Brasil*. São Paulo: Editora de Direito, 1999, p. 44.

Sendo assim, não obstante ser o art. 192 da CF de eficácia limitada, qualquer lei futura que tenha conteúdo material distinto será inválida, ou, no pensamento de Kelsen¹², válida, porém anulável.

É de verificar-se que o tema de juros é de prehenção discussão entre os Tribunais e doutrinadores pátrios. Tudo, porém, assim acontece por pura obra de uma interpretação cega do ordenamento jurídico, deixando que os grupos financeiros tomem para si o papel social do Estado.

4. Não auto-aplicabilidade do art. 192 da C.F. Inexistência de lei complementar. Recepção do direito ordinário anterior

Outra discussão sobre a presente matéria reside no fato de que o art. 192 da CF, *caput*, determinou a elaboração de Lei Complementar destinada a regular o sistema financeiro. Em consequência disso, acha-se não auto-aplicável o seu parágrafo 3º, considerando assim viva a legislação anterior sobre juros.

De fato, o citado artigo não é uma norma de eficácia plena, porém, não se pode olvidar a questão do princípio insculpido em seu artigo, como também deve-se saber delimitar corretamente qual a legislação anterior recepcionada pela Carta Magna.

Cumpramos, nesse passo, que a reforma bancária implantada pela Lei 4595/64 e a lei 4728/65 e a delegação de poderes normativos ao Conselho Monetário nacional, decorrentes da própria reforma, estão maquiados pelo vício da inconstitucionalidade.

Oportuno se torna dizer que o art. 4º da lei 4595/64 dispunha que competia ao Conselho Monetário Nacional, entre outras disposições, disciplinar crédito e limitar as taxas de juros. A lei 4728/65, por sua vez, dispensava ao Banco Central diversos poderes referentes a juros e taxas, como se observa na leitura de seu art. 29.

A Constituição de 1946 dizia no seu art. 5º que competia à União legislar sobre Direito Civil, Financeiro, e Instituições de Crédito, e, no art. 149, que a regulação dos bancos seria feita por lei. Por outro lado, o art. 36 vedava qualquer dos Poderes da República delegar atribuições. E, como se sabe, cabe ao Congresso a atividade de legislar. Ora, o que cabe ao Executivo é tão-somente regulamentar a legislação.

Não obstante isso, diversas decisões judiciais seguiram a linha de pensamento de considerar válida a reforma bancária e a citada delegação, afrontando a Constituição de 1946 à época da reforma.

Como se há verificar, tal delegação é nula. Essa é a linha de pensamento do Jurista Ronaldo Ausone Lupinacci¹³ que, inclusive cita os Juristas Carlos Maximiliano, Pontes de Miranda e Vicente Rao, todos unânimes em afirmar a insubsistência legal da delegação.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, em posição aliada aos bancos, através do verbete 596, dispõe que "*as disposições do Decreto 22. 626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional*". É o coroamento da agressão ao ordenamento jurídico.

¹² KENSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1974, p. 367.

¹³ LUPINACCI, Ronaldo Ausone. *Limites da Taxa de Juros no Brasil*. São Paulo: Editora de Direito, 1999, p. 44.

É sobretudo importante falar que o art. 557 do CPC, ao dispor que o Relator negará seguimento a recurso em confronto com súmula do Tribunal, é uma poderosa arma, e, uma adoção implícita do efeito vinculante consagrador das "decisões de carimbo". E se uma súmula tiver conteúdo material inconstitucional? Registre-se que no próprio STF há flutuação jurisprudencial sobre o tema de juros.

Mister se faz ressaltar que o próprio Ronaldo Auzone Lupinacci cita que os doutrinadores Orlando Gomes, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires são opositores da citada súmula 596 do STF.

Não é demais dizer que a Constituição de 1988, no mesmo espírito democrático da de 1946, conferiu ao Congresso Nacional a atribuição de dispor sobre Direito Civil, Política de Crédito, matéria financeira, cambial e monetária, bem como sobre instituições financeiras e suas operações.

No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tornaram-se revogados todos os dispositivos que deleguem a órgão do Poder Executivo a competência do Congresso Nacional, especialmente em relação à ação normativa, a teor do art. 25.

Maria Helena Diniz¹⁴ afirma que:

"a eficácia ab-rogativa das Disposições Constitucionais, que acarreta perda aos efeitos da legislação e atos normativos anteriores, é questão de direito intertemporal. Todos os atos e negócios jurídicos, todas as sentenças devem ser conforme à norma constitucional, cuja subordinação se dá pela hierarquização da competência"

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e Seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 42 - 43.

Consequentemente, as disciplinas da reforma bancária são inconstitucionais, posto que contrariaram a Constituição de 1946, e igualmente, a Constituição de 1988, no que concerne à atribuição de delegação ao Executivo.

5. Plena validade da lei de usura

Convém notar, assim, que ainda vigora, harmonicamente no nosso ordenamento a Lei de Usura (lei 22. 626/33). Tenha-se assim presente que o limite dos juros continua sendo o de 12% ao ano, por ser tal lei recepcionada pela Constituição atual, e, nesse sentido, o que for exigido acima do máximo legal, torna-se também inconstitucional.

Como se depreende, há aqui uma relação entre o Direito Constitucional novo e o Direito Ordinário anterior.

Para o Jurista português Jorge Miranda¹⁵, o Direito ordinário anterior continua *"com novo fundamento de validade e sujeito aos princípios materiais da nova Constituição e que somente em caso de contradição deixará de vigorar. E, enquanto que as normas constitucionais são recebidas pelas novas normas constitucionais, as normas ordinárias são simplesmente novadas"*. A expressão *"novadas"* equivale à recepção material para a doutrina pátria.

Como não há contradição entre a Lei da Usura e a sistemática constitucional atual, tem-se que o entendimento segundo o qual a CF de 1988 recepcionou a lei 22. 626/33 está de acordo com a visão lógica e coerente do sistema jurídico.

¹⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra, 1988. T. II p. 243.

6. Usura e anatocismo

Vale registrar que juro é o rendimento empregado sobre determinada unidade monetária. A exigência do mesmo acima do limite legal configura a usura, que é punida severamente em todos os contratos, quer seja usura real ou pecuniária, conforme o Decreto Lei nº 869/38, pela lei nº 1.521/51 e pelo Decreto Lei 22. 626/33 (LEI DA USURA), e que no seu art. 11 determina que "o contrato celebrado com infração desta lei é nulo de pleno direito, ficando assegurado ao devedor a repetição do que houver pago a mais."

O eminente Prof. Wilson de Andrade Brandão¹⁶, Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Piauí, oferece-nos o conceito legal de usura, segundo o qual "a usura consiste na simples exigência ou no recebimento de juros ou prestações superiores ao máximo legal".

É conhecida a dicotomia da usura em real e pecuniária. A usura real é o abuso em todo negócio em que uma das partes ganha imoderadamente em detrimento da outra. Já a usura pecuniária é o abuso na convenção do prêmio, dos benefícios e vantagens no contrato de mútuo oneroso.

O Prof. Wilson de A. Brandão na obra citada, à pág. 203, assevera que:

"a consequência civil da usura pecuniária e da usura real é uma só, prevista no § 3º do art. 4º, da lei 1.521/51; a estipulação de juros e lucros usurários será nula, devendo o juiz ajustá-los à medida legal, ou caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso com juros legais a contar da data do pagamento indevido."

¹⁶ BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e Contrato no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: AIDE, 1964, p. 197.

Anatocismo, por sua vez, vem do grego *ana* e *tokizo* - produção de interesses. É a capitalização dos juros de uma importância considerada, sendo a cobrança de juros sobre juros, ou seja, os juros são convertidos em capital e sobre ele incidem novos juros; prática condenada desde o Decreto 22.626 de 07/04/33, que estabeleceu, em seu art. 2º que:

"É vedado, a pretexto de comissão, receber taxas maiores do que as permitidas por Lei" e, em seu art. 4º que *"É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos de conta corrente de ano a ano."*

Se imaginarmos uma obrigação de 2.000 unidades monetárias à taxa de 8% anual, capitalizáveis anualmente, a obrigação estará dobrada em nove anos e, aos dezoito anos quadruplicada, v.g., sendo 2.000 unidades o capital original, 19.900 unidades o capital dobrado, e, 39.960 unidades monetárias o capital quadruplicado. Essa é a lógica do anatocismo, e a esteira do sistema financeiro.

A Corte Suprema condena o anatocismo, como se evidencia aqui: "A capitalização de juros é vedada, mesmo em favor das instituições financeiras (RSTJ 13/352, 22/1977; STJ-3ª TURMA, Resp 2.293-AL., Rel. Min. Cláudio Santos. j. 17.4.90.¹⁷."

O STJ proferiu o seguinte Acórdão: "JUROS - ANATOCISMO - VEDAÇÃO ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. Somente nas hipóteses que expressamente autorizadas por lei específicas, a capitalização de juros se mostra admissível, nos demais casos é vedada, mesmo quando pactuada contratualmente." *STJ, Acórdão unân-

¹⁷ NEGRÃO, Teotônio. *Código Civil em Vigor*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, art. 4º.

nime, 4ª Turma, 07/06/93, Resp. n.º 31805-5 RS. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo.

Vejam-se ainda as decisões publicadas na RTJ's n.º 116/127 e RE 102/223-RJ- Resp 97.202-ES, Resp. 96.875-RJ e o Acórdão seguinte:

"É vedada a capitalização de juros ainda que expressamente convencionado. Dessa proibição não estão excluídas as instituições financeiras. A capitalização semestral de juros só é permitida nas operações regidas por leis especiais" * STF, Acórdão unânime da 1ª Turma, Rel. Ministro Neri de Oliveira.

7. Conseqüência dos juros abusivos nos contratos

Analisaremos agora a repercussão legal da incidência dos juros elevados nos contratos e a sua devida conseqüência, que é uma lesão no acordo original, configurando a chamada lesão, invalidando o contrato e exonerando o devedor, por nulidade.

Quando a lei exige que o contrato tenha objeto lícito e possível, quer que o conteúdo da avença seja a constituição de uma obrigação qualificada pela licitude e possibilidade física, jurídica ou econômica de vir a ser cumprida ou exigida, conforme se vê nos preceitos que são princípios inscritos, entre nós, no nosso CC, em seu Art.145, II, que prescreve nulidade ao ato jurídico quando for ilícito ou impossível o seu objeto.

O objeto do contrato é, portanto, a constituição da obrigação. O objeto da obrigação é que pode ser, dar, fazer, prestar.

A obrigação impossível ou é fato endógeno do contrato, nulificando-o para sempre, como no caso

de obrigação física ou juridicamente impossível desde o embrião, ou é conseqüência de fato exógeno, como nas hipóteses de caso fortuito ou de força maior.

Se a obrigação impossível é fato endógeno, a nulidade é *ab ovo* - e aqui se vê que o contrato em causa já nasceu nulo - mas se é o fato exógeno, superveniente à formalização do ato, enquadrável na categoria de caso fortuito ou força maior, incide a regra do art. 1058 do Código Civil, que equipara um ao outro, tal a interação que os domina.

Disso resulta que a impossibilidade em virtude de usura ou anatocismo nasce no próprio ato, ou seja, é endógena; há nulidade e, logo, o ato inteiro ou a cláusula questionada é vazia de força jurídica. O poder jurisdicional atuará aqui para declarar a nulidade. Quer dizer, a sentença não constrói a nulidade; simplesmente declara a existência pretérita do vício.

A prestação impossível invalida o contrato por haver uma lesão no mesmo, como bem registra o Prof. Caio M. da Silva Pereira¹⁸, afirmando que:

"a conseqüência da lesão é a nulidade do ato lesionario e não sua anulabilidade ou rescindibilidade. A extensão do instituto da lesão é muito grande, abrange todo contrato bilateral oneroso, dès que se configure a desproporção das prestações. Um contrato cujo desequilíbrio das prestações seja evidente, deve suportar a impugnação por lesão, para impor ao beneficiado restituir a diferença de forma que cessem as condições prejudiciais ou a anulação do contrato e reposição no status quo ante".

*
¹⁸ PEREIRA, Caio M. da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 167.

Em todos os contratos em que se configuram Lesão - Estado de Perigo, trata-se de contrato iníquo pelo desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação, facultando ao prejudicado pedir a revisão judicial do contrato.

O Prof. Fernando Noronha,¹⁹ da UFSC, Doutor em Direito pela USP, afirma que:

"são contratos manifestamente iníquos estes em que se configurem a lesão ou estado de perigo. Mas o fundamental na lesão e no estado de perigo é a necessidade de assegurar equilíbrio entre prestação e contraprestação que embasa o princípio da defesa contratual. No estado de perigo, o contrato de perigo, como diz a Prof^a. Teresa Alcona Lopes, está na situação em que deve optar entre dois males, ou seja, ou sofrer as consequências do perigo, que o ameaça com a sua família, ou pagar uma quantia exorbitante, sucumbindo a outro perigo, o de perder todo o seu patrimônio. Em casos como estes é absolutamente justificado tanto à luz da justiça contratual, como do da boa fé para manter a base negocial do contrato originário, que se proceda a sua revisão com reequilíbrio das prestações ou quando tal não for possível, com a resolução do próprio contrato."

8. Cláusulas abusivas nos contratos bancários. Vedação no código de defesa do consumidor

Como exemplo de contratos iníquos, poderemos citar a existência de alguns contratos bancários, nos quais há atualmente pesada:

¹⁹ NORONHA, Fernando de. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, p. 233.

*"sobrecarga de cláusula unilateral e predisposta, sem prévio debate sobre elas, reduzindo-se num conteúdo de relações jurídicas excessivamente duras para o cliente que nunca manifesta uma aceitação livre."*²⁰

No dizer sempre expressivo de Caio Mário:

*"o banco penetra e domina a vida quotidiana. O fenômeno bancário desdobra-se, portanto, em duas categorias de relações: a primeira, quanto ao Estado, que o toma em função da propulsão econômico-financeira, e, mediante disposições proibitivas ou imperativas, imprime a disciplina geral das atividades bancárias; a segunda, quanto à clientela que se utiliza do banco: relações de ordem pública e de cunho privado."*²¹

Os bancos, como se observa, realizam operações de crédito e operações financeiras, cujo veículo utilizado é o contrato. Nesse sentido, ensina Maria Helena Diniz²², registrando que:

"para poder atingir sua finalidade, o banco realiza operações, dinamizando o crédito, tornando-se ora devedor da pessoa com quem transaciona, ora credor. Se aplicar suas disponibilidades concedendo crédito, praticará operação ativa, como empréstimo, descontos, antecipação, abertura de créditos, cartas de créditos, conta corrente, financiamento. Essas operações são praticadas pelo banco na qualidade de credor, pois empregará não apenas o seu capital como numerário recebido de tercei-

²⁰ REVISTA FORENSE, v. 136, p. 44.

²¹ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil, 7. Ed.* Rio De Janeiro: Forense, 1986. V. 3, p. 305-306.

²² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito Civil Brasileiro*, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. V. 3, p. 414.

ro, que passa ao seu domínio por ser bem fungível. Ao aplicar esse numerário, o banco cobrará uma taxa de juros. Todas essas operações bancárias poderão ser chamadas como contratos, por haver acordos entre as partes, criando obrigações.”

É sobretudo importante registrar que os acordos de financiamentos bancários são feitos geralmente de contratos por adesão²³. Esses não resultam de livre debate entre as partes, uma vez que um dos contratantes se limita a aceitar cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro.

O contrato por adesão supõe sempre a existência de cláusulas do contrato fixadas unilateralmente em bloco pelo peticitante e “superioridade econômica de um dos contratantes, que desfruta de um monopólio de fato e de direito”.²⁴

Com efeito, o CDC, em seu art. 54, *caput*, define que:

“contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.” No parágrafo 3º do mesmo artigo está disposto ainda que “os contratos de adesão escritos deverão ser redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.”

Não se pode perder de vista que é de opinião unívoca na doutrina e na jurisprudência que o banqueiro é tido como fornecedor para o CDC, e:

²³ *Ibid.* *idem*, p. 69.

²⁴ *Ibid.* *idem*, p. 70.

“as atividades desempenhadas pelas instituições financeiras, quer na prestação de serviços aos seus clientes, quer na concessão de mútuos ou financiamentos para a aquisição de bens, inserem-se igualmente no conceito amplo de serviço”.²⁵

Do exposto, impera na área financeira o contrato por adesão, com uma numerosidade de cláusulas pré-dispostas, sem qualquer discussão da vontade das partes.

Tais cláusulas, se abusivas, são expressamente proibidas por normas cogentes do nosso Código de Defesa do Consumidor, a teor do art. 39, X e XI, que veda elevar sem justa causa os preços do serviço e aplicar índice ou fórmula de reajuste diversos do legal ou contratualmente estabelecidos, bem como diz ser nulas, a teor do art. 51, § 1º, II e III as cláusulas que restringem direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual.

Dentre as cláusulas abusivas reconhecidas pela doutrina, destacam-se exatamente o uso insensato de cláusulas contratuais que excedem o limite legal dos juros, causando desproporção nas prestações, com onerosidade excessiva para uma das partes e enriquecimento da outra, que muitas vezes ultrapassam o valor de 50% do total do débito, como assinala o Prof. Carlos Alberto Bittar.²⁶

O que caracteriza qualquer contrato de natureza comutativa, no dizer do Prof. Arnaldo Rizzardo²⁷, é que

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1995, p. 40.

²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos de Adesão e o Controle das Cláusulas Abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 75.

²⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Arredamento Mercantil no Direito Brasileiro*. 2. São Paulo: RT, 1996, p. 54.

"as obrigações e os benefícios de uma parte devem estar no mesmo grau, ou em proporção equivalente aos benefícios e ônus da outra parte."

Em razão do exposto, cláusula abusiva é a que faz nascer uma desproporção entre a prestação e a contraprestação nos contratos, evidenciando a lesão. Daí porque, havendo a mesma, desfigurado está o acordo firmado, surgindo um contrato iníquo. É o que ocorre geralmente nos contratos de financiamentos bancários, se houver cláusulas abusivas, o que é vedado consoante as disposições legais.

9. Conclusão

Posta assim a questão, e face aos argumentos expostos, observa-se a flagrante inconstitucionalidade de qualquer preceito ordinário que venha contrariar o texto constitucional e seus princípios. Registre-se também a inconstitucionalidade da reforma bancária. Sendo assim, a Lei de Usura e as demais normas correlatas foram recepcionadas pela nossa Carta Política, por ausência de dispositivo complementar.

Por conseguinte, a política governista exacerbando os juros e influenciando toda a atividade econômica, inclusive os bancos, é o cerne de todos os conflitos. Se o governo regula o empréstimo do dinheiro aos bancos e suas devidas aplicações, esses não poderiam pactuar com os indivíduos em condições menos onerosas. É uma questão de sobrevivência no mercado. Daí nascem todas as iniquidades dos contratos.

O papel do Judiciário é exatamente fazer justiça. Seria estabelecer a adequada revisão dos contratos lesionados, quando devidamente provocado, para diminuição dos

débitos, com a conseqüente redução do valor das prestações, através de uma análise econômico-financeira, adaptando as obrigações à real exigência legal. Tudo, obviamente, por meio de uma operação interpretativa correta das normas. É a sistematização lógica do ordenamento jurídico.

Quando provocada, a Justiça não pode deixar de decretar a nulidade das cláusulas ou encargos financeiros que permitam capitalização de juros, comissão de permanência, correção monetária, ou remuneração que ultrapasse o limite legal e deixar de determinar a restituição de tudo o que já foi cobrado a mais, *repetição do indébito*, bem como excluir o nome dos devedores de toda e qualquer instituição de informação sobre inadimplência e créditos, que venha criar obstáculos aos negócios e, conseqüentemente, à atividade econômica.

Em remate, a ciranda financeira tem causado todas essas lesões materiais e morais aos indivíduos, cerceando as liberdades fundamentais. O Poder Judiciário deverá ser a ponte da integração entre o pleno desenvolvimento econômico e os direitos fundamentais, quando provocado, para interpretar adequadamente a Carta Política, seja incidentalmente por via de exceção, seja por via direta. E assim, pode-se crer na Justiça.

Referências bibliográficas

- BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos de Adesão e o Controle das Cláusulas Abusiva*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UnB, 1991.
- BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e Contrato no*

- Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: AIDE, 1964.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- CANOTILHO, JJ Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991.
- COSTA, Célio Silva. *A interpretação Constitucional e os Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992..
- DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e Seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. *Curso de direito Civil Brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- Ibid. Idem. p. 69.
- Ibid. Idem. p. 70.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- GRINOVER, Ada Pelegrini (coord). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1995.
- KENSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1974.
- LUPINACCI, Ronaldo Ausone. *Limites da Taxa de Juros no Brasil*. São Paulo: Editora de Direito, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio: Forense, 1984.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra, 1988.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- Ibid. Idem. p 74.
- MOURA ROCHA, J. Elias Dubard. *Poderes do Estado e*

- Ordem Legal*. Recife: UFPE, 1994.
- NEGRÃO, Teothônio. *Código Civil em Vigor*. 12º ed. São Paulo: Saraiva, art. 4º
- NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NORONHA, Fernando de. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. São Paulo: Saraiva.
- PEREIRA, Caio M. da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. 7. Ed. Rio De Janeiro: Forense, 1986. V. 3. P.365-366.
- REVISTA FORENSE.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Arredamento Mercantil no Direito Brasileiro*, 2. São Paulo: RT, 1996.

Reforma do Judiciário – Efeito vinculante das decisões dos Tribunais Superiores*

Saúl Ramos
Ex-Ministro da Justiça
Consultor Jurídico •

Desejo, antes de tudo, deixar registrada minha enorme alegria de estar em Pernambuco, o orgulho de participar das comemorações do aniversário deste Egrégio Tribunal e a emoção pela homenagem recebida. Não se trata de retórico recurso em dizer o agradável aos destinatários do que estou dizendo. Mas, preciso expressar com veemência, por ser verdade antiga, o que sinto. E dentre tudo o que sinto, minha alma e meu coração, ambos cativos pelo Nordeste desde menino, cultivam amor especial por Pernambuco, por esta história e seus formidáveis filhos, seus sonhos e suas rebeldias, suas revoluções, suas inquietações políticas, sua fantástica presença naquilo que mais amo no meu país.

Fascinado pela poesia brasileira, Pernambuco e seus poetas me deslumbram, desde os mais célebres e consa-

*Palestra pronunciada por ocasião do aniversário do Tribunal da Justiça de PE, em 13.8.1989.

grados até à simplicidade e genialidade de um Cego Aderaldo, na literatura de cordel e na arte do improviso. Fascinado pelas nossas antigas origens, naquilo que Portugal nos deu de bom, como a nostalgia de D. Sebastião, o Esperado, encontro em Pernambuco Duarte Coelho, o filho, segundo donatário da capitania, única figura da inicial brasilidade que esteve em Alcácer Quibir combatendo ao lado do Rei Menino e, quando de lá voltava, desapareceu para ficar misturado nas neblinas da lenda do sebastianismo, essa criação poética da alma lusitana, que ousou conceber a saudade do futuro.

Nascido em São Paulo, terra de João Ramalho, meus primeiros estudos de direito constitucional efetivaram-se nos Comentários à Constituição de João Barbalho. Não consigo livrar-me de Pernambuco. Nas rimas, nos trocadilhos, nas concepções de heróis e poetas, na música popular, no ritmo, nas obras culturais e, nas lutas pela liberdade, a existência do jornal mais antigo da América Latina, o Diário de Pernambuco, fundado em 1825, apenas três anos depois deste Egrégio Tribunal.

Assim, espero que os Senhores recebam minha manifestação de orgulho e alegria, por estar aqui hoje, como autêntica, verdadeira, legítima, entusiasta por dentro e por fora, e não como simples amabilidade do orador do dia.

Posto isto, devo cumprir meu dever de expor algumas reflexões sobre a reforma do judiciário, assunto de atualidade e de magna importância para o país. O assunto me foi sugerido por esta figura admirável, o Desembargador Etério Galvão, Presidente deste Tribunal, preocupado, na sensibilidade de seu profundo espírito público, com a matéria de maior relevância na atualidade brasileira. E sugestão dele tem eficácia plena, vinculante, subordinativa, inadmitte contraditório.

Mas é muito amplo o tema. Por isso procurei tratar, dentro dele, de um dos aspectos mais controvertidos ou polêmicos: a adoção do sistema de vinculação subordinativa às decisões dos tribunais superiores.

É uma só realidade: o Judiciário está atulhado de processos, acusado de morosidade e ineficiência. E os juízes, em todos os graus de jurisdição, estão produzindo o máximo, fantasticamente acima do possível, num formidável equilíbrio entre a quantidade e a qualidade. Dentre muitas e muitas razões, que concorrem para essa esdrúxula situação, debate-se agora, com maior ênfase, o número espantoso das causas repetitivas, sobretudo nos tribunais superiores.

Na minha opinião, esta aflitiva situação dos tribunais não será o motivo principal para a revisão do direito constitucional, mas o direito em si mesmo e as enormes lesões causadas aos jurisdicionados, para as quais existe e foi concebido. Não creio, tampouco, que a solução estará no efeito subordinativo de súmulas ou decisões vinculativas, pois acredito que o caminho mais correto estará numa ampla reforma do direito processual, com a simplificação do sistema recursal e eliminação das parafermalias que herdamos das ordenações. E, claro no impossível sonho de ter um governo que pratique menos esbulhos contra os direitos e um legislativo que saiba fazer leis.

Em face daquela realidade atual, das aflições do Judiciário e da necessidade de dar-se ao Direito a afetiva destinação de tutelar bens jurídicos do povo, surgiu a tese em defesa do efeito vinculante às decisões das últimas instâncias, que passariam a ter eficácia subordinativa para as jurisdições inferiores e para o Poder Executivo, considerada a idéia de vinculação como espécie de panacéia para todos os males atuais das atividades jurisdicionais.

Contra a solução, inicialmente proposta de forma simplista, insurgem-se os defensores da liberdade dos magistrados, da magna figura do juiz natural, alertando para o perigo de termos de colocar uma respeitável toga em nossos computadores. Embora outros países desenvolvidos consagrem a subordinação geral aos julgados superiores, a tradição brasileira a repele, por vários e respeitáveis fundamentos.

No debate da matéria, é preciso cuidado porque estamos lidando com preconceitos e superstições.

Mas, talvez, haja solução, desde que invoquemos a lição camoniana: nem tanto à terra, nem tanto ao mar. É possível solução intermediária entre as opiniões opostas, criadoras de impasse porque exageradamente extremadas.

Para provocar as necessárias reflexões sobre o *in mesus virtus*, impõe-se um breve comentário sobre nosso sistema constitucional, nesse particular. Todos reconhecemos que o Brasil tem um razoável sistema de controle de constitucionalidade, consubstanciado nas competências concentradas e difusas, isto é, da apreciação, em abstrato, das leis a atos normativos face à Constituição, bem como nos casos concretos em que se realiza o controle incidental.

Mas o sistema apresenta lacunas graves: o controle de constitucionalidade em abstrato não tem conseqüências práticas concretas, a não ser para recursos, quase sempre onerosos e fora do alcance de muitos brasileiros, literalmente sem recursos... E o controle da legalidade somente se processa na competência difusa. Não temos nada para impedir a prática da ilegalidade através de decisões em tese, circunstância que fez deste país o paraíso dos economistas e dos burocratas, grandes legisladores por

portarias, fato que multiplica ao infinito as lesões individuais e os conseqüentes pedidos de socorro ao Judiciário, e, de certa forma, assegura o pleno emprego aos advogados.

Nosso sistema constitucional consagra a ação direta de inconstitucionalidade, para o controle de leis e de atos normativos em face das Cartas Políticas, federal e estaduais, mas sem eficácia subordinante. Juizes e tribunais inferiores não estão obrigados a aplicar a decisão do órgão judicial superior. Essa independência tem sido justificada contra o que se convencionou chamar de perigo da ditadura dos tribunais superiores, em particular do Supremo Tribunal Federal.

Convenhamos, porém, que a mais terrível realidade brasileira está na resistência da tecnocracia aos pronunciamentos judiciais, sobretudo os da Corte Constitucional. Agentes do governo cometem conscientemente várias inconstitucionalidades, estimulados pelo cálculo cinicamente contábil sobre quantos cidadãos lesados recorrerão ao judiciário e quantos deixarão de recorrer.

Obviamente, a maioria recorre e, assim, a prática da inconstitucionalidade torna-se vantajosa para a arrecadação, servindo aos mais altos interesses do tesouro público, único parâmetro que o burocrata consegue conceber como ordem jurídica.

Antigamente, havia, por tradição e cultura, absoluto acatamento das decisões superiores por parte dos juizes, tribunais e agentes do governo. Não era subordinação, mas respeito reverencial à presunção de maior sabedoria. E consciente responsabilidade na defesa do ordenamento jurídico que, em matéria constitucional, há de ter na Corte Suprema a autoridade maior.

Hoje, em caso de entendimento contrário às decisões dos tribunais superiores, com todas as *venias concessas e premissas*, de que vale a tão solene concepção brasileira de controle de constitucionalidade?

Vale apenas para fundamento de recursos, sob a certeza de futura vitória, mas somente para os mais afortunados, que possam dispor de outro tipo de recursos, os financeiros, aplicáveis no custeio da causa até as instâncias maiores, todas situadas na longínqua e caríssima Brasília.

Na verdade, estamos andando em círculos há muitos anos. Hoje, nos deparamos com a mesma inutilidade da velha representação de inconstitucionalidade, instituída pela Emenda nº 16 de 26 de dezembro de 1965, que deferiu, ao Supremo Tribunal Federal, competência para declarar, em tese, a inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais, mediante provocação do Procurador-Geral da República.

A Emenda Constitucional nº 7, de 1977, introduziu, no direito constitucional brasileiro, a chamada representação interpretativa das leis, numa tímida tentativa de criar o controle abstrato da legalidade, o que levou o Supremo Tribunal Federal, quanto tinha competência para editar normas processuais, a utilizar-se da expressão **força vinculante**, na alteração que fez em seu Regimento Interno, através da Emenda Regimental nº 7, de 1978, dando ao artigo 187 a seguinte redação: "*A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos.*"

De nada adiantou, posto que a desobediência apenas autorizava o recurso extraordinário, uma vez que sua não observância era considerada como simples negativa de

vigência do texto interpretado, segundo testemunho sempre sábio do Ministro Néri da Silveira.¹

A representação, que acionava o controle constitucional abstrato, em nada difere, na prática, da atual ação direta de inconstitucionalidade, a não ser pelo grande elenco dos legitimados a propor esta última, enquanto aquela era privativa do Procurador-Geral da República. E também por um segundo "a não ser": o aumento de rebeldias na magistratura, estimuladas, em casos vários, não pela ciência jurídica, mas por simples motivação política, nem sempre fundada em divergência doutrinária. Ao lado dessa insurreição, dentro do próprio Judiciário, felizmente em número não muito expressivo, surgiu o mal maior: a insubordinação geral dos agentes administrativos.

Todos lembramos que o Supremo Tribunal Federal, quando se entendeu obrigatório o encaminhamento das representações, incluiu no art. 174, de seu antigo Regimento Interno, o § 1º, que autorizava o Procurador-Geral da República, se provocado, por autoridade ou terceiro, a exercitar a iniciativa daquele dispositivo, a encaminhar a súplica com parecer contrário se a entendesse improcedente.

Essa curiosidade mereceu de Victor Nunes Leal a arguta observação de que a representação com parecer contrário à arguição de inconstitucionalidade seria uma representação de constitucionalidade.²

Mas, consequência prática da declaração de inconstitucionalidade apenas uma tinha-se por certa: nos casos concretos, quem sofresse a aplicação da lei, tida como inconstitucional pelo Supremo, estaria seguro do provi-

¹ "O Supremo Tribunal Federal e a Interpretação Jurídica Normativa", in *Sesquicentário do Supremo Tribunal Federal*, Universidade de Brasília, 1982, p. 131.

mento do correspondente recurso extraordinário, se o manifestasse no prazo.

Haroldo Valadão, no seu anteprojeto de "Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas", cogitou da vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal, propondo solução parecida com a atualmente adotada pela Constituição Portuguesa, isto é, a subordinação obrigatória dar-se-ia após o julgamento de três casos concretos iguais. Descuidou da votação qualificada, a meu ver aspecto importante na teoria da subordinação aos julgados. Mas valeu sua observação:

"O texto constitucional é um simples saco sem fundo, e em vez de uniformizar a jurisprudência, torna-se inútil, falha espetacularmente, servirá apenas de ponto de apoio para novos e intermináveis recursos extraordinários... É um verdadeiro 'divertissement' judiciário."²

Hoje, tudo continua igual, salvo o número de ações diretas, que a partir de 1988 já ultrapassaram duas mil. Na vida dos pobres mortais, a declaração de inconstitucionalidade tem que transitar por essa ridícula concepção processualística de que o recurso manifestado fora de prazo torna coisa julgada a decisão que aplicou lei declarada inconstitucional e, portanto, nula, inexistente, porque afastada do mundo jurídico, segundo o nosso gosto doutrinário pelas definições gongóricas, pela grandiloquência retórica e absolutamente inútil quando irrecorrida se aplicada por ato judicial.

Neste ponto, temos uma das mais fantásticas e teratológicas situações que atentam contra a ciência constitu-

cional e, portanto, contra o interesse público, o direito do povo. Tentarei explicar.

Alfredo Buzaid lembra:

"que toda a lei adversa à Constituição é absolutamente nula, não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a ab initio. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum momento de validade."³

Francisco Campos chegou a considerar a expressão "lei inconstitucional" uma *contraditio in adjeto*, porque

"É pois, fora de dúvida que uma lei inconstitucional não é lei, nem poderia ser, jamais, como tal considerada. Ela era o que é e continuará a ser coisa nenhuma em Direito, antes e depois da declaração de sua inconstitucionalidade."⁴

Grandes mestres norte-americanos e juizes da Suprema Corte dos Estados Unidos, como Black⁵, Marshall (1803) e Field, professam o mesmo entendimento:

"A legislative act contrary to the Constitution is not a law."⁶

No Brasil, porém, a lei inconstitucional, como tal já declarada pela Corte Suprema, pode, sem hesitação e ce-

.....

² "Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro", ed. Saraiva, S. Paulo, 1958, p. 129.

³ "Direito Constitucional", ed. Freitas Bastos, 1958, 1ª vol., p. 440.

⁴ "Handbook of the American Constitutional Law", ed. 1987, 18, p. 33.

⁵ Apud Caio Tácito, "Rev. de Dir. Adm.", vol. 50/348.

² RDP 53-54-25.

³ Folheto publicado por Haroldo Valadão, em 1964.

rimônia, ser aplicada contra qualquer cidadão. E a monstruosidade transitará em julgado se irrecorrida ficar a sentença que a aplicou. Reflitam sobre essa barbárie!

Nosso sistema admite, pois, a consolidação de nulidade absoluta pela simples inobservância de prazo recursal. Nós, os estudiosos do Direito, somos freqüentemente acusados de cultivar filigranas jurídicas. Temos que reconhecer, porém, na ourivesaria constitucional e processual uma lamentável ausência de proteção e segurança para o cidadão comum. Se a inconstitucionalidade é o mais fulminante dos defeitos das normas, como pode a simplicidade popular entender o trânsito em julgado, contra direito seu, de decisão que aplicou **lei declarada inconstitucional** e, portanto, **inexistente e nula** desde a edição, uma vez que proclamamos sempre, e com ares professorais, que a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc* reduzindo a norma ao nada absoluto desde o nascimento?

Nesses casos, a coisa julgada, tutela constitucional da segurança jurídica, protege a coisa alguma, isto é, a inconstitucionalidade, o nada absoluto. É a tutela do nada, mas de cruéis conseqüências materiais para os jurisdicionados. Mesmo ação rescisória, limitada no tempo, é uma nova via sacra para quem tenha sofrido a aplicação de lei inconstitucional. Não pode haver lógica alguma que aceite a garantia constitucional da coisa julgada aplicada, por via de meros preceitos processuais, para assegurar a permanência da inconstitucionalidade, **reconhecendo-se eficácia ao nada absoluto**.

Contra a rebeldia ou divergência, de juízes e tribunais, que apliquem leis e normas de inconstitucionalidade decretada pelo Supremo Tribunal Federal, não cabe sequer a reclamação constitucional, limitada essa aos casos

concretos de processos em que se tenha por desobedecida a decisão superior. Não é comum, mas o simples fato de que pode acontecer demonstra a fragilidade do sistema nesse particular.

As solenes concepções da doutrina sobre a nulidade absoluta da inconstitucionalidade caem por terra devido a uma regra simples de direito processual, e, portanto, infraconstitucional, isto é, o recurso fora de prazo. O sistema admite, pois, supremacia da lei processual sobre a lei constitucional. Aqui a lagartixa come o jacaré.

Há um exemplo doloroso a analisar nessa matéria: o caso do Tribunal Regional Federal de Porto Alegre, com jurisdição sobre o Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. Rebelou-se aquela Colenda Corte contra a decisão do Supremo que julgou auto-aplicáveis os §§ 5º e 6º, do art. 201, da Constituição, que dispõem:

“§ 5º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

§ 6º A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano.”

O TRF da 5ª Região considerou o Supremo Tribunal Federal errado na interpretação da Constituição Federal e, à falta de lei de concreção, continuou a negar esses direitos fundamentais, embora mínimos na expressão econômica, para os aposentados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, enquanto todos os demais brasileiros, na mesma situação jurídica, passaram a tê-los respeitados no resto do território nacional pelos demais Tribunais federais, que acataram a decisão da Corte Constitucional.

Aposentados, em geral, não têm condições para recorrer ao Supremo Tribunal Federal, sobretudo aqueles que, por força daquela teimosia do Tribunal Regional Federal, ganham menos de um salário mínimo.

Mas um daqueles pobres jubilados dos Estados do sul conseguiu a proeza de recorrer... fora de prazo. Na Corte Suprema, o recurso não foi conhecido, registradas nos votos as lamúrias habituais quanto ao mérito, mas reiterado o respeito à coisa julgada na decisão recorrida intempestivamente. Contra aqueles pobres cidadãos, a inconstitucionalidade tornou-se perpétua.

O nada jurídico, contra eles aplicado, tirou-lhes o salário mínimo dos benefícios previdenciários e a gratificação natalina. **A coisa julgada deu eficácia plena ao nada absoluto.** Os aposentados do sul, brasileiros como nós, estão privados dos mínimos recursos para suas sobrevivências, por falta de um simples recurso processual.

Essa situação é revoltante. Agrava-se com o cinismo do INSS, condenado em todo o país a respeitar a decisão do Supremo, porque prestigiada pelos demais tribunais federais, mas se recusa a estender aos aposentados gaúchos, catarinenses e paranaenses os benefícios da auto-aplicabilidade daqueles comandos constitucionais amparado pela dissidência jurisprudencial do Tribunal de Porto Alegre.

Somos, portanto, um país em que a inconstitucionalidade pode e é considerada válida ou inválida conforme a geografia, o dissídio de tribunais inferiores com o Supremo e o cinismo da tecnocracia.

Se nos acusam a nós, juristas, de cultivarmos filigranas acima das verdades sociais e da realidade da vida, num caso como esse não temos defesa?

Diante de um simples fato como esse – outros existem em quantidades – nosso belo sistema de controle de

constitucionalidade passa a ser uma arrematada inutilidade para o povo. Bastam um tribunal teimoso e uma autoridade inescrupulosa para riscarmos da Carta da República e dos livros dos doutrinadores todas as lindas normas retóricas e declamatórias, enfaticamente interpretadas como tutelares da justiça e da segurança social.

Adotamos em 1988 a ação direta de inconstitucionalidade como elemento principal de controle abstrato das leis e atos normativos, federais e estaduais, em face da Carta da República, ou das Constituições Estaduais. Como o resultado prático das decisões é quase eunuco, dependendo das adesões dos juízes e tribunais inferiores, qual a solução que se concebeu?

Nenhuma.

A tecnocracia, ao contrário, acabou inventando, para os interesses de um episódico governo, uma solução fantásticamente ridícula, porém, maliciosa: a ação declaratória de constitucionalidade, introduzida pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993, que passou a dar eficácia vinculante às decisões nela proferidas, subordinando os Poderes Executivo e Judiciário aos seus efeitos.

Não é solução, está evidente. Trata-se de um claro estelionato juspolítico.

Desde sua promulgação, até à semana passada, havia usada uma única vez (Lei Complementar nº 70/91, que instituiu contribuição para o financiamento da seguridade social). O Supremo inicialmente discutiu a constitucionalidade da própria ação declaratória e, depois, conheceu e julgou a declaratória inaugural, reconhecendo constitucional a lei complementar por ela visada.

Neste ano, o Governo acaba de propor nova ação (seria um tipo de novação?) pedindo a declaração de constitucionalidade da contribuição, também previdenciária,

cobrada aos aposentados. Vamos ver no que vai dar. Sempre os aposentados, essas pobres cobaias do laboratório constitucional brasileiro!

Preocupa-me não só o expediente encontrado pelo governo, através de emenda constitucional, mas e sobretudo a pobreza intelectual da solução. Temendo-se o efeito vinculante às decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, concebeu-se essa declaratória, que nada mais é do que a outra em sentido contrário.

Ora, nosso processo legislativo submete-se a rigoroso controle de constitucionalidade durante a elaboração das normas, através das diversas comissões especializadas na Câmara e no Senado. Em seguida, vai o autógrafa ao Presidente da República que, antes de sancioná-lo, ou vetá-lo, examina mais uma vez a constitucionalidade, com assessoria jurídica de alto nível, da Advocacia Geral da União e do Ministério da Justiça.

É um tanto quanto esdrúxulo os representantes desses poderes, responsáveis pela elaboração e edição da norma, serem os legitimados para requererem o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade das leis já editadas e que eles próprios elaboraram.

Quer queiram, quer não queiram, transforma-se o Supremo em órgão consultivo, antes de qualquer controvérsia sobre a lei declaranda. Nada se arguiu contra a norma, ninguém propôs ação direta de inconstitucionalidade, nenhum juiz ou tribunal usou a competência difusa para declarar-lhe a nulidade em caso concreto. Por que o pedido declaratório ao STF?

Trata-se, simplesmente, de um expediente para obter o efeito vinculante, que a ação direta não tem em quaisquer dos sentidos da respectiva decisão. Temendo-se a

gritaria contra a vinculação dos efeitos na ação direta inventou-se, para uso exclusivo do governo da União, essa especialíssima declaratória restrita às leis e atos normativos federais escolhidos pelos governantes. Durante a ditadura, os militares impuseram ao país a inapreciabilidade, pelo Judiciário, dos atos ditos revolucionários, inclusive os normativos. A EC nº 3/93 propõe a mesma solução de força, desta vez com a cumplicidade do Supremo Tribunal Federal.

A isso pode-se chamar de direito constitucional?

Não vejam nesta crítica uma irresignação de fundo político, mas e apenas um inconformismo quanto ao péssimo nível técnico do expediente, que em nada aperfeiçoou nosso sistema constitucional.

É ridícula. Se os máximos órgãos normativos da República (e somente eles são os legitimados, além do Procurador-Geral) elaboram e sancionam a lei, por que pedir ao STF para que declare ser constitucional o que fizeram? Claro está que é um veículo em busca do efeito vinculante para o que lhes interessar.

Editada a lei, a presunção é que seja constitucional. Não há necessidade de declarar-se a constitucionalidade em ato subsequente de pura redundância. Tudo aconselha, numa forma séria da Carta da República, a eliminação da declaratória, pois, por malícia ou ingenuidade, pode-se admitir que os brasileiros, diante dessa regra constitucional, estejam dispensados de obedecer à lei que não for declarada constitucional em ação própria prevista para tanto depois de sua promulgação.

Durante o calor dos debates, suscitados por esta espartezza governamental, alguns juristas, mais eufóricos, viram na ação declaratória semelhanças ao controle de constitucionalidade consagrado pelo sistema francês e

alemão. Ora, na Alemanha o controle de constitucionalidade é sério, submetido a um processo rigoroso e amplo de debates e instruções.

Quando se suscita, naquele país, dúvidas sobre a constitucionalidade de lei, a Corte Constitucional ouve pessoas, toma depoimentos de juristas, de professores, requisita dos tribunais inferiores os julgamentos proferidos com fundamento na norma impugnada, sobretudo quando tenha havido fortes divergências nas instâncias ordinárias, pressuposto primeiro para acionar o sistema alemão de controle.

Essa tradição alemã é conservada desde a Constituição de Weimar, que previa a mesma sistemática no art. 13. O julgamento da lei, posta sob suspeita, é precedido de amplos debates em processo submetido a uma curiosa e volumosa instrução doutrinária.

Nada disto existe na nossa declaratória de constitucionalidade. Aqueles que viram nela aquilo que nela não existe, invocando o processo germânico, apenas aproveitaram a oportunidade para exibir erudição inaplicável ao caso concreto examinado.

Na França, os artigos 61 e 62 da Constituição conferem efeito vinculante às decisões do Conselho Constitucional, mas somente quanto às leis orgânicas, antes de promulgadas, isto é, na fase de suas elaborações. Trata-se de consultoria vinculante, mas quanto aos projetos e não quanto à lei. E, obviamente, vincula o processo normativo e os responsáveis por ele, não poderão editar ou incluir no texto aquilo que foi declarado inválido pelo Conselho Constitucional.

Aos brasileiros impõe-se grande cuidado na adoção de institutos estrangeiros, porque... ou caímos na imitação inajustável às nossas características, ou, em nome do

aperfeiçoamento de soluções alienígenas, acabamos tendo de engolir alguns estelionatos doutrinários praticados pelos adaptadores nacionais, ou tradutores que, nos costumes italianos, são traidores.

Nossos problemas são problemas nossos. A experiência estrangeira deve ser estudada e não imitada. Cultura e conhecimento na ciência jurídica são essenciais e melhores se forem amplos, abrangentes do conhecimento e cultura de outros povos.

Mas a solução para os problemas brasileiros há de ser concebida e aplicada de acordo com as próprias características e necessidades, que se plasmam em peculiaridades locais, culturais, emocionais, tradicionais, religiosas, políticas, insubordináveis aos modelos estrangeiros, ainda que vitoriosos em seus países. Imitar soluções e adaptar modelos são duas maneiras de não se ter nada.

Aqui mesmo, em nosso país, tivemos e temos excelentes formuladores de sugestões, não aproveitadas por nossos legisladores, mas nem por isso destituídas de fundamentos, ou, antes e por isso mesmo, muito inteligentes.

Como exemplo, basta uma leitura dos anais da Constituinte de 1934, nos quais se encontram várias propostas, que mereceriam ser novamente analisadas. Dentre elas, algumas recolhidas de um debate entre os então constituintes João Mangabeira, Carlos Maximiliano, Themístocles Cavalcanti, Antônio Carlos, Oswaldo Aranha e outros lumináres da época. Dentre as sugestões, chamou-me a atenção uma proposta de João Mangabeira, apoiada pelos demais juristas antes citados, mas rejeitada pela Constituinte, e assim redigida:

"Art. Uma lei da Assembléia Nacional só poderá ser declarada inconstitucional quando votarem neste senti-

do pelo menos dez ministros do Supremo Tribunal. Verificado este caso, o presidente do Supremo Tribunal remeterá, dentro de 48 horas, uma cópia da decisão ao Presidente da República. Se este concordar com o julgamento, expedirá, dentro de 48 horas, um decreto declarando a lei revogada.

Se nisso não aquiescer, comunicará a sua opinião, com a cópia da sentença à Assembléia Nacional ou a Comissão Permanente em sua ausência. E, se uma ou outra, por dois terços de votos, discordarem da sentença o dissídio entre o Supremo Tribunal e os outros poderes do Estado será resolvido por um plebiscito.

Se a Assembléia ou Comissão se conformarem com a sentença ou não recusarem por dois terços, a lei ficará ipso facto revogada."

Naquele tempo, o Supremo era composto de quinze ministros. Mangabeira, na justificativa de sua proposta, defendendo a declaração de inconstitucionalidade por dois terços (dez votos), disse, com muita ênfase, sob aplausos de Themístocles e Maximiliano:

"O que não pode, absolutamente, continuar é o inconveniente de decisões do Supremo Tribunal, por oito votos contra sete, em que um só ministro, com seu voto, põe abaixo uma lei votada por uma Assembléia e sancionada pelo Presidente da República, em um caso de inconstitucionalidade, inconstitucionalidade essa tão duvidosa que no próprio Supremo teve sete votos contra ela."

A emenda passou na Comissão com alterações no texto. O Supremo comunicaria a decisão, em primeiro

lugar, à Assembléia Nacional, que poderia recusá-la por dois terços de seus votos. Se não recusada, a lei estaria revogada. Caso recusada, seria comunicado o resultado ao Presidente da República. Este, se favorável ao entendimento do Supremo, poderia baixar decreto revogando a lei. Se contrário e, portanto, favorável à recusa da Assembléia, convocaria plebiscito.

Em síntese, a nulidade de lei, para ser declarada, dependia da concordância, com o Supremo, de pelo menos um dos outros dois Poderes da República. Do contrário, plebiscito.

São instrutivos esses debates em que se empenharam, como constituintes, aqueles ilustres constitucionalistas brasileiros. Embora tenham fundamentado seus argumentos com citações de Kelsen, Constituição da Áustria, Corte de Leipzig, as soluções apresentadas cuidavam da tradição, condições e características nacionais.

Menciono essas passagens para demonstrar que, entre nós, a criatividade jurídica já teve bons tempos. Não defendo, hoje, a solução cogitada em 1934, mas dos debates daqueles mestres recolhi a lição de que as graves decisões do Supremo Tribunal Federal, eliminando da ordem jurídica uma lei resultante de processo normativo com participação dos dois outros poderes, necessitam ser submetidas a maior número de votos. **A maioria absoluta é causa de grave perturbação da certeza em julgamento dessa importância.**

Aliás, o Supremo Tribunal Federal suspende liminarmente a lei atacada em ação direta, por deliberação da maioria simples, outro grave equívoco, posto que a suspensão de eficácia, ainda que cautelarmente decretada, é tão perturbadora para a ordem jurídica quanto a decretação de nulidade.

Formulei aqueles comentários, censurando a adoção de modelos estrangeiros, em razão de entusiastas adesões

ao sistema vinculante da Constituição de Portugal, manifestadas atualmente por vários parlamentares e juristas brasileiros cujo número aumenta à medida que estudam direito comparado, invariavelmente em língua portuguesa, porque, nesse particular, Portugal é extremamente radicalizado na vinculação.

Não nos serve simplesmente copiar o direito constitucional português, que prevê força obrigatória geral para as declarações de inconstitucionalidade, ou ilegalidade, pronunciadas, em tese, pelo Tribunal Constitucional (art. 281, n° 1.), observando-se que o número 3 daquele artigo manda aplicar a obrigatoriedade geral desde que aquela Corte tenha declarado a inconstitucionalidade, ou ilegalidade, de qualquer norma, em três casos concretos no uso da competência difusa.

Estaríamos adotando solução altamente contrária às tradições brasileiras, na primeira hipótese, pelo cerceamento da liberdade dos nossos juízes na apreciação das variadíssimas situações jurídicas e fáticas, decorrentes das condições continentais do território nacional; na segunda, pela quebra da regra tradicional de suspensão da lei pelo Senado, quando a inconstitucionalidade é declarada *incidenter tantum*, embora esse mecanismo tenha envelhecido e perdido o senso, mas ainda existe.

Com efeito, a solução portuguesa de dar vinculação ao decidido pela Corte após os julgamentos de três casos idênticos, sem considerações sobre votação qualificada, não me parece ideal, em que pese a adesão a esse critério do nosso ilustre e saudoso Haroldo Valadão.

Mas, por amor ao debate, algo poderíamos aproveitar da Constituição Portuguesa. Seria a solução prevista em seu artigo 278, a fiscalização preventiva da constitucionalidade, deferida ao Presidente da República, que pode

"requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação prévia da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura."

Esse processo seria mais inteligente e mais científico do que a nossa ação declaratória de constitucionalidade, que nasce somente depois de ter sido a norma editada sob presunção de ser constitucional, expediente claro visando apenas ao efeito vinculante em casos singulares, de interesse político da administração, e não do Direito. No método português, nosso Supremo Tribunal Federal objetaria contra sua transformação em órgão consultivo. Mas, no atual procedimento da ação declaratória do direito constitucional brasileiro, não é o STF um claro órgão de consulta?

Deixaria de sê-lo apenas pelos efeitos da decisão? Ou pela hipótese de rejeitar a declaratória e, como consequência, considerar a norma inconstitucional, produzindo a mesma eficácia vinculante contra os próprios consulentes? Não seria melhor que a consulta fosse respondida antes da edição da norma, evitando-se as consequências, altamente perturbadoras para a ordem jurídica, da decisão em um outro sentido?

Estamos, na verdade, diante de uma parafernália de institutos constitucionais mal elaborados e pessimamente concebidos, que brigam entre si, carecem de sistemática e, agora, contaminados pelo oportunismo. Declaração de inconstitucionalidade, em tese, com validade *erga omnes*, mas sem eficácia subordinante; declaração de

inconstitucionalidade em casos concretos, com efeitos restritos às partes integrantes do processo, acrescida da hipótese de o Senado Federal suspender a lei declarada inconstitucional, providência que teve seu momento histórico, mas altamente contraditória com a competência concentrada do Supremo, que pode fulminar a norma, em tese, no controle abstrato. Tudo isso misturado, está a reclamar uma revisão, que ponha ordem no progresso constitucional brasileiro.

Por essas imperfeições que assolam nosso direito fundamental, justifica-se o generalizado temor da sociedade contra a eficácia subordinante das decisões do Supremo Tribunal Federal, ou de qualquer outro tribunal.

Teme-se prejuízo na distribuição da Justiça, nos casos concretos; teme-se a eliminação do juiz natural; teme-se o término da composição dos conflitos nas causas submetidas ao magistrado, que tem contato direto com as aflições das partes e vivência dos fatos sociais agitados no processo a que preside.

De um lado, ilustres estudiosos invocam a necessidade de maior estabilidade nas decisões judiciais, maior uniformidade e celeridade da aplicação do direito fundamental.

Ouvimos e lemos lindos trabalhos sobre a vinculação no direito alemão, francês, português, italiano, argentino, fascinantes exposições sobre o *stare decisis*, adotado pelo direito norte-americano e inglês, e sobre as leis de amparo, no México.

Muitos dos ilustres defensores do efeito vinculante perderam-se em considerações sobre a extensão da eficácia subordinativa, alguns indagando se nela se incluem as considerações marginais tecidas nos votos, ou, filosoficamente, consideram as decisões, com efeito vinculan-

te, mais relevantes do que a coisa julgada, porque abrangeriam os fundamentos determinantes da decisão, valendo para todos os casos iguais ou assemelhados.

Outros, mais contundentes, acusam os advogados de terem interesse na multiplicação infinita de causas iguais em razão da conseqüente multiplicação dos honorários.

Temos visto, por outro lado, notáveis juristas combatendo o efeito vinculante como *exterminador do juiz natural*, dizendo que o *stare decisis* dos norte-americanos não eliminou o *due process of law*, por admitir o reexame de casos concretos.

No Brasil, país de tamanho continental e notáveis diferenças regionais, a vinculação cassará o direito de milhares de cidadãos sem ouvi-los, sem terem sido parte em qualquer processo.

Estaríamos admitindo julgamentos *per saltum*, o que contraria as seculares conquistas da ciência jurídica. Advertências, bem sustentadas, quanto ao perigo da jurisprudência estática, quanto à mumificação de certas interpretações, sobretudo pela semelhança com os velhos assentos da Casa da Suplicação, ao tempo das Ordenações, que ditava a inteligência das leis em caráter perpétuo.

E mais: argumenta-se que pelo atual sistema faz-se justiça objetiva, democrática, de acordo com a realidade do caso concreto, sempre diferente em cada Estado ou Município, e contra tais sentenças, ainda que contrárias ao Supremo Tribunal Federal, nem sempre são manifestados recursos, o que deixa o *stare decisis* recair sobre elas e não sobre o abstracionismo dos julgados superiores. Temos aqui uma curiosa e esperta interpretação da doutrina adotada pelo sistema norte-americano, quanto aos precedentes vinculantes, nesse caso, de baixo para cima.

Há os que se utilizam do argumento *ad terrorem* sobre o perigo dos tribunais usurparem a competência legislativa dos parlamentos, como se o legislador ficasse proibido de elaborar leis sobre a matéria sumulada, ou como se pudesse haver vinculação do Poder Legislativo em decisões judiciais subordinantes, o que se traduz em completo disparate.

Por outra faceta desse poliângulo gritam os números absurdos dos processos repetidos, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, onde, desde a promulgação da Carta, em 1988, quase 80% dos julgamentos, em todos os anos, na Alta Corte, são idênticos e repetidos.

Realmente, ingressamos nas chamadas raias da loucura. E pior: estamos conformadamente convivendo com ela, como se fosse normal.

Os mais renitentes e recalcitrantes culpados pela desobediência aos julgados do Supremo Tribunal Federal são órgãos da Administração Pública, o que força a oceânica tempestade de recursos interpostos pelos lesados ou, na maioria, pelo próprio governo para ganhar tempo e não a causa.

É deplorável o espetáculo a que assistimos diante da insistência das autoridades fazendárias e previdenciárias nos casos do Finsocial, do P.I.S. e da Contribuição Social sobre o Lucro, depois que tais tributos tiveram declarada a inconstitucionalidade parcial pelo Supremo. São testemunhas os juízes dos Tribunais Regionais Federais dos milhares de processos que ainda hoje entopem suas pautas, todos repetitivos.

Outra triste curiosidade surgiu com o Decreto nº 1.601, de 23 de agosto de 1995, através do qual o Presidente da República dispensa o Procurador-Geral da Fazenda Nacional de interpor os recursos cabíveis contra as

decisões de mérito sobre empréstimo compulsório na compra de veículo e consumo de combustível, de 1986, contribuição social do Finsocial (majoração de alíquota) e sobre o lucro (ano-base de 1988), IPMF de 1993, taxa de licenciamento de importação, sobretarifa ao Fundo Nacional de Telecomunicações, ICMS na importação de mercadorias (matéria sumulada pelo STF, Súmula 577), e adicional de Tarifa Portuária.

Registre-se: o Chefe do Poder Executivo dispensou o advogado da União de interpor recursos nos processos julgados contra a Administração, mas não autorizou a desistir, nem mandou confessar as ações em andamento. Por quê? Porque há decisões favoráveis às cobranças consideradas inconstitucionais. O cidadão que tiver o azar de cair na vara de um juiz governista, vai pagar o tributo excluído de outros processos. Melhor seria que a Administração se vinculasse às superiores decisões judiciais, nestes particulares, e proibida fosse a cobrança dos tributos após a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, ou de ilegalidade pelo STJ. Haveria maior coerência e respeito à ordem jurídica, devida pelo Poder Executivo, cujo chefe, ao assumir o cargo, jura defender a Constituição e as leis do país.

Não há dúvida de que o decreto presidencial mencionado permitiu um parcial desafoamento das instâncias recursais, mas o problema de rebeldia, de juízes fazendários, às declarações de inconstitucionalidade e de ilegalidade permanecerá para a felicidade da Receita Federal.

Mais de cem milhões de brasileiros continuam sem receber, de volta, o IPMF, que lhes foi cobrado em 1993, a despeito da inédita declaração de inconstitucionalidade de texto da própria Constituição, dia em que concedemos visto de entrada, no Brasil, para o professor alemão Otto

Bashof. O anterior Superintendente da Receita Federal condicionou a devolução do imposto, indevidamente cobrado, à quebra do sigilo bancário dos contribuintes, de todos os contribuintes, de mais de cento e vinte milhões de pessoas. Para devolver o produto da ilegalidade, o agente administrativo condicionou à prática de outra: a coação do contribuinte para entregar cópias de suas contas e movimentações bancárias.

E os brasileiros continuam sem reposição dos valores que lhes foram expropriados à força. Tudo isto acontece diante das declarações de inconstitucionalidade da cobrança do IPMF, em 1993, e da exigência de quebra do sigilo bancário, pronunciadas pelo STF. Para o homem do povo, para que serviram os dois pronunciamentos da Corte Constitucional, se de volta não teve os valores do IPMF que lhe foram confiscados?

Algo tem que ser feito.

A vinculação absoluta dos juízes e tribunais, pura e simples, às decisões do Supremo, ou do STJ, não seria a solução recomendável. A própria Corte Excelsa, em muitos casos relevantes, vacila e tem tido posições pendulares.

Exemplo mais eloqüente está na decisão que proferiu, por sete a quatro votos, na questão dos juízes dos Tribunais de Alçada, investidos pelo quinto constitucional, quando da promoção para os Tribunais de Justiça.

Vencidos quatro ministros, houve embargos infringentes. No julgamento desse recurso, modificada a composição da Corte, nova decisão proferiu-se, no mesmo sentido, mas desta vez por seis a cinco votos.

Finalmente, ocorreu novo julgamento da mesma matéria, em processo sucessivo, após outra alteração na composição de seus membros; o Supremo acabou deci-

dindo de forma diametralmente oposta ao entendimento anterior, e igualmente por sete votos a quatro.

Se houvesse eficácia subordinativa na primeira decisão, o novo processo, em que se alterou o entendimento, não teria chegado ao Excelso Tribunal.

Logo, precisamos refletir sobre solução que resolva essa tormentosa questão da avalanche de processos repetitivos, não apenas no Supremo, hoje Corte Constitucional e, mesmo assim, sob o risco de afogamento pelo amarrônico volume de recursos que sobem, "facilitados" pelos milhares e milhares de precedentes, que ocorrem, antes, nas jurisdições de primeiro e segundo grau.

Mas, convenhamos, por moralidade e consciência, não devemos apenas nos preocupar com o excesso e volume de processos. Ao resolvê-los, temos que estar atentos à qualidade da prestação jurisdicional entregue ao povo.

Corrigida essa anomalia do sistema constitucional, é tempo de pensar-se, também, no controle, em abstrato, da legalidade, deferindo a competência ao Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de simples extensão de sua competência recursal. Tem sido o Supremo muito acionado, através de ações diretas de inconstitucionalidade, que não são conhecidas porque o objeto é, muitas vezes, a ilegalidade, evidente em muitos casos, mas estranha à competência da Corte Constitucional que, por sua vez, recusa o conhecimento de inconstitucionalidade indireta. Assim, o brasileiro não tem socorro para as lesões sofridas através de inconstitucionalidade camufladas por trás de atos que se escondem por trás da lei.

Vimos que a Constituição Portuguesa instituiu o controle da constitucionalidade e legalidade deferindo a competência concentrada, para o conhecimento em abstrato, ao Tribunal Constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça, que já tem a competência de zelar pelo direito federal, por sua aplicação uniforme e conhecer e prover recursos, na hipótese de decisões que o contrariem, poderá ser depositário da incumbência constitucional de controlar, também em abstrato, as legalidades de atos e normas federais, cumprindo melhor suas funções de tribunal nacional.

Acredito, a despeito de tudo, que haja solução para os problemas, aqui comentados, respeitando-se nossa tradição de independência dos juízes de primeiro grau e tribunais comuns.

Está na adoção, pelos tribunais superiores, de dois tipos de súmulas.

A súmula ordinária, tal como concebida e editada atualmente, de elaboração regulada nos regimentos internos e de propósitos paradigmáticos na interpretação do direito, tal como a sonhou o querido Victor Nunes Leal, deve ser mantida, na forma atual, como uniformizadora da jurisprudência e subordinante apenas para os membros de seus respectivos tribunais.

Vamos debater a criação de outra súmula, afinal, objeto desta palestra e de tantas controvérsias: a SÚMULA VINCULANTE, cuja edição deve ser constitucionalmente regulada, permitindo-se aos Tribunais Superiores a adoção dos enunciados com eficácia subordinante *erga omnes*, desde que decidida pelos votos de, no mínimo, quatro quintos de seus membros, o que, no Supremo, significaria 8 votos, e, no STJ, 26 votos.

Esse tipo de súmula seria reservado exclusivamente às matérias de abrangência nacional. Não é plausível pensar-se em vincular os juízes de Pernambuco a uma declaração de inconstitucionalidade de lei estadual do Piauí.

Não se pode, também, conceber – e isto me parece de magna importância – vinculação em deliberações tomadas por maioria absoluta, posto que, em qualquer colegiado, sob este critério, poderia ser decretada a vinculação pela diferença de um único voto. No Supremo, as decisões tomadas por maioria absoluta, isto é, seis votos, podem ter cinco votos contrários e respeitáveis, lembrando-se que, se vencidos quatro ministros, admitem-se embargos infringentes do julgado, com eventual efeito modificativo da decisão, como no caso dos Tribunais de Alçada, que narrei antes.

Não seria aceitável a vinculação decidida por maioria inexpressiva de juízes. Aqui cabe recordar a lição, acima referida, de João Mangabeira, Themístocles Cavalcante e Carlos Maximiliano, nos debates da Constituinte de 1934, que se rebelaram precisamente contra a decisão declaratória de inconstitucionalidade por maioria inexpressiva de um voto. Dirigiu-se a crítica à simples declaração, sem eficácia subordinativa. Talvez, é bom que se medite um pouco, o critério de maioria absoluta seja o responsável por grande parte das rebeldias contra o Supremo Tribunal Federal, desde as autênticas até as simuladas como pretexto para não acatá-las.

Mas é preciso dar-se consequência à solução. A reforma constitucional deverá ser seguida de algumas inovações legislativas, sobretudo de ordem processual.

Seria o caso de pensar-se em tipificar, como crime de responsabilidade, os atos dos agentes do governo contrários ao direito sumulado com eficácia subordinante.

Com a adoção da Súmula Vinculante, não teremos as dúvidas, procedentes aliás, sobre se a vinculação se fará igualmente quanto aos fundamentos dos votos proferidos nas decisões, tal como acontece na Alemanha e

Portugal, e muitas vezes aconteceu nos Estados Unidos com o *stare decisis*.

A súmula, por sua própria natureza, será um enunciado sucinto, não conterà as considerações tecidas a *late-re*, que, em muitos julgamentos, são até impertinentes.

E mais um aspecto: a súmula vinculante, por sua eficácia obrigatória *erga omnes*, passará a ter natureza normativa e, portanto, quando editada pelo Superior Tribunal de Justiça, ou outro Tribunal Superior, como o do Trabalho e o Eleitoral, poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade e reapreciada pelo Supremo Tribunal Federal, o que hoje não se admite quanto às súmulas vigentes, posto que simples uniformizadoras da jurisprudência do próprio tribunal.

Penso que o país será pacificado mediante essa solução, pois a magistratura continuará exercendo a sagrada missão do juiz natural, em plena liberdade na aplicação do direito, e na difícil distinção dos casos concretos, sujeitos a significativas diferenças provocadas pelas diversidades regionais de nosso imenso território e pelas diversidades culturais, que cunham o refrão “em cada cabeça, uma sentença.”

A Súmula Vinculante não versará sobre qualquer assunto, e, sim, sobre matérias excepcionais, depois de consolidadas pacificamente nos tribunais, e impostas a vinculação pela expressiva maioria de quatro quintos dos membros da Corte, o que equivale quase à unanimidade.

Esse número expressivo, exigido para a edição da súmula subordinante aqui proposta, será respeitado pelos jurisdicionados, pela segurança que concretiza na interpretação do direito por tão expressiva maioria.

Lembrar que o juiz está subordinado somente à lei é o óbvio na ciência jurídica, mas usar o axioma, como ar-

gumento contrário à vinculação em certos casos, é raciocinar ao inverso, posto que a decisão de um superior colegiado de juízes, por maioria qualificada, tem a presunção absoluta de total subordinação à lei e à sua melhor interpretação.

Com a adoção da súmula vinculante, seria, por imprestável, eliminada a ação declaratória de constitucionalidade, que já prevê efeitos subordinativos, mas somente em matérias de interesse do Governo. Ora, a necessidade de vinculação é ditada sobretudo pela rebeldia dos agentes administrativos, no interesse dos governados.

Com relação às centenas de milhares de acórdãos repetitivos do Supremo Tribunal Federal, dúvida não haveria que a Súmula Vinculante, se instituída, seria editada por unanimidade.

E quero deixar bem claro: a solução que preconizo não prevê obrigatoriedade de aplicação da súmula, isto é, o juiz ou tribunal inferior poderá deixar de aplicá-la, ou contrariá-la expressamente.

Creio que poderá funcionar, eficientemente, com um sistema recursal simples e objetivo. Aplicada a Súmula Vinculante, a decisão torna-se irrecurável. Negada a aplicação, o recurso será de ofício, admitido, sobretudo, na instância especial e extraordinária, por dois motivos: não permitir que transite em julgado, nos casos concretos, uma inconstitucionalidade declarada, em abstrato, pela Corte competente e fazer o Tribunal Superior conhecer as razões do entendimento contrário, quando de tribunal inferior e que poderá, conforme o caso, servir de fundamento para a revisão da súmula.

Assim teremos, no sistema processual brasileiro, e nestes casos, recursos especiais e extraordinários obriga-

tórios, para não usar a expressão "de ofício", que agride o gosto de alguns puristas.

Não me parece completa, data venia, a solução sustentada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, que sugere a súmula impeditiva de recurso, porque, neste caso, adota somente um dos aspectos do instituto, isto é, a irrecorribilidade no caso de aplicação da súmula. Permite o recurso nos casos de sentenças que não a aplicam, mas apenas os voluntários. Nisso reside, a meu ver, o grande mal, pois, não recorrida, teremos protegida pelo trânsito em julgado uma inconstitucionalidade concretamente aplicada, anomalia que avilta o sistema de garantias fundamentais instituído pela Constituição, aquela aberração, a que me referi, de eficácia ao nada absoluto. Creio que o recurso de ofício aperfeiçoará a sugestão da AMB.

Se houvesse súmula vinculante como tal disciplina, o Tribunal Federal Regional de Porto Alegre, negando, como negou, os direitos dos aposentados ao salário mínimo, teria recorrido de ofício ao Supremo Tribunal Federal, e milhares de brasileiros dos Estados do Sul não estariam sofrendo a penúria que lhes é imposta pelo INSS.

Claro está que na adoção da súmula vinculante deverá ser previsto processo de sua revisão, motivado por alterações constitucionais, legais ou composição das Cortes Julgadoras. Evita-se a petrificação, que venha a chocar-se com situações futuras e alteradas pelo tempo, pelas normas supervenientes, ou pelo intérprete do direito nos tribunais.

A revisibilidade é princípio indispensável, diante da incontinência legislativa brasileira, da dinâmica do direito e dos fatos sociais, renovados, alterados e mudados em cada época. Integrando o processo revisional, o recurso de ofício poderá ser um dos mais fecundos, pois virá as-

sentado na liberdade dos tribunais em decidir contrariamente à súmula e de acordo com seu livre convencimento. Mas evita-se o trânsito em julgado, por falta de recurso da parte, da inconstitucionalidade declarada pela Suprema Corte.

O saudoso Ministro Prado Kelly, reproduzindo palavras de Victor Nunes sobre a súmula, teceu judicioso comentário:

*"Firmar a jurisprudência de modo rígido não seria um bem, nem mesmo seria viável. A vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do direito. Mas vai uma enorme diferença entre mudança, que é frequentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial, que é descabro e tormento. Razoável e possível é o meio termo, para que o Supremo Tribunal Federal possa cumprir o seu mister de definir o direito federal, eliminando ou diminuindo os dissídios de jurisprudência."*⁸

O sábio jurista e eminente político já falava em meio termo para as soluções dos problemas que os atormentavam naquela época e que consistiam, principalmente, em desordem jurisprudencial. Modernamente, porém, os males se concretizam na subversão da ordem constitucional, sobretudo por parte de autoridades administrativas.

Hoje, a jurisprudência, pelas infovias, computadores, informática, a rápida divulgação dos repertórios impressos, livros e revistas, está em ordem ou, ao menos, suficientemente atualizada para informações dos militantes. Os dissídios atuais decorrem não mais do desconhecimento dos julgados superiores, mas de divergências

⁸ RTJ 37/163.

doutrinárias, o que é absolutamente respeitável na ciência jurídica.

É preciso, porém, evitar-se a rebeldia acintosa em questões fundamentais. Não defendo a vinculação para todos os julgados, muito menos as automáticas ao estilo português, nem sequer para todas as declarações de inconstitucionalidade, decretadas por maioria inexpressiva e muitas vezes contra normas estaduais, mas propugno por um instrumento eficaz na concreção prática das decisões colegiadas dos tribunais superiores, particularmente as da Corte Constitucional, em matérias de alta relevância para o país e para o povo, sem descuidar-se da ilegalidade praticada aos borbotões pelos agentes do Governo, o que pode ser coibido por súmulas vinculantes do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Estaduais.

Não defendo, tampouco, a ressurreição dos velhos assentos, com força de lei, da Casa da Suplicação, como o pretendeu o então Ministro Alfredo Buzaid no anteprojeto do Código de Processo Civil. Se a experiência portuguesa moderna não nos serve, muito menos a seiscentista, desenvolvida sob a monarquia, nos servirá.

Mas, parece que, apesar disso, querem de volta os assentos da velha Casa da Suplicação. É, pelo menos, o que se vê no projeto de reforma do Judiciário que acaba de ser proposto pelo Deputado Aluysio Nunes Ferreira, instituindo efeito vinculante a quase todas as decisões dos tribunais superiores, e efeito automático pelos simples resultado de vários julgamentos, tanto nas ações declaratórias, como nas indiretas de inconstitucionalidade, e nas duas novas faces das ações avocatórias chamadas de incidentes de ilegalidade e incidentes de constitucionalidade, através dos quais, no STJ e STF, respectivamente, subtrair-se-á qualquer tipo de processo ao julgamento dos

tribunais inferiores com imediata transferência para aquelas instâncias, cujos pronunciamentos terão efeito subordinativo *erga omnes*.

Verifica-se, pois, que, no contexto da reforma proposta, a súmula vinculante será apenas a reiteração de outras decisões vinculantes nos incidentes de ilegalidade ou de constitucionalidade. Neste caso, ou é inútil, ou perigosa. Inútil, quanto às inconstitucionalidades, posto que o projeto prevê efeito vinculante automático a qualquer ação direta julgada procedente. Prefiro o caminho do efeito sumulado.

Tenho debatido essa matéria em restritas reuniões com estudiosos do direito, magistrados e advogados. Pela primeira vez faço-o em público na defesa completa da tese em favor de súmula vinculante submetida a quorum qualificado, irrecorrível quando aplicada e, quando contrariada, sujeita a recurso obrigatório ou de ofício, com perdão dos mais perfeccionistas. Em homenagem ao Tribunal de Justiça de Pernambuco, nas comemorações de seu Centenário, lanço aqui a sugestão do texto escrito que poderá servir de concreção a esse tópico da reforma constitucional. Na competência do Supremo Tribunal Federal, incluir:

“Art. Pelo voto de quatro quintos de seus membros, poderá o Supremo Tribunal Federal editar súmula vinculante, com eficácia geral e subordinativa, nos casos em que pronunciar, em tese, a inconstitucionalidade de lei, ou de ato normativo de abrangência nacional.

Parágrafo Único – Sentenças de primeiro grau e decisões de Tribunais que aplicarem a súmula vinculante são irrecorríveis e aquelas que a contrariarem ficam sujeitas a recurso obrigatório, inclusive o extraordinário, sem prejuízo dos voluntários.”

O modelo poderá servir para o legislador na hipótese de adoção de súmula para o controle abstrato da legalidade, repetindo-a na disciplina de competência dos demais tribunais.

Posto isto, passo à conclusão desta palestra, tecendo brevíssimos comentários sobre outros pontos da reforma do Judiciário.

Não tenho dúvidas de que se trama, pelo menos no contexto do substitutivo proposto pelo Deputado Aloysio Nunes Ferreira, um grave cerceamento ao direito de postular-se em Juízo. As exigências acrescidas, tal como constam do projeto, aos recursos extraordinário e especial, de demonstração de repercussão geral, acabarão com os próprios recursos, sem instituir a argüição de relevância. Ao recorrente não basta demonstrar a inconstitucionalidade ou ilegalidade sofrida em seu direito. Terá que apontar, fundamentadamente, uma repercussão geral, isto é, o direito ou interesse atingido. Está claro que se trata de uma afetação filigrana, mas que será usada fartamente pelos tribunais superiores para o não conhecimento de recursos.

Nosso país será o único, do mundo juridicamente civilizado, a admitir a validade de lesão inconstitucional, ou ilegal, por não ultrapassar a pessoa da vítima, negando, assim, a garantia fundamental dos direitos individuais.

Essa concepção do projeto é estarrecedora.

As consciências bem formadas de nosso país precisam se levantar contra a proposta. Se preciso, aos gritos para acordar nossos legisladores e evitar catástrofe. O Deputado Aloysio Nunes Ferreira, convocado pelo Executivo, foi substituído na função de relator. Acaba de assumir-lhe a Deputada Zulaiê Cobra, que já se pronunciou contrária ao fechamento da Justiça do Trabalho, obsessão de seu antecessor. Vamos aguardar mais uns dias para ver se haverá outras divergências.

Preocupa-me, ainda, nos substitutivos do Deputado Aloysio Nunes Ferreira, a proposta de validade para os provimentos cautelares de urgência, em todos os processos, por apenas noventa dias, inclusive na antecipação da tutela, o que seria uma antinomia gritante. Segundo a proposta, uma liminar que mandasse retirar um intruso da propriedade alheia, passados os noventa dias sem sentença, perderia a eficácia e, conseqüentemente, o invasor adquirirá o direito de reintegração ao esbulho. Não fosse triste, seria uma piada.

Claro está que muitos outros aspectos da reformulação constitucional judiciária merecem debates amplos, inclusive pelo próprio Poder Judiciário, afinal o alvo e destinatário da pretendida reforma. Creio que nosso Parlamento seria prudente em aguardar as sugestões do próprio Poder a ser reformado e, para isso, parece que o atual Presidente do Supremo Tribunal, Ministro Carlos Velloso está tomando providências no sentido de auxiliar o Congresso Nacional com subsídios debatidos pelo próprio Judiciário brasileiro, o que seria benéfico para o país, pois começaria pela restauração da harmonia entre os Poderes, ultimamente sujeita a notórios abalos sísmicos.

Agradeço a paciente atenção com que me ouviram e deixo aqui estas sugestões, para a meditação, correções e aperfeiçoamento dos mais doutos, esperando ter cumprido com a ordem emanada do Desembargador Etério Galvão.

Muito obrigado.

SENTENÇA CIVIL - QUINTO CIVIL
PROCESSUAL CIVIL
INDENIZAÇÃO
RESPONSABILIDADE CIVIL POR
ATO ILÍCITO - HOMICÍDIO. PENA

INAPLICABILIDADE A FALTA DE
ENTRADA PESSOAL DOS REUS

PRÁTICA

SENTENÇA CIVIL - QUINTO CIVIL
PROCESSUAL CIVIL
INDENIZAÇÃO

SENTENÇA CIVIL - QUINTO CIVIL
PROCESSUAL CIVIL
INDENIZAÇÃO
RESPONSABILIDADE CIVIL POR
ATO ILÍCITO - HOMICÍDIO. PENA
INAPLICABILIDADE A FALTA DE
ENTRADA PESSOAL DOS REUS

**SENTENÇA CÍVEL. DIREITO CIVIL
E PROCESSUAL CIVIL.
INDENIZAÇÃO.
RESPONSABILIDADE CIVIL POR
ATO ILÍCITO - HOMICÍDIO. PENA
DE CONFISSÃO.
INAPLICABILIDADE À FALTA DE
INTIMAÇÃO PESSOAL DOS RÉUS.
SENTENÇA DE PRONÚNCIA.
INSUFICIÊNCIA DE PROVA.
IMPROCEDÊNCIA. LITIGÂNCIA DE
MÁ-FÉ.**

*Alberto Flávio Barros Patriota
Juiz de Direito de 2.ª Instância. Professor da Disciplina
Direito Civil III (Direito Família) na Escola Superior da
Magistratura de Estado de Pernambuco - ESMAPE.*

Comarca De Surubim 1.ª Vara

Processo N.º 6.554/91 - Ordinária de Indenização
Autores: J. M. G. C., A. K. G. C., M. G. C., L. C. F.
e F. G. C., os quatro últimos representados pela primeira
(genitora).

Advogados: Dr.ª Leonardo Trindade Cavalcanti e
Nelma Maria Cavalcanti Guerra

Réus: J. DO R. N. e C. G. DE F.

Advogado: Dr. José Gonçalves Moisés

Processo N.º 6.488/91 - Apenso - Cautelar Preparatória

Autora: J. M. G. C.

Advogados: Dr.º Leonardo Trindade Cavalcanti e Nelma Maria Cavalcanti Guerra

Réus: J. DO R. N. e C. G. DE F.

Advogado: Dr. José Gonçalves Moisés

SENTENÇA

EMENTA: Civil. Processo Civil. Indenização. Homicídio. Possibilidade Jurídica. Pena de Confissão sem amparo legal. Pronúncia. Juízo de Admissibilidade de Acusação. Nexo causal. Ônus da parte autora. Testemunhas não arroladas. Pronúncia como única prova. Insuficiência de prova. Improcedência.

I - Ineficaz e de nenhum efeito a pena de confissão aplicada aos Réus, em razão de suas ausências à audiência de instrução e julgamento, requerido pelos Autores, por não terem sido "intimados pessoalmente", consoante a inteligência do art. 343, §§ 1.º e 2.º do Código de Processo Civil;

II - A sentença de pronúncia - a rigor um despacho ou sentença processual -, não configurando decisão con-

denatória, por exigir apenas "indícios suficientes de autoria", por si só, é insuficiente para responsabilizar-se civilmente os Réus, sendo indispensável a produção de outros meios de prova;

III - Testemunhas não inquiridas na instrução por falta de apresentação de rol pelas partes, tanto na exordial quanto na contestação, bem como no prazo de 05 (cinco) dias previsto no art. 407 do Código de Processo Civil. Operada a preclusão temporal às partes;

IV - Nos termos do art. 353, I da Lei de Ritos, à parte autora incumbe o ônus da prova "quanto ao fato constitutivo de seu direito". À parte autora incumbe provar a existência de causa e efeito entre a conduta dos agentes e o resultado danoso - nexos de causalidade;

V - É insuficiente a prova calcada exclusivamente em sentença de pronúncia - que sequer acompanhou a inicial, só tendo chegado ao processo por apresentação do Ministério Público - à responsabilidade civil do Réus, por não configurar certeza jurídica da autoria, mas, tão somente, indícios.

Vistos etc.

I. J. M. G. C. e os menores nominados, esses representados pela primeira requerente, qualificados, por advogados, ajuizaram AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO, que fora precedida pelo aforamento de Ação Cautelar Inominada Preparatória em face de J. do R. N. e C. G. de F., também qualificados, aduzindo-se, em síntese, o que se segue:

- a) que "são os suplicados (...) pública e notoriamente mandantes do homicídio perpetrado nesta cidade de Surubim contra o advogado e Vereador E. C.;"

- b) que a culpa dos suplicados "é inquestionável tanto que se acham foragidos, ocultos em algum lugar incerto e desconhecido";
- c) que "o fato criminoso, além de clamar pela aplicação de sanções penais (...)" enseja a aplicação de sanções de natureza civil, ou seja, "a obrigação de indenizar a viúva e órfãos da vítima em razão dos danos materiais decorrentes da perda irreparável, injustificável de seu esposo e pai";
- d) que obtiveram, em ação cautelar inominada preparatória, mediante liminar, o bloqueio de importâncias depositadas na Agência do Bandepe, Surubim, resultantes de desapropriação da Fazenda Umari de Casinhas de propriedade dos Suplicados.

2. Juntados documentos e pugnaram pela procedência com apuração do "quantum" indenizatório em posterior liquidação de sentença.

3. Os processos foram reunidos para uma decisão conjunta, passando, a seguir, a fazer o relatório, isoladamente por cada Ação, abstraindo de repetir os argumentos do pedido por já tê-los registrados acima.

1. RELATÓRIO DA CAUTELAR INOMINADA N.º 6.488/91

I.1. A cautelar foi proposta em 07.03.91. Em despacho sucinto, inicial, denegou-se a liminar (fl.12).

I.2 A autora requereu a citação editalícia (fl.15) e, em sucessivo, reiterou o pedido de concessão de liminar com argumentos expostos na petição de fls.18/20, rogando ao magistrado o seu deferimento ou, caso não deferisse a medida extrema, que recebesse a petição como "Re-

curso de Agravo de Instrumento"(sic). O Dr. Juiz de então, pelo despacho de fls.22/23, reviu sua posição inicial e concedeu a liminar determinando o bloqueio das contas poupanças dos Suplicados, existentes no Bandepe local, no que pertine aos depósitos decorrentes de desapropriação de suas terras, expedindo-se o ofício de fl.24.

I.3 Os requeridos foram citados pela via editalícia (fl. 26) e, tempestivamente, contestaram (fls. 27/32). A autora replicou às fls. 39/40. O Ministério Público ofertou promoção entendendo não ser caso de intervenção (fl.42), repetindo a sua posição pela cota de fls. 53 AV.

I.4 O requerido C. G. de F., através de novo advogado - Dr. José G. Moisés, pediu a revogação da liminar (fls. 50/51 e 55/56).

I.5 Em longo despacho datilografado em três laudas, o ex-juiz desta Vara refutou alegação de suspeição e determinou a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco (fls. 65/67). O Exmº Sr. Presidente do TJPE, ante informação de sua Assessoria, determinou o retorno dos autos para que se processasse a suspeição na forma do Código de Ritos (fls. 69/70). O Ministério Público ofereceu a cota de fls.72 AV. A tramitação da cautelar foi suspensa ao aguardo da decisão do TJPE sobre suspeição (fl. 73V).

I.6 O requerido C. reiterou o pedido de revogação da liminar, no que foi refutado pela requerente.

I.7 Após nova troca de petições pelas partes, o Ministério Público ofertou parecer pela procedência da cautelar (fls. 102/102V).

I.8 O Dr. Juiz que presidia o feito proferiu o despacho de fls. 103/103V mantendo o bloqueio sem, contudo, decidir a causa. Do mencionado despacho foi interposto agravo na forma retida (fls. 107/109).

É a suma do que importa na cautelar, passo, na seqüência, ao relatório da Ação Principal.

2. RELATÓRIO DA AÇÃO PRINCIPAL - PROCESSO N.º 6.554/91

II.1. Diversamente da cautelar, a ação principal - ordinária de indenização - tem no pólo ativo a autora da preparatória, por si e na qualidade de representante legal de quatro filhos, em face dos mesmos requeridos.

II.2. Despachada a inicial, o requerido C. G. de F. peticionou, por seu advogado, o Dr. José Gonçalves Moisés, requerendo a extinção do feito (fl.19). Sobre tal pedido não houve apreciação.

II.3. Os requeridos foram citados pela via editalícia (fls. 17 e 22), tendo ofertado, tempestivamente, contestação (fls. 23/29) aduzindo :

a) inépcia da inicial sob o argumento de que da narração não decorre conclusão lógica;

b) que os autores não juntaram prova material comprobatória da morte do Dr. E. C., bem como da prova material da autoria, desatendendo a regra do art. 396 do Código de Processo Civil, o que importa em indeferimento da inicial com a extinção do processo, nos termos do art. 267 do mesmo diploma;

c) no mérito, que o pedido é improcedente visto que "os suplicados jamais foram autores ou mandantes de crime; jamais foram condenados por qualquer crime, tanto o é que seria sua obrigação, fosse esta infâmia contra as suas pessoas verdadeiras"(sic); pugnaram, ainda, pelo reconhecimento da litigância de má-fé dos requerentes.

II.4. Os autores refutaram a contestação (fls. 35/40). O Ministério Público ofereceu a promoção de fls. 42/42V,

acompanhada de documentos: certidão de óbito do falecido Dr. E. (fl. 43) e cópias de parte da sentença de pronúncia em desfavor dos réus (fls. 44/46).

II.5. As partes manifestaram-se sobre o parecer do Ministério Público. Em nova vista, diante da manifestação dos requeridos, o "Parquet" sustentou o seu parecer por entender estar amparado no disposto no art. 83, II da Lei Instrumental Civil (fl. 66V).

II.6. Despacho saneador à fl. 67. O juiz que presidia a instrução suspendeu o curso do processo no aguardo de decisão do TJPE no que pertine aos autos 6.488/92 e 6.908/92 (fl. 73V).

II.7. O requerido C. peticionou pedindo o julgamento do feito, haja vista que o Tribunal homologara o seu pedido de desistência da exceção de suspeição que ajuizara e que decidira, por igual, o agravo de instrumento. Juntou os documentos de fls. 76/77, onde consta que o E. TJPE homologara a referida desistência e não conhecera do agravo à falta de lesividade. Ditos documentos, apesar de não terem validade como certidão, não foram impugnados e, uma vez apresentados por um dos interessados diretos - um dos réus - devem ser tidos autênticos.

II.8. O requerido C. pediu os benefícios da Assistência Judiciária, por não ter condições de arcar com as despesas processuais. O Ministério Público reservou-se para opinar posteriormente sobre tal pleito e pediu a realização de audiência de instrução e julgamento (fl. 84). O Dr. Juiz de então, apesar do novo teor do art. 331 do CPC, com a redação que lhe conferiu a Lei n.º 8.952/94, que estabelece a obrigatoriedade de audiência de conciliação, proferiu novo despacho saneador e designou audiência de instrução e julgamento (fl. 84V). O requerido C. interpôs agravo retido, por entender que a matéria era de direito, sendo descabida a dilação

probatória, e que se deveria julgar antecipadamente a lide (fls. 86/87). Reiterou o pedido de julgamento (fl. 88).

II.9. O advogado dos requeridos, através da petição de fls. 89/90, após tecer considerações diversas, pediu que o juízo determinasse o envio de peças à OAB/PE para que aquele Órgão de Classe tomasse as medidas que se fizessem necessárias em "prestígio da classe e da advocacia". O advogado dos autores refutou tais argumentações, e, acaso desejasse, que o advogado dos requeridos o fizesse diretamente. O Ministério Público opinou entendendo assistir razão ao advogado dos requerentes, dizendo que "o nobre advogado do réu, com frequência, esquece a defesa dos interesses do seu cliente e de forma aética, vem agredindo o juiz, o promotor e o colega da parte contrária, demonstrando um total descontrole emocional e despreparo profissional", opinando contrariamente ao pleito de Assistência Judiciária anteriormente solicitado pelo réu (fls. 96/96V).

II.10. Em audiência, presentes a autora por si e como representante dos menores, seu advogado, o advogado dos réus e o Ministério Público, ausentes os requeridos, não houve tomada de depoimentos, até porque não se arrolarem testemunhas. Nos debates as partes sustentaram suas teses e o Ministério Público opinou pela procedência.

Devidamente examinados e relatados, passo à apreciação meritória decidindo conjuntamente os feitos cautelar e ordinário.

DECIDO

3. DA FUNDAMENTAÇÃO

III.1. Cuido, inicialmente, registrar com irrisignação a morosidade imposta na tramitação destes feitos. Este

Magistrado não presidiu a instrução e, ante o acúmulo de serviços na Comarca, face ao exercício concomitante nas duas Varas e em razão dos serviços eleitorais relativos aos pleitos municipais de 03 de outubro de 1996, nos municípios de Surubim, Vertente do Lério e Casinhas – integrantes da 34.^a Zona Eleitoral, o que obrigou a que este juiz não gozasse férias no ano de 1996, só o fazendo nos meses de janeiro/97 e fevereiro/97, apenas atuando efetivamente nesta oportunidade, após o retorno das férias. Julgo as causas.

EM PRELIMINAR

Primeira Preliminar

III.2. Entendem os requeridos que a inicial é inepta por ser juridicamente impossível e que da narração dos fatos não decorre uma conclusão lógica. A parte autora refutou dita preliminar, de forma genérica, pedindo o seu desacolhimento. O Ministério Público opinou contrariamente à preliminar por entender ser "o pedido inteligível, embora não discriminando o embasamento legal, é claro que encontra-se (sic) arrimado nos arts. 159, 1518 a 1532, 1537 a 1553 do Código Civil."

Assim enfrento a preliminar.

Apesar de não ser um primor, não se pode dizer que a inicial é inepta, porquanto os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil podem ser considerados presentes, ainda que implicitamente no que concerne ao fundamento jurídico do pedido. Consabido que, na moderna processualística, a omissão pura e simples dos dispositivos legais, por si só, não importa em inépcia, sendo de se registrar a máxima que diz: "dai-me os fatos que eu te direi o direito."

Não é juridicamente impossível pedido de indenização em consequência de homicídio. Por outro lado, da narrativa dos fatos na inicial decorre, logicamente, o pedido de indenização, apesar de não haver quantificação do "quantum" pretendido. A inicial fala em danos materiais, sem identificá-los, dando a entender que, em verdade, o que pretende, data venia, é a responsabilização civil dos requeridos por danos morais sofridos pelos autores em decorrência do falecimento do advogado Dr. E. C., face ausência de pedido certo e determinado quanto ao eventual dano material. Por ser admissível juridicamente pedido de indenização em virtude do evento morte, desacolho a preliminar.

Segunda Preliminar

III.3. Os requeridos pediram a extinção do processo, argumentando que os autores não juntaram os documentos necessários e indispensáveis à propositura da ação. Dizem os autores que a morte do Dr. E. C. prescinde de comprovação material haja vista que tal evento é tido como fato público e notório. Enfrento a Segunda preliminar.

Estabelece o art. 334, I do Código de Processo Civil, **verbis**:

"Art. 334. Não dependem de prova os fatos:
"I - notórios;"

Sobre fato notório dizem Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Pinto, IN Manual de Direito Processual Civil, vol. 2, 4.^a edição, RT, p. 252: "Finalmente, deve-se dizer que o fundamento da notoriedade desnecessitar de prova é o da economia processual, pois que a atividade que se desenvolveria não teria sentido, pois o que se quer

saber já é sabido, ou sem atividade probatória pode ser verificado facilmente pelo juiz."

Ora, o evento morte do Dr. E. é fato do conhecimento geral nesta Comarca desde o mais simples dos cidadãos ao mais ilustrado, porquanto foi objeto de ampla cobertura nos jornais e noticiários da imprensa escrita, radiofônica e televisiva. Demais disso, o Dr. Promotor de Justiça trouxe aos autos a certidão de óbito dando conta de que o Dr. E. efetivamente falecera.

No tocante à falta de comprovação material da autoria - mediata ou imediata - do assassinato do pranteado advogado, creio ser desnecessária haja vista que a parte pugnou pela produção, ainda que de forma genérica, de prova testemunhal, sendo, portanto, matéria fática objeto de dilação probatória. Neste particular, mantenho o despacho do ex-juiz desta Vara que designou a audiência de instrução, desacolhendo, no particular, os fundamentos do agravo retido de fls. 103/104, cabendo ao Tribunal apreciar, se for o caso, na forma prevista na legislação.

Por tais fundamentos está rejeitada a segunda preliminar.

QUANTO AO MÉRITO

Da pena de confissão. Falta de amparo legal.

III.4. Início a apreciação meritória analisando se a pena de confissão aplicada pelo nobre juiz sumariante, acatando requerimento da parte autora e com o parecer favorável do Ministério Público, tem ou não respaldo legal, o que será de crucial importância na solução da questão. Entendo que não.

Ao meu sentir, concessa venia, laboraram em equívoco o digno magistrado prolator de tal decisão e o nobre parecerista. Vejamos o que dizem o art. 343 e seus parágrafos do Código de Ritos, **verbum ad verbum**:

“Art. 343. Quando o juiz não determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.”

“§ 1.º. A parte intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra elas alegados, caso não compareçam ou, comparecendo, se recuse a depor.”

“§ 2.º. Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão.”

Ora, consta da certidão do Oficial de Justiça (fl. 97) e do termo de audiência (fl. 99) que os réus se encontravam em lugar incerto e não sabido. O meirinho não explicitou se intimara ou não os réus. Nada obstante, penso ser desnecessário maior digressão, não sendo cabível extrair-se ilação de que em estando em lugar incerto e não sabido, como certificado e admitido expressamente nas preambulares e na manifestação do Ministério Público, não foram “intimados pessoalmente”, sendo, in casu, defeso ao magistrado aplicar-lhes a pena de confissão por não se adequar à prescrição legal autorizadora. Por tais fundamentos, por não ter sido amparada na lei, tenho ineficaz a pena de confissão e, em sendo assim, tal meio de prova não poderá surtir os efeitos no tocante à decisão meritória.

Da insuficiência da prova

III.5. Cuido inicialmente registrar, na fase final dos debates, em audiência, a inversão na ordem processual, quando o Ministério Público teve a palavra antes das partes, subvertendo a norma do art. 454 do CPC, em longo arrazoado, opinou pela aplicação da pena de confissão e pela procedência do pedido. As partes – autores e réus – nada argüíram e, inexistindo, como penso, prejuízos a quaisquer dos interessados, deixo de proclamar a nulidade ou anulação do ato por entender, por igual, que se deva adotar na espécie o princípio da instrumentalidade da forma.

O cerne da questão em deslinde pelo julgador está em se estabelecer, à luz da prova coligida, se há responsabilidade dos réus na morte do advogado E. C., no que pertine a apuração do fato na órbita da responsabilidade civil, sem reflexo na esfera criminal.

A existência de sentença de pronúncia contra os réus é insofismável, haja vista o que exprimi quando da apreciação das preliminares. Nada obstante, quer-me parecer que o ilustre representante do Ministério Público, concessa venia, equivocou-se ao dizer, **verbis**:

“(…) os autores não juntaram prova documental sobre a autoria do assassinato de seu pai, motivo este alegado na contestação como necessário à condenação de seu cliente, como disse o nobre causídico advogado dos réus. Não comparecendo à audiência de instrução e julgamento para prestarem depoimento pessoal como requerido na (...), peça vestibular da ação, inclusive por estarem local incerto e não sabido desde a época em que foram denunciados nesta Comarca como co-autores do assassinato do Bel. E. C., (...), não comparecendo, nem aos atos do pro-

cesso criminal a que responde nesta Comarca, prejudicando (...) tendo inclusive, medida preventiva (...) decretada pelo juiz da mesma, sendo fato público e notório, esta Promotoria de Justiça com base no art. 269 inciso II e 345, digo, 346 § 2.º (sic) do Cód. de Proc. Civil, opina seja julgada antecipadamente a lide, e no mérito seja aplicada a pena de confissão dos réus, julgando-se procedente a Ação levando-se em conta que tal confissão (...) ficta é alicerçada no conhecimento da Ação Pena e (...) prisões preventivas dos réus, inclusive porque diz a lei que para sua decretação deverá haver prova suficiente de autoria (...) (sic), estando fugados demonstrando serem eles os verdadeiros assassinos do pai dos autores." (grifei)

Como já afirmei alhures, a aplicação aos réus da pena de confissão, pelo não comparecimento à audiência, não encontra agasalho na lei. Olvidou S. Ex.ª da norma do § 1.º do art. 343 do CPC, que estabelece a obrigatoriedade de "intimação pessoal", o que não ocorreu por estarem – os réus – em lugar incerto e não sabido, como, aliás, admitiu o Dr. Promotor.

Por outro lado, equivoca-se o ilustre representante do Ministério Público ao discorrer sobre requisito da lei para a decretação de prisão preventiva, quando diz: "(...) a lei que para sua decretação deverá haver prova suficiente de autoria (...) (grifei). IN CASU, como penso, creio que S.Ex.ª quis aludir ao Código de Processo Penal, mais precisamente ao art. 312 do mencionado diploma. Ao meu sentir, acredito não ser enfadonho transcrever-se, em sua inteireza, letra-a-letra, o pré-falado dispositivo. Vejamos:

"CPP. Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da

lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria."(grifei)

Exsurge do dispositivo em comento que o legislador contentou-se para efeito de prisão preventiva – cautelar, processual – a existência de "indícios suficientes de autoria" e não, como entende o digno Promotor que "(...) deverá haver prova suficiente de autoria"(grifei). Discorrendo sobre o tema o insigne Magalhães Noronha, em Curso de Direito Processual Penal, Saraiva, 22.ª edição, 1994, assentiu à página 172, "verbis":

"É incabível quando não houver provas do delito e indícios *suficientes* da autoria, como exige o art. 312, (...). A primeira exigência dirige-se à materialidade do delito, à sua objetividade ou ao *tipo*. Quanto a isso, deve haver *prova*, isto é, a demonstração da existência do fato. Já não acontece o mesmo com a autoria, pois o legislador fala em *indícios suficientes*, que são provas menos robustas, ou frágeis, embora o Código acrescente que devem ser suficientes, (...). Não há regra apriorística e imutável que diga da suficiência indiciária, pois cada crime tem fisionomia própria. É o caso concreto que o magistrado examinará, medirá e pesará os elementos que devem autorizar a medida. (...). Refletirá, (...), e, principalmente, considerará que os elementos para a custódia preventiva *são os mesmos para a pronúncia*, conforme o art. 408."

Diante do paralelo traçado pelo mestre, "mutatis mutandis", permito-me registrar que o magistrado ao proferir sentença de pronúncia – que a rigor se trata de despacho – não faz análise meritória da prova produzida, exercendo, tão somente, um Juízo de Admissibilidade da Acusação, cabendo, por expressa determinação constitucional e infraconstitucional, a competência do julgamento ao Conselho de Sentença do Tribunal do Júri Popular

da Comarca, nas hipóteses de crimes dolosos contra a vida. Nesse sentido a jurisprudência dos nossos tribunais, como se vê adiante:

"II – O Juiz Singular, ao pronunciar acusados da prática de crimes dolosos contra a vida, profere sentença processual, não podendo adentrar no *meritum causae* que é privativo do Tribunal do Júri." (Excerto de Acórdão no RE n.º 15.673-0 – PE – 91.211.87 – 87, 6.ª T., STJ, LEX – 51, JSTJ, p. 351, Nov/93).

É cediço que a responsabilidade penal não se confunde com a responsabilidade civil. É inquestionável, por igual, que um dos efeitos da sentença penal condenatória é "tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime" (Código Penal, art. 91, I). Estreme de dúvidas que os réus não foram responsabilizados penalmente pela morte do advogado Dr. E. C.; tiveram, sem dúvida, admitida contra si a acusação de tal crime, devendo responder perante o Tribunal do Júri Popular de Surubim a quem competirá julgar e, ao final decidir. Na lição de Rui Stoco, na obra Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial, RT, 1994, p. 40, tem-se:

"(...) Não se cogita, na responsabilidade civil, de verificar se o ato que causou dano ao particular ameaça, ou não, a ordem social. Tampouco importa que a pessoa compelida à reparação de um prejuízo seja, ou não, moralmente responsável (...)"

"A responsabilidade penal envolve também um dano, dano que atinge a paz social, embora atinja muitas vezes um só indivíduo. Mas a ação repressiva não tem por objetivo o dano causado ao particular, como tal, mas como integrante do grupo."

"A responsabilidade civil envolve, antes de tudo, o dano, o prejuízo, o desfalque, o desequilíbrio ou descompensação do patrimônio de alguém."

Quanto à eventual responsabilidade civil, dentre outros, há de se fazer provar o nexo causal, cujo ônus ao autor competirá. Nesse particular é de bom alvitre trazer-se a lume a lição do mestre Rui Stoco, in ob. cit., pp. 49/50:

"A prova do nexo de causalidade é do autor" (TJRS – 8.ª C. Ap. Rel. Dourado de Gusmão – j. 22.3.83 – RT 573/202)."

"É necessário que se estabeleça uma *relação de causalidade* entre a injuricidade da ação e o mal causado."

"O nexo causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito."

No mesmo sentido o magistério de Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, 4.ª edição, Forense, 1993. Vejamos alguns excertos:

"Não há porém confundir 'nexo causal' com 'imputabilidade', esclarece Serpa Lopes (...). É uma *quaestio facti*, ou uma *imputatio facti*."

"Em se tratando de elemento causal, cumpre ao lesado, no curso da ação de indenização, prová-la cumpridamente. Se a causalidade resta incerta, diz Carbonnier, em razão de uma impossibilidade de prova, o juiz deve rejeitar a ação de perdas e danos (*Droit Civil*, vol. IV, *Les Obligations*, § 91, p. 316)." (ob. Cit., p. 76)

“A determinação do nexo causal, em última análise, é uma *quaestio facti*. (...)” “Ao juiz cumpre decidir com base nas provas que ao demandante incumbe produzir.” (ob. Cit., p. 82)

Em aligeirada síntese pode-se dizer que para alguém ser responsabilizado civilmente há que se provar a existência de causa e efeito entre a sua conduta e o resultado danoso. Ao revés, restando incomprovada a existência de relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso, não se há que falar em responsabilidade civil. Como já dissemos alhures, ao autor, nos termos do art. 333, I do Código de Processo Civil, incumbe o ônus “quanto ao fato constitutivo do seu direito.”

À luz do que consta nos autos, como penso, os autores não conseguiram fazer prova da existência de relação de causa e efeito entre o resultado danoso – morte do Dr. E. – e a conduta dos réus.

Mesmo não acompanhando a inicial – como era de se esperar ante a regra do art. 396 do CPC –, a existência da pronúncia foi admitida por este Magistrado, ante a notoriedade dos fatos. Contudo tal meio de prova, admitido em juízo, não tem caráter absoluto, visto que, IN CASU, no tocante à autoria existem apenas indícios. A prova indiciária, como tal, carece de elementos outros, no mesmo sentido, de forma harmônica e convergente, de molde a convencer o julgador da relação de causa e efeito indispensável à caracterização do nexo de causalidade, sem o que não se pode responsabilizar civilmente quem quer que seja, ante a fragilidade probatória.

Como afirmado alhures, é ineficaz e de nenhum efeito a aplicação de pena de confissão aos réus, admitida pelo magistrado que presidiu a instrução, devidamente acompanhada em parecer pelo Ministério Público. Creio não

ser despropositado e desnecessário repetir-se que a revelia e a conseqüente penalização com a confissão, a teor do art. 343, § 1.º e 2.º do CPC, estaria configurado caso os réus tivessem sido “intimados pessoalmente”, e que constasse expressamente do mandado as advertências explicitadas no prefalado parágrafo 1.º, não comparecessem à audiência ou, comparecendo, se recusassem a depor. Não é o que ocorreu no caso em exame, sendo de nenhuma valia a penalização cominada ao arrepio da lei, malgrado entendimento de suas excelências o Juiz e o Promotor.

Resta, para a conclusão deste “*decisum*”, analisar-se eventual prova testemunhal produzida. Neste particular, diversamente do entendimento do nobre patrono dos réus, a questão de mérito não é unicamente de direito como entende S.Ex.ª, configurando, ao meu sentir, questão de direito e de fato, impondo-se a dilação probatória, afastada a incidência das disposições do art. 330 da Lei Instrumental Civil. Entendo também que por ocasião do despacho de folha 84v, datado de 06.04.95, quando já em vigor o art. 331 do mencionado diploma com a redação introduzida pela Lei n.º 8952/94, deveria ter sido designada audiência de juízo conciliatório. Preferiu o magistrado de então proferir despacho saneador tradicional – escrito – aprazando audiência de instrução e julgamento, ocasião em que por força do art. 448 do prefalado diploma tentaria a conciliação. Tenho, apesar de comungar do entendimento da obrigatoriedade da realização da audiência conciliação do art. 331 referido, que dita audiência redundaria em fracasso haja vista que os réus, por certo, não desejam a conciliação, por estarem em lugar incerto e não sabido. Observe-se que os requeridos não compareceram à audiência de instrução e julgamento, o que motivou a

aplicação, ao meu ver equivocada como já me referi, da pena de confissão.

Sobre a ausência de tal audiência específica para a tentativa de conciliação não houve arguição de eventual nulidade ou de suposto prejuízo aos interessados, quer das partes ou mesmo do "Parquet." Assim, inexistindo prejuízo a qualquer das partes, na forma dos artigos 244 e 245 do CPC, deixo de proclamar a nulidade do feito.

As partes protestaram genericamente - na exordial e na contestação - pela produção de prova testemunhal; quedaram-se, contudo, inertes, deixando de depositar o respectivo rol no momento processual adequado, ou seja, cinco (05) dias antes da audiência, como lhes faculta o art. 407 do Lei de Ritos. Operou-se, portanto, às partes, a preclusão ante a omissão. Restou, por conseguinte, como prova a ser produzida em audiência o depoimento pessoal das partes. Com a ausência dos réus, não se tomou o depoimento pessoal da Sr.^a J., por si e como representante dos menores, dando-se por finda a instrução e passando-se aos debates.

Ineficaz a pena de confissão, como exaustivamente dissecado alhures; não tendo as partes arrolado testemunhas e inexistindo sentença penal condenatória, porquanto os réus não foram submetidos ao julgamento pelo Júri, resta, tão somente, como prova única a sentença de pronúncia que, como penso, por si só, é insuficiente à caracterização da existência de relação de causa e efeito entre eventual conduta dos réus e o resultado danoso - morte do Dr. E. Tal prova, por ser indiciária, carece de outros meios de prova insofismáveis no sentido de que os réus sejam responsabilizados, na órbita civil, pela morte da vítima.

Por outro lado, não prospera a alegação dos réus de que os autores litigam de má-fé por intentarem a ação

apenas contra aqueles, sem incluir no pólo passivo da demanda os demais pronunciados. O direito dispositivo dos autores não pode ser restringido, cabendo-lhes, ao seu talante, demandar contra quem entendam ser responsável pelo dano causado. A insuficiência probatória não caracteriza a litigância de má-fé como querem os requeridos. No caso presente, incorre qualquer uma das hipóteses elencadas no art. 17 da Lei de Ritos. O eventual tumulto processual verificado decorre mais da complexidade e elevada dose de emotividade envolvida na demanda - até certo ponto compreensível -, que de interesses escusos de quem quer que seja. Assim, com tais fundamentos, desacolho a pretensão de eventual litigância de má-fé dos autores.

4. DO DISPOSITIVO

IV.1. Ante todo o exposto e o mais que dos autos consta, por entender insuficientes as provas produzidas, restando incomprovado o nexos de causalidade, ou seja, a existência de relação de causa e efeito entre eventual conduta dos réus e o resultado danoso - a morte do pranteado advogado Dr. E. C., assim decido os pedidos insertos na cautelar e na ordinária de indenização:

- a) JULGO improcedente o pedido deduzido na inaustral de indenização, condenando os autores nas custas e nos honorários advocatícios, esses fixados em 10% (dez por cento) da causa corrigida, apurável em liquidação;
- b) JULGO improcedente, por igual, o pedido deduzido na cautelar preparatória, revogando a liminar deferida, suportando os vencidos os ônus sucumbenciais,

sendo os honorários de advogado fixados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, devidamente corrigido, apurável em liquidação.

IV.2. Certificado o trânsito em julgado, expeça-se ofício ao Banco do Estado de Pernambuco – Bandepe, Ag. Surubim, comunicando o teor desta decisão, cientificando-se de que os réus poderão movimentar livremente as suas respectivas contas de poupança, por ter cessado a causa que os impedia de fazê-lo.

Traslade-se cópia desta sentença para o processo cautelar.

Custas de lei.

Surubim, 14 de abril de 1997.

Alberto Flávio Barros Patriota

Juiz de Direito

Observação: Submetida ao Tribunal de Justiça de Pernambuco, em grau de recurso de apelação, a Colenda Terceira Câmara Cível, tendo com Relator o eminente Des. Hélio Barros Siqueira Campos, a sentença foi confirmada na íntegra, consoante se depreende da ementa e acórdão abaixo transcritos, como publicado no DPJ/PE n.º 39, de 02/03/98, verbis:

“EMENTA: - DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - RESPONSABILIDADE CIVIL - ATO ÍLICITO - PRELIMINAR DE DESERÇÃO - LEGITIMIDADE DA RELEVAÇÃO - AGRAVO RETIDO - NÃO CONHECIMENTO. MÉRITO - PENA DE CONFESSO - INEXISTÊNCIA DE CITAÇÃO PESSOAL - INAPLICABILIDADE - SENTENÇA DE PRONÚNCIA - INSUFICIÊNCIA DE PROVA

- LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - INEXISTÊNCIA - RECURSOS IMPROVIDOS”

“ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados estes autos de Apelação Cível N.º 37.938-6, em que é apelante C.G. de F. e apelada J. M. G. C., decidem os Desembargadores que integram a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, “Unissonamente, e em preliminar, considerou-se legítima a retratação da Decisão de Deserção do Juízo monocrático; univocamente, e em preliminar, não se conheceu do Agravo Retido do primeiro Apelante (C. G.) por se confundir com a própria matéria do mérito; no mérito, uniformemente, negou-se provimento a ambos os recursos, mantida a Decisão Apelada.”, tal se lê nas notas taquigráficas que se seguem anexas. Recife, 12 de novembro de 1998. Des. Hélio Siqueira Campos - Relator.”

SENTENÇA CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO

Idílio Oliveira de Araújo
Juiz de Direito

Comarca De Santa Maria Do Cambucá-Pe

Processo Nº 1.051/97.

Autor: Justiça Pública.

Ré: S. N. A.

Vistos etc.

O Representante do Ministério Público, em 14 de julho de 1997, no uso de suas atribuições, lastreado em Inquérito Policial, apresentou denúncia contra S. N. A. , qualificada na peça proemial, incurstando-a nas sanções do Artigo 121, § 3º e 4º c/c Artigo 71, caput, todos do Código Penal Pátrio.

Narra a peça imputatória que a denunciada no período de 23 de abril a 06 de maio do ano de 1997, na Unidade Municipal de Saúde Santina Falcão, onde era responsável pela aplicação de vacinas, aplicou doses de insulina, ao invés de vacina DPT, em diversas crianças, levando a óbito seis delas.

Diz ainda, que os genitores dos menores procuraram aquele serviço de saúde, para submeterem seus filhos ao

calendário de vacina, donde naquela oportunidade receberiam as dosagens da vacina D.P.T. (Tríplice) e Antipólio, compatível com suas idades, só que, apesar dos inúmeros anos de prática profissional, a denunciada em total descaso na observância das regras técnicas, aplicou dosagens do medicamento insulina, em níveis elevadíssimos levando óbito seis crianças num lapso de tempo de dois a três dias.

Petição de habilitação dos representantes legais dos Assistentes do Ministério Público às fls. 542, com deferimento do pleito, após concordância Ministerial às fls. 565.

Antecedentes criminais da acusada às fls. 564, sem registro.

Perícia toxicológica procedida pelo I. M. L. no material colhido nas exumações dos cadáveres às fls. 574/577 e fls. 615/620.

Interrogatório da acusada procedido no dia 15 de setembro de 1997, às fls. 580/581.

Defesa prévia às fls. 583/597, alegando nulidade de ação penal por lhe faltar comprovação da materialidade delitiva, requisito essencial ao recebimento da denúncia, e ainda, aplicação prática do instituto da suspensão condicional do processo.

Promoção Ministerial às fls. 603/610.

Vislumbra-se, às fls. 622/625, despacho do Dr. Felipe Augusto Gemir Guimarães, rejeitando por completo as teses suscitadas pela acusada em defesa prévia, dando prosseguimento ao feito.

Audiência de oitiva de testemunhas da acusação às fls. 631/642.

Audiência para declarações das testemunhas arroladas pela defesa às fls. 683/687, e 807/808.

Vislumbra-se às fls. 716, respostas do Diretor do I.M.L. a quesitos elaborados pelo juiz de então.

Na fase do Art. 499, as partes nada requereram. O prazo para requerer diligência nesta fase corre em cartório, independentemente de intimação.

Alegações finais do Ministério Público às fls. 812/823, pugnando pela condenação da acusada nas penas do Art. 121, parágrafos 3º e 4º c/c Art. 71, todos do C. P. .

Alegações finais da defesa às fls. 835/841.

É O RELATÓRIO QUE SE IMPÕE. JULGO.

“ Sê justo: antes de mais nada, verifica, nos conflitos, onde está a justiça. Em seguida, fundamenta-a no Direito” (Juan Carlos Mendonza).

Tudo foi regularmente processado, não havendo diligência a ser cumprida, nem irregularidade a ser sanada. O processo foi regularmente instruído, tendo sido observadas todas as formalidades, assegurando-se o devido processo legal e, sobretudo, a oportunidade para ampla defesa do réu.

Enfrento as preliminares materializadas pela defesa em sua peça de alegações finais.

Os ilustres Advogados de defesa, de início protestam por um possível cerceamento de defesa, quando o juiz do feito por ocasião da defesa prévia não atendeu a quatro pedidos de informações indispensáveis ao esclarecimento dos fatos, no entanto nada requereram por ocasião da fase do Art. 499 do CPP, ocasião adequada para o pleito, ou ainda, não recorreram da decisão interlocutória do Dr. Felipe Augusto Gemir Guimarães, quando rejeitou por completo as teses suscitadas pela acusada em defesa prévia. Vejamos a decisão do juiz *in verbis* :

“ Despacho.

Vistos, etc ...

S. N. A., denunciada como incurso nas sanções do Art. 121, §§ 3º e 4º, c/c Art. 71, caput, do Estado Punitivo Pátrio, por seus advogados, apresentou a DEFESA PRÉVIA de fls. 583/597, onde em síntese alegou nulidade da ação penal por lhe faltar comprovação da materialidade delitiva, requisito essencial ao recebimento da denúncia, e, ainda aplicação prática do instituto da suspensão condicional do processo.

Sobre tal peça defensiva, manifestou-se o Ministério Público através da promoção de fls. 603/610, que por sua judicialidade, deve ser acolhida in totum.

É que, in casu, não enxergo ser a lide temerária ou leviana, muito menos que o feito tramite de forma abusiva ou ao arrepio da lei.

Nesse passo, suscita a defesa prévia que os laudos periciais insertos nos autos não identificam a materialidade do delito imputado, razão pela qual inexistente o nexa da causalidade entre a ação e o resultado, e portanto, justa causa ao recebimento da denúncia. Diz, ainda, com base nos Arts. 158 e 564, III, “b”, do Código de Processo Penal, que quando a infração deixar vestígios, como é o caso dos autos, será indispensável o exame de corpo de delito, sob pena de nulidade.

Sobre essas primeiras alegações, apesar do brilhantismo e do notável saber jurídico dos cultos defensores, sou obrigado a rechaçá-las. Não discordo de tais alegações, apenas entendo que as mesmas não se coadunam com a hipótese estudada. Verdade é que quando a infração deixar vestígio, indispensável se fará o exame de corpo de delito, direto ou indireto. Entretanto, como bem disse o zeloso representante do Ministério Público, es-

queceram-se os doutos advogados de observar a ressalva feita no Art. 564, III, “b”, do CPP, quando se refere ao Art. 167, o qual leciona que não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta. É, assim, o caso dos autos, pois, todos os exames e perícias realizadas ao longo do presente alveo cognoscitivo concluíram pela ausência o desaparecimento dos vestígios do crime, sem que isso signifique que tenha havido culpa de qualquer dos órgãos de persecução penal. É, então, de se considerar que tais perícias foram todas realizadas em cadáveres putrefatos, razão pela qual, conforme reiterados ensinamentos médicos acostados nos autos, se fez impossível ser identificada a presença de insulina ou de quadro hipoglicêmico.

Aplica-se aqui o retro citado Art. 167. Não vejo, assim, qualquer nulidade, pois ao arrepio da lei seria o não recebimento da denúncia. Por sucedâneo, infere-se válido plenamente o exame de corpo de delito indireto, vez que se verificam desaparecidos os vestígios materiais do crime.

Válida é, inclusive, a prova testemunhal. Nesse sentido, tem entendido o STF que nos delitos materiais, de conduta e resultado, desde que desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal pode suprir o auto do corpo de delito direto (RECrIm 85.089, DJU 19.11.76, p. 10033). Assim, deixando vestígios o delito, é necessário o exame de corpo de delito direto (CPP, Art. 158); desaparecidos os vestígios, é admissível a prova testemunhal supletiva (STF, RHC 52.809, DJU 17.10.74, p. 7670). Como decidiu o TJSP, é “da jurisprudência e do bom-senso comum que se deve dispensar perícia direta, sempre que sua realização não mais seja possível por haverem desaparecido

os vestígios da infração, embora hajam eles, de começo, existido" (RT 528/311).

Trago, ainda, à ilação, o seguinte aresto jurisprudencial:

" É certo que o corpo de delito direto pode ser suprido pelo indireto, que se realiza por intermédio da prova testemunhal. Duas são, porém, as condições imprescindíveis: a) é indispensável que os vestígios tenham desaparecido; b) a prova testemunhal deve ser uniforme e categórica, de forma a excluir qualquer possibilidade de dúvida quanto à existência dos vestígios" (Heleno Cláudio Fragoso, Jurisprudência Criminal, São Paulo, 1979, II/495, n.º 221).

Nesse sentido: TARS, ACrim 293.040.267, JTARS 88/99; TASC, RvCrim 2.370, JC 69/543.

Com essas primeiras considerações, desacolho a perseguida nulidade argüida pela Defesa.

Passo, agora, a enfrentar a também perseguida suspensão condicional do processo.

Reza o Art. 89 da Lei n.º 9.099/95:

" Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (Art. 77 do CP)."

Inconformada pela não propositura de tal instituto pelo Ministério Público, insurge-se a defesa alegando ser ele cabível à hipótese litigada.

Novamente, peço *venia* para discordar do entendimento dos célebres advogados de defesa. No bojo de sua bem elaborada defesa preliminar, alegaram eles que ao crime tipificado no Art. 121, § 3º do Código Penal, cuja pena mínima em abstrato é de 01 (um) ano, é perfeitamente aplicável o instituto da suspensão condicional do processo. Até que concordo, entretanto, esqueceram eles que a peça proemial acusatória de fls. 02/10 imputa à acusada a prática da conduta delitativa prevista no Art. 121, §§ 3º e 4º, c/c Art. 71, do Código Penal. Aliás, não esqueceram, afirmaram que o § 4º citado não é aplicável ao caso (fls. 591/592). Lamento, mas, como disse, discordo. Também não estou afirmando que tal dispositivo realmente se aplica à hipótese, entretanto, como estamos apenas no início da instrução criminal, não poderia agora fazer tal assertiva, sob pena de estar, inclusive, fazendo pré-julgamento da causa. Assim, somente quando da sentença é que poderia fazer tal análise. Então, momentânea é a tipificação do delito imputado nos exatos termos do Art. 121, §§ 3º e 4º, c/c Art. 71 do Código Penal, e sobre ela deve ser referida a possibilidade ou não de aplicada a suspensão condicional do processo, ressalvando-se que tal propositura deve ser feita pelo Órgão Ministerial.

Nesse contexto, ao delito em julgamento não se aplica o Art. 89 da Lei n.º 9.099/95, porquanto, o mínimo da pena aplicada em abstrato ultrapassa de 01 (um) ano. Aliás, mesmo que hipoteticamente não considerássemos a aplicação do aludido § 4º, só o aumento da pena em virtude de tratar-se o caso de crime continuado, já ficaria ela abstratamente em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção, portanto, fora dos limites da aplicação da suspensão do processo. Volto aqui, também, a mencionar que não poderia este Julgador desconsiderar os comandos do

Art. 71 do Código Penal porquanto fora de tempo, o que só seria analisado no momento da sentença.

Só por tais fundamentos, inaplicável já é o instituto da suspensão do processo. Entretanto, além desse requisito objetivo, temos também de considerar os requisitos subjetivos, notadamente, como bem disse o Doutor Promotor de Justiça, no que se refere ao elevado grau de culpa, de censurabilidade e das conseqüências do delito, sem que isso implique em pré-julgamento. Nessa ótica, caso confirmada, verifica-se culpabilidade extrema em circunstâncias de acentuada reprovabilidade, vez que tratando-se a ré de uma enfermeira acostumada a vacinar crianças, deixou de observar as devidas cautelas do ofício.

É o quanto basta.

POSTO ISTO, considerando ainda como fundamento deste *decisum*, as judiciosas exortações ministeriais de fls. 603/610, que aqui deixo de transcrever por economia processual, **REJEITO POR COMPLETO** as teses suscitadas pela acusada em sua defesa prévia de fls. 583/597, dando-se, assim, prosseguimento ao feito”.

Ainda, alerta a defesa para diligências requeridas e não cumpridas na fase da instrução, no entanto mais uma vez calou por ocasião da fase do Art. 499 do CPP. Ademais, vejamos o que leciona **HÉLIO TORNAGHI**, em seu Curso de Processo Penal:

“... igualmente ao réu, no momento em que oferece a defesa prévia, é dado solicitar diligências (Art.399, fine).

Mas, também, terminada a inquirição das testemunhas, as partes, primeiramente o Ministério Público ou o querelante, dentro de 24 horas, e depois sem interrupção,

dentro de igual prazo, o réu (ou réus) poderão requerer diligências, cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução, subindo logo os autos conclusos, para o juiz tomar conhecimento do que tiver sido requerido pelas partes. Como se vê, as diligências que podem ser pedidas nesta fase do procedimento são apenas aquelas “ cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução ” .

Apesar de fazer referências genéricas a diligências não cumpridas, a defesa não disse quais diligências, não as especificou.

Não se discute a importância do devido processo legal, aliás, garantia constitucional de todo cidadão, conforme estampa o inciso LIV, do Art. 5º da Constituição Federal; dentro dele o princípio do contraditório, que representa a segurança da plenitude da defesa, também prevista na Constituição Federal, mesmo artigo e inciso, na alínea **a**, tais dispositivos são desdobramentos normais de uma constituição que tem no seu cerne a dignidade da pessoa humana.

Em momento algum tais pressupostos deixaram de ser observados.

O Juiz de Direito deve estar atento à garantia constitucional da liberdade de ir e vir que tem o réu; mas também é na mesma fonte que vai encontrar o direito que têm as vítimas de viverem. Apanágios ambos da dignidade da pessoa humana.

Os meus antecessores estiveram atentos, não houve cerceamento de defesa, se alguma diligência, pudesse negar a autoria e materialidade do crime, bem como o nexos de causalidade, que fosse requerida na fase já refe-

rida, no entanto se essa diligência servisse apenas para procrastinar o feito, buscando uma possível prescrição, certamente seria indeferida a sua realização. A defesa nada requereu.

Outrossim, a douda defesa requereu que tudo o que foi dito na defesa prévia ficasse fazendo parte das alegações finais, o que exige este julgador a analisar as questões ali suscitadas posto que já foram rechaçadas pelo meu antecessor.

Alega a defesa que a acusada tem em seu favor a presunção da inocência dizendo **in verbis** :

"... a acusada tem em seu favor a presunção da inocência, coisa que ainda não é bem assimilada pelos operadores do direito, acostumados a utilizar um Código de Processo Penal de 57 anos passados, de época ditatorial – 1941 – sem levar em conta o contido na constituição de 1988. É que o uso do cachimbo faz a boca torta... se os atestados de óbito – documento oficial de diagnóstico e não de prognóstico da morte, dizem ser a causa- mortis indeterminada, e negativas, as perícias tanatoscópicas para substâncias contidas no corpo do laudo, então chega-se a uma conclusão: os médicos forneceram documentos gratuitos e falsos e os peritos esconderam a verdade. Então que se processe todos por falsidade documental e falsa perícia...por que só a acusada ?"

Ora, é evidente que a defesa está se referindo ao nexo de causalidade entre as mortes e a conduta da acusada, e que não ficou determinada a causa-mortis, se foi a aplicação da doses de insulina ou outra causa superveniente e independente. Não houve defesa com relação a se colocar em dúvidas a aplicação da doses de insulina em crianças, até porque as vacinas D.P.T haviam sido recolhidas e

no local das mesmas estavam as insulinas e a Enfermeira ré assumiu que aplicou a insulina pensando que fossem as vacinas, posto que, se não mais existiam vacinas, o que foi aplicado mesmo foi insulina.

Vislumbra-se às fls. 21/25 no boletim diário de produção ambulatorial, de responsabilidade da denunciada e assinado pela mesma, o nome das crianças que morreram, e ali se vê que no procedimento, narra-se a aplicação de vacinas, polio e D.P.T.

O C.P. adotou a teoria da equivalência dos antecedentes causais, também denominada teoria da *conditio sine qua non*. Por ela, tudo o que concorre para o resultado é causa, tenha agido isoladamente ou não. A doutrina ensina que todos os antecedentes causais merecem relevância, uma vez que não pode excluir qualquer elemento de que depende a produção do resultado. VON BURI afirma não ser possível distinguir entre condições essenciais e não essenciais ao resultado, sendo causa do mesmo todas as forças que cooperem para a sua produção, quaisquer que sejam. Para se saber se a ação ou omissão é causa do resultado, basta, mentalmente, excluí-la da série causal. Se com a exclusão o resultado teria deixado de ocorrer, é causa. É o denominado procedimento hipotético de eliminação de THYRÉN.

A **materialidade** do delito está inserta no laudo de fls. 06, 52, 53, 56, 59, 62, 66, 96, 102, 141, 150, 151, 329, 230, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 574/577 e 615/620.

A **autoria** está delineada nos autos, posto que a prova testemunhal aponta a acusada como autora dos fatos narrados na peça exordial; ainda em seu interrogatório a denunciada assume o ato criminoso, senão vejamos o interrogatório:

"... que com aquela vacina, fez aplicação em 32 (trinta e duas) crianças, que não leu o rótulo dessa vacina... que não sabe informar se as crianças vacinadas morreram no mesmo dia ou com o passar dos dias... que por estar aplicando estas vacinas há 18 anos, não tem o costume de ler os rótulos, ou checar as vacinas antes de aplicá-las ... que após o ocorrido não procurou os parentes das vítimas e nem foi por eles procurada. Que não procurou se desculpar ou reparar os danos do ocorrido... que nenhuma outra pessoa aplica ou aplicou vacina no hospital." Fls. 580/582.

"... que numa Quarta-feira não se recordando a data exata, tomou conhecimento através de uma paciente sua, que duas crianças que haviam tomado vacina nesta cidade estavam apresentando problemas de saúde, um ou dois dias depois de terem sido vacinadas... que foi informada que tal criança havia tomado a vacina Tríplice nesta cidade ... que tais crianças haviam sido vacinadas pela acusada... que a criança atendida por Dr.^a Sineide, e que havia sido internada no hospital de Surubim, faleceu na madrugada do dia seguinte, tendo ele depoente assinado atestado de óbito... que no dia seguinte tomou conhecimento da morte de mais uma criança na zona Rural, a qual também havia sido vacinada com DPT pela acusada... que não sabe informar os sintomas ou a causa da morte desta criança... que por terceiros, também tomou conhecimento da morte, digo, de problemas também tidos por outras crianças após terem sido vacinadas com DPT pela acusada... que não sabe informar quais sintomas apresentaram tais crianças... que se recorda que na primeira semana faleceram três ou quatro crianças, e na mesma seguinte faleceram mais duas, todas após terem sido vacinadas com

DPT pela acusada... que procurando saber com outros médicos sobre os sintomas que crianças na faixa etária das vítimas apresentariam, uma vez sendo vacinadas com insulinas, tomou conhecimento que houve compatibilidade dos mesmos com quadro que apresentou as vítimas... que não tem conhecimento de que tais crianças tenham falecido por outro motivo que não pela aplicação de insulina nas mesmas..." Dr. Roberto Edno de Miranda Rios. Fls. 631/633,

"... que na mesma hora em que atendeu a criança, também chegou uma outra que foi atendida pela Dr.^a Sineide... que essa outra criança apresentava um quadro gravíssimo, com convulsões e parecendo estar inconsciente... que não sabe informar detalhes sobre o quadro dessa outra criança, tendo em vista que não foi ela que a atendeu... que essa Segunda criança ficou internada no Hospital de Surubim por não ter condições de ser removida para outra cidade, tendo ela vindo a falecer... que essa outra criança também, havia sido vacinada com DPT nesta cidade... que na ocasião não se falava ainda da troca de DPT por Insulina... que crianças na faixa etária das vítimas caso ministradas com Insulinas, podem apresentar um quadro de sonolência, letargia, podendo também apresentar um quadro neurológico com convulsões..." Dr.^a Bernadete de Lourdes Austregésilo de Medeiros. Fls. 633/634.

O nexo de causalidade é patente, as crianças que faleceram, sem exceção, tomaram "vacinas" com a acusada, e de acordo com a reação natural de cada organismo, viajaram aos braços do Grande Arquiteto, outras reagiram e sobreviveram.

Vejamos:

A acusada, apesar de ter conhecimento da devolução de todo o lote de DPT (tríplice) à IV DIRES, ao abrir a geladeira de vacinas observou a existência de vidros parecidos com os da vacinas e sem ler os rótulos das ampolas passou a aplicar insulinas nas crianças.

O parecer fornecido pelos doutores Gustavo Caldas e Amaro Gusmão, Presidentes do Comitê de Endocrinologia Pediátrica de Pernambuco e da Sociedade Brasileira de Endocrinologia e Metabologia Regional de Pernambuco, respectivamente às fls.377/378 dos autos é esclarecedor sobre os efeitos da insulina no organismo humano, principalmente em crianças, demonstrando que os sintomas apresentados pelas vítimas estão relacionados à hipoglicemia, ocasionada pelo uso indevido de insulina.

Observemos trechos do parecer, fls. 377/378:

" A insulina quando utilizada de maneira inadequada, ou seja, utilizada em doses elevadas pode produzir hipoglicemia (quando a glicose cai abaixo de 50 mg/dl). Quando esta glicose está baixa no sangue, existe sintomas como aumento do suor (sudorese), palidez, aumento frequência cardíaca (sintomas relacionados ao sistema nervoso autônomo) e sintomas relacionados a falta de glicose no sistema nervoso central tais como confusão, irritabilidade, distúrbios do comportamento e visuais. Quando esta hipoglicemia é muito severa pode levar a convulsões especialmente em crianças, assim como o coma hipoglicêmico é a morte ..."

E continua mais adiante: "... A hipoglicemia tem um caráter agudo produzindo o seu efeito de baixar a glicose no sangue no período de minutos a horas dependendo do tipo de insulina utilizada. Em 1 hora após sua aplicação

com pico de ação de 4-10 horas e duração da ação até 18 horas após a sua aplicação...".

Observa-se que os sintomas da hipoglicemia, relatados pelos médicos, através do parecer acima citado, coincidem com os sintomas apresentados pelas vítimas e descritos por seus genitores- pessoas simples e sem qualquer grau de instrução, que sequer tinham conhecimento do que estava ocorrendo com seus filhos- bem como coincidem com o relato dos médicos que atenderam as crianças que chegaram a ser hospitalizadas.

Roberto Edno de Miranda Rios, médico, fls. 631:

"... QUE numa Quarta-feira não se recordando da data exata, tomou conhecimento através de uma paciente sua, que duas crianças que haviam tomando vacina nesta cidade estavam apresentando problemas de saúde, um ou dois dias depois de terem sido vacinadas. QUE inclusive, nesta ocasião, tais crianças estavam presentes no Hospital de Surubim para serem atendidas pela Pediatria daquele Hospital. ... QUE a criança atendida por Dr.^a Sineide, apresentava quadro neurológico com crises convulsivas,... QUE é médico especializado em obstetrícia. QUE procurando saber com outros médicos sobre os sintomas que crianças na faixa etária das vítimas, apresentariam uma vez sendo vacinadas com INSULINAS, tomou conhecimento que houve compatibilidade dos mesmos com o quadro que apresentaram as vítimas. ... QUE o quadro clínico da causa morte declarada pelo depoente no atestado de óbito da menor JULIENE SILVA DE MATOS é compatível com os sintomas apresentados no quadro hipoglicêmico. ...QUE o quadro apresentado na ficha clínica acostada às fls. 142, do menor RAFAEL QUIRINO DA SILVA NETO, pode ser compatível com o quadro hipoglicêmico. QUE os sintomas descritos na ficha

de atendimento clínico da menor EDILMA MARIA DA SILVA, às fls. 143, também podem ser compatíveis com o quadro hipoglicêmico”.

Bernadete de Lourdes Austregésilo de Medeiros, médica, fls. 633:

“ ... QUE dentro de seus conhecimentos de medicina, afirma que o quadro apresentado pela criança que atendeu e pelos relatos feitos por sua genitora, poderia ser compatível com os sintomas apresentados no quadro hipoglicêmico, ... QUE na mesma data em que atendeu a criança também chegou uma outra que foi atendida pela Dr.^a Sineide, QUE essa outra criança apresentava um quadro gravíssimo, com convulsões e parecendo estar inconsciente. ... QUE crianças na faixa etária das vítimas caso ministradas com INSULINAS, podem apresentar um quadro neurológico com convulsões. ... QUE o quadro apresentado e relatado na ficha de atendimento da menor EDILMA MARIA DA SILVA, às fls. 143, pode ser compatível com o quadro hipoglicêmico. QUE a causa mortis declarada no atestado de óbito de fls. 150, também é compatível com o quadro hipoglicêmico. ... QUE os sintomas narrados pela genitora da menor Edilma, às fls. 41/42, são também compatíveis com o quadro hipoglicêmico. QUE o quadro descrito na ficha de atendimento de fls. 144 é compatível com o quadro hipoglicêmico...”

Portanto, há nos autos provas mais que suficientes de que **as vítimas faleceram devido a hipoglicemia (queda da taxa de glicose no sangue), causada pela alta dose de insulina aplicada pela Ré**, a qual, apesar de ter pleno conhecimento de que todos os lotes da vacina DPT (tríplice) haviam sido devolvidos a IV DIRES, agiu ne-

gligentemente ao se deparar com frascos semelhantes ao da referida vacina e, sem sequer ler o rótulo, passou a utilizar a vacina nas crianças que chegavam àquele posto médico.

As perícias toxicológicas, de fls. 574 *usque* 575, 617 e 618 dos autos, apresentaram resultados negativos para as substâncias pesquisadas, posto que o material recolhido das vítimas dos corpos para análise (as vísceras) já se encontravam em estado de decomposição.

E, conforme consta no parecer de fls. 377/378, “a hipoglicemia é difícil de diagnosticar na autópsia em decorrência das mudanças metabólicas post mortem (1)”. Não sendo possível fazer-se a dosagem de glicose ou insulina em cadáver, fls. 716.

Apesar do delito apurado nos estar relacionado entre as infrações penais que deixam vestígios (art. 158 do CPP), a falta de exame de corpo e delito direto, *in casu*, não traz qualquer prejuízo para a comprovação da materialidade. Posto que a prova testemunhal carreada aos autos, corroborada com os pareceres médicos e demais documentos, e ainda a confissão da Ré, são suficientes para demonstrar a materialidade, formando, assim o corpo de delito indireto, plenamente aceito em nosso sistema processual penal (art. 167 do CPP).

Nos ensina o mestre Mirabete:

“que não há qualquer formalidade para a constituição do corpo de delito indireto, normalmente revelado por prova testemunhal. O Juiz deve inquirir a testemunha sobre a materialidade do fato de suas circunstâncias e a palavra dela bastará para firmar o convencimento do julgador, de acordo com o princípio da livre apreciação”. (Processo Penal, 4ª edição, pág. 270).

Tal assunto já fora devidamente debatido nos autos. Trazemos alguns julgados a seguir:

“É da jurisprudência e do bom senso comum que se deve dispensar perícia direta, sempre que sua realização não mais seja possível por haverem desaparecido os vestígios da infração, embora hajam eles, de começo, existido” (RT 528/311).

“O exame de corpo de delito é suprível por prova testemunhal (art. 167 do CPP), não havendo nulidade se a falta do laudo não impede a prova do fato pelo outro meio de prova” (RT 564/400).

No mesmo sentido, STF: RT 575/479, RTJ 89/110; STJ: RSTJ 39/222; TJSP: RT 550/272; e outros.

“Ausência do exame necroscópico da vítima: irrelevância, dado que a sua morte resultou demonstrada mediante outras provas” (STF: RT 705/426).

“O corpo de delito, na clássica definição de João Mendes, é o conjunto dos elementos sensíveis do fato criminoso. Diz-se direto quando reúne elementos materiais do fato imputado. Indireto se, por qualquer meio, evidencia a existência de acontecimento delituoso. A constituição da República resguarda serem admitidas as provas que não forem proibidas por lei. Restou, assim, afetada a cláusula final do art. 158, CPP, ou seja, a confissão não ser idônea para concorrer para o exame de corpo de delito. No processo moderno, não há hierarquia de provas, nem provas específicas para determinado caso. Tudo o que lícito for, idôneo será para projetar a verdade real.

No caso concreto, além da confissão houve depoimento de testemunha” (STJ: RT 694/390).

Diante da fundamentação supra, vislumbra-se comprovada a materialidade do delito, bem como o nexo de causalidade entre a conduta da acusada com as mortes referidas.

Culpa é a inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, objetivamente previsível.

A estrutura do tipo de injusto culposos é diferente da do tipo de injusto doloso: neste, é punida a conduta dirigida a um fim ilícito, enquanto que no culposos pune-se a conduta mal dirigida, normalmente, a um fim penalmente irrelevante, quase sempre lícito. O núcleo do tipo de injusto nos delitos culposos consiste na divergência entre a ação afetivamente realizada e a que devia realmente ter sido realizada, em virtude da observância do dever objetivo de cuidado.

A culpabilidade nos crimes culposos tem a mesma estrutura da culpabilidade dos crimes dolosos: imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de comportamento conforme ao direito.

O tipo de injusto culposos apresenta os seguintes elementos constitutivos: inobservância do cuidado objetivo devido; produção de um resultado e nexo causal; previsibilidade objetiva do resultado; conexão interna entre desvalor da ação e desvalor do resultado.

A acusada por displicência no agir, falta de precaução, podendo adotar as cautelas necessárias, não fez, não teve a observância do cuidado objetivo devido.

Houve produção de um resultado, qual seja a morte das crianças, e um nexo causal, já analisado.

Ao aplicar as vacinas sem ler os rótulos nas ampolas a acusada assumiu um risco na produção de um resultado previsível.

O desvalor da ação está representado pela inobservância no cuidado objetivamente devido e o desvalor do resultado pela lesão ou perigo concreto de lesão para o bem jurídico.

A alegação da Ré de que os vidros de INSULINA estavam ocupando o mesmo local destinado às vacinas DPT, não diminui em nada a sua culpa. Eis que, tendo a mesma conhecimento da devolução de toda vacina DPT a IV DIRES, pelo fato de haver suspeita que estavam causando a morte de algumas crianças em outros Estados da Federação, deveria a Ré, por um cuidado mínimo, ter se certificado se aquele medicamento que estava na geladeira se tratava da vacina DPT (tríplice), e se estava apto para ser utilizado nas crianças. Mas, ao invés desses cuidados, a Ré, sem ler o rótulo do medicamento e sem certificar da chegada de outro lote da vacina DPT (tríplice), passou a aplicar nas crianças as injeções de INSULINA que estavam na geladeira do Posto de Saúde.

Saliente-se que a Ré fez a aplicação de INSULINA em 32 (trinta e duas) crianças, conforme podemos observar pelos Boletins Diários da Unidade Mista, acostado às fls. 19 *usque* 35 dos autos. Ou seja, por 32 (trinta e duas) vezes a Ré pegou o vidro de INSULINA da geladeira, sugou o líquido na seringa, guardou o restante, e aplicou a injeção nas crianças. E em nenhuma das 32 (trinta e duas) vezes a Ré teve o cuidado de ler o rótulo ou se certificar se aquele medicamento estava apto a ser utilizado. Observe-se, ainda que os fatos ocorreram num período de quase um mês, e a conduta da Ré só foi paralisada quando a morte dos bebês levantou a suspeita em pes-

soas estranhas ao seu ambiente de trabalho, as quais se dirigiam ao Posto de Saúde e, ao primeiro olhar, se certificaram que as crianças estavam recebendo doses de INSULINA, no lugar da vacina DPT (tríplice).

Com relação à majorante do art. 121 parágrafo IV é de se observar que a denunciada há 18 anos, como ela mesma informou no seu interrogatório saía para trabalhar no Centro de Saúde local onde sempre aplica vacinas em crianças, sendo esse seu único serviço no Hospital.

No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício. A acusada deixou de observar regra técnica de sua profissão, capitulado inclusive no código de ética dos profissionais de enfermagem em seu art. 24 que relaciona os deveres do profissional de enfermagem, qual seja, o dever de prestar à clientela uma assistência de enfermagem livre dos riscos decorrentes de imperícia, negligência e imprudência.

Qualifica o homicídio culposo a circunstância de o fato ter sido praticado pelo sujeito por inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício. Não se confunde com a imperícia, que indica inabilidade de ordem profissional, insuficiência de capacidade técnica. Na qualificadora o sujeito tem conhecimento da regra técnica, mas não a observa.

A qualificadora só é aplicável à profissional, uma vez que somente nessa hipótese é maior o cuidado objetivo necessário, mostrando-se mais grave o seu descumprimento. Quando se trata de profissional de enfermagem, o grau de censurabilidade da inobservância do dever de cuidado não vai além do que normalmente se exige para a existência do crime culposo.

Nossos Tribunais têm assim decidido:

“ A circunstância majorante do art. 121, parágrafo 4º., 1ª. Parte, não se confunde com a imprudência, imperícia ou a negligência. Estas são modalidades da culpa, situadas na topologia estrutural do delito, no tipo. Já a inobservância de regra técnica importa em maior reprovabilidade da conduta, seja qual for a modalidade (reprovabilidade), juízo de valor que incide sobre o autor. Daí a distinção que os doutores estabelecem entre imprudência ou imperícia e a inobservância de regra técnica. Seja a culpa decorrente de qualquer das três modalidades legais, pode a punição do autor ser agravada pelo plus decorrente de especial reprovabilidade no agir sem cautelas” (TARS-AC – Rel. Perboyre Starling - RT 435/402).

“ A agravante do parágrafo 4º do art. 121 do CP tão-só ocorre quando o agente tem um conhecimento técnico, porém deixa de empregá-lo, por indiferença ou leviandade” (TACRIM – SP – AC- Rel. Camargo Aranha – JUTACRIM 56/263).

DO CRIME CONTINUADO.

Diz o art. 71, CP:

Crime continuado

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

É chamado também, continuidade delitiva. É uma ficção jurídica, visando impedir apenamentos muito exacerbados.

Ocorre quando o agente através de mais uma conduta, comete dois ou mais delitos da mesma espécie, idênticos ou não.

In casu, a pluralidade de ações, pluralidade de crime da mesma espécie, unidade de tempo, lugar e maneira de execução, além de certa ligação para os crimes consideram-se – havidos como continuação do primeiro. Conforme podemos observar, através das Certidões de Óbito de fls. 53, 56, 59, 62, 96 e 102 dos autos, 06 (seis) crianças faleceram em decorrência da conduta delituosa da Ré, configurando, pois, o DELICTUM CONTINUATUM, previsto no art. 71, *caput*, do Código Penal. A redação do art. 71, do Código Penal, autoriza o reconhecimento indistintamente mesmo em se tratando de crimes que atingem bens personalíssimos, bastando a existência de requisitos objetivos para o reconhecimento em crimes da mesma espécie com vítimas diferentes. Sendo este o entendimento de nossos Tribunais em reiteradas decisões:

“ Em se tratando de continuidade delitiva, nosso Código Penal adotou a teoria objetiva pura, portanto o

que se exige para considerar o crime como continuado, além de ser da mesma espécie, é que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, possa se considerar os subseqüentes como mera continuação do anterior, não se exigindo a presença do elemento subjetivo" (TACRIM – SP- RA – RJTACRIM 31/27).

" A nova legislação penal (art. 71, parágrafo único, do CP, com redação da Lei 7.209/84) admite a possibilidade de reconhecimento de crime continuado nas hipóteses de crimes contra a vida praticados contra vítimas diferentes" (TJSP- AC – Rel. Diwaldo Sampaio – RT 624/290).

"Para a configuração do **delictum continuatum**, na moldura do art. 71 do Código Penal, além da pluralidade de ações e do nexu temporal e circunstancial, exige-se a homogeneidade dos delitos" (STJ Resp. 19.763-0 – Rel. Vicente Leal – DJU de 24.06.1996, p. 22.821).

Assim, o caso dos autos adequa-se aos requisitos exigidos para a configuração do crime continuado, posto que temos várias condutas praticadas pela Ré, no mesmo local de trabalho, que resultaram na morte de 06 (seis) crianças, num espaço de tempo de menos de um mês, e todas pautadas na negligência e inobservância de regra técnica de profissão.

Diante das razões expendidas julgo procedente a denúncia e por via de consequência condeno a ré S. N. de A. como tendo incorrido nas sanções do Art. 121 § 3º em continuidade delitiva, conforme o Art. 71, além de aplicar-lhe a causa especial de aumento de pena prevista no parágrafo 4º do Art. 121, todos do Código Penal Pátrio.

DOSIMETRIA E FIXAÇÃO DA PENA.

Adotando o critério trifásico, de Nelson Hungria, conforme se infere do Art. 68, CP, na apreciação das circunstâncias judiciais DO ART.59 DO CP, no que se refere à culpabilidade, verificando o grau de censura da ação da ré, no que se refere à violação do cuidado objetivo foi em grau elevado, posto que se trata de vidas humanas. A acusada é tecnicamente primária, não tendo ficado revelado nos autos disposição criminosa da mesma. A conduta social é boa, conforme prova testemunhal. Os antecedentes psíquicos da ação, a força propulsora da vontade atuante não foram verificados, até porque trata-se de delito culposo. As circunstâncias que cercaram a prática da infração penal militam em favor da ré. As conseqüências do crime foram de maior gravidade, ocasionando dano moral às famílias das vítimas e o maior alarma social. As vítimas não contribuíram para a facilidade da ação criminosa.

Assim, fixo-lhe a pena base do crime tipificado no Art. 221 § 3º, em 1 (um) ano e 03 (três) meses de detenção, tendo em vista existir circunstâncias judiciais desfavoráveis à acusada. Não existem circunstâncias atenuantes favoráveis à ré. Face à agravante do Art. 61, "h" (contra criança) aumento a pena para 01 (um) ano e seis meses de detenção. Sendo crime em continuidade delitiva, aumento a pena de ½ (metade) ficando em 02 (dois) anos e três meses de detenção. Face à inobservância de regra técnica de profissão, ex vi, art. 121 § 4º, aumento a pena de um terço, ficando definitivamente dosada a pena em 03 (três) anos de detenção.

Face a lei n.º 9.714/98, que alterou a dicção do Art. 43 e 44 do Código Penal de 1940, substituo a pena priva-

tiva de liberdade aplicada pela seguinte pena restritiva de direitos, ex vi art. 44,I já referido, bem como por ser um direito subjetivo da denunciada, por satisfazer os requisitos de ordem subjetiva previstos na lei penal:

I-Interdição temporária de direitos, prevista no art. 43,V do Código Penal, tendo em vista que a agente praticou o delito no exercício de sua atividade profissional

II-A ré fica proibida, pelo período de três anos, de exercer profissão, atividade ou ofício relacionado com a enfermagem:

III-Prestação pecuniária, prevista no inciso I do mesmo artigo penal. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro aos ascendentes das vítimas fatais, no valor de 360 (trezentos e sessenta salários mínimos) cuja quantia deverá ser dividida em seis partes iguais, id est, cada família deverá receber o valor correspondente a sessenta salários mínimos.

Condeno ainda a ré ao pagamento das custas processuais, por força do Art. 804 do C.P.P.

Proceda-se as comunicações de estilo.

Publique-se, registre-se e intime-se.

Santa Maria do Cambucá, 30 de abril de 1999.

Idílio Oliveira de Araújo
Juiz de Direito

SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFECÇÃO HOSPITALAR

Jorge Américo Pereira de Lira
Juiz de Direito

Juízo de Direito da 9ª Vara Cível da Capital

Proc. n.º 00195032260-2

Tombo n.º 20.319

Ementa :

Indenização - Responsabilidade civil - Ato ilícito - Infecção hospitalar - Cirurgia para correção de miopia - Operação limpa ou asséptica - Sequela grave e irreversível decorrente do evento internação.

I. Submetendo-se o autor a uma operação incontroversamente limpa (asséptica), de vez que realizada em tecido estéril (a córnea do paciente) ou passível de descontaminação, na ausência de processo infeccioso local ou de falhas técnicas grosseiras, como atestam, aliás, os compêndios médicos, e

instalando-se o processo infeccioso, dessarte, somente após a sua internação, lícito é concluir que aquele contraiu a infecção pela ausência de cuidados e inexecução apropriada de programa de controle da infecção hospitalar por parte do réu.

II. De toda sorte, cuidando o caso de cirurgia eminentemente estética, a posição dominante na doutrina é no sentido de que médicos e hospitais, em situações que tais, assumem uma *obrigação de resultado* e não apenas de *meio*.

III. Se a cirurgia, além de não alcançar o resultado querido, agravou a situação do paciente, criou defeito estético ou agravou aquele existente, além de restituir o que recebeu ou deixar de receber o valor contratado, deverá submeter o paciente a nova cirurgia, visando corrigir o defeito que causou. Evidentemente, se o cliente não quiser, por falta de confiança, que o mesmo profissional proceda à correção, deve-se-lhe facultar o direito de escolher médico de sua confiança para realizar a intervenção reparadora, custeada pelo cirurgião causador dessa anomalia.

Mas se esse defeito não for passível de correção e tornar-se definitivo e irreparável, o médico causador desse mal, além de devolver o que recebeu, deverá indenizar a vítima pelo dano es-

tético que causou, na proporção do dano e levando em consideração os efeitos que esse defeito possa causar no seu portador, sob o aspecto psicológico, moral, social e profissional.

IV. Pedido provido.

Vistos etc.

1. Trata-se de ação de reparação civil por danos morais e patrimoniais proposta sob o rito comum ordinário por **J. L. F.** em face do **CENOR - CENTRO DE OLHOS DO RECIFE**, ambos qualificados à fl. 02, aduzindo o Autor, como causa de pedir, que, havendo-se submetido a procedimento cirúrgico para correção da miopia nas instalações do Réu, sobreveio no pós-operatório infecção, em razão da negligência deste, provocando a perda do seu olho esquerdo; daí por que se surpreendeu o paciente com a realização de uma evisceração para retirada do globo ocular.

Pleiteia o Autor seja o Réu condenado a pagar-lhe a respectiva indenização por danos morais e seus reflexos exclusivamente materiais.

À peça atrial, instruindo-a, foram juntos os documentos de fls. 05/17.

2. Regularmente citado (cf. fl. 134), o Réu apresentou a contestação de fls. 27/40, à qual anexou os documentos de fls. 41/132, insurgindo-se contra a pretensão autoral. Sustenta, em síntese crítica, em preliminar, a inépcia da inicial, ante a sua desinteligência. De relação ao mérito, persegue juízo de improvemento da indenizatória sob a alegação de que a infecção pós-operatória decorreu exclusivamente de causa endógena, porquanto o pacien-

te, ao internar-se, já portava processo infeccioso, não sendo possível atrelar as conseqüências havidas ao ato cirúrgico mesmo ou ao internamento; donde a improcedência da demanda.

3. Disse o Autor, sobre a peça contestatória, às fls. 136/138.

4. A audiência preliminar, prevista no art. 331, do CPC, transcorreu consoante a dinâmica reproduzida na assentada de fls. 148/149; esclarecido que, sem êxito a tentativa conciliatória, foi deferida a realização de exame pericial, cujo laudo oficial se encontra às fls. 159 e 179/180, sobre o qual, não obstante intimadas ambas as partes, disse apenas o Réu às fls. 179/180.

5. Em seguida, o feito recebeu a sentença de fls. 106/109, que acolheu o pedido formulado pelo Autor, tendo sido o Réu condenado a pagar àquele, a título de verba indenizatória por danos moral e patrimonial, a importância de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), sendo certo que, apreciando recurso de apelação manifestado por este último, a eg. Primeira Câmara Cível do TJPE, por maioria de votos, acolheu a preliminar de cerceamento de defesa; daí se seguindo que o processo foi devolvido a esta instância monocrática, a fim de que este julgador, ao cotejar o conjunto das provas carreadas aos autos, examine expressamente o relatório encaminhado pela Comissão de Controle de Infecção Hospitalar da Secretaria de Saúde do Estado.

6. Foram-me os autos, então, novamente conclusos para o desenlace.

É o relatório. **Passo a decidir.**

7. A inépcia da inicial deve ser afastada. É que a petição inicial preenche todos os requisitos do art. 282, do CPC, e foi instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação, como exige o art. 283.

Posta assim essa prévia, passo ao exame do mérito. "Je tondis de ce prés la larguer de ma langue"

8. Aflorou-me à memória, ao ler as razões de apelação do Réu, este verso da fábula de La Fontaine, "*Les animaux malades de la peste.*"

Investigavam-se quais os pecados, as faltas graves, a perversão dos costumes, a corrupção praticados por membros da comunidade, que estariam a ensejar tamanho castigo dos deuses, a dizimar o grupo.

Os membros da nobreza, como o leão, o tigre e outros já tinham confessado faltas unanimemente consideradas pecados venais pelo Conselho, tais como ter devorado um pastor e seu rebanho. Travessuras de príncipes...!

E, quando já se desesperava de encontrar o responsável pela derrocada do Estado, confessou, finalmente, o burro que, estando certa vez sem comer, há vários dias, ao passar pela cerca de um prado alheio, não resistiu à tentação e "*tosou daquele prado à largura de sua língua*". Localizado o culpado, foi julgado, condenado e, imediatamente, executado.

9. Afirma o Réu, especialmente citando informações que foram remetidas pela Comissão de Controle de Infecção Hospitalar da Secretaria de Saúde do Estado, adremente encaminhadas após a sentença, que o CENOR detinha comissão de controle de infecção devidamente regularizada e que os índices de infecção, em todos os setores da clínica, haviam registrado "zero", donde conclui pelo desacerto da decisão anulada, cuja condenação supostamente se baseara na existência de negligência do Réu pela ausência de cuidados e de inexecução apropriada de programa de controle de infecção nosocomial ou institucional.

E mais : conforme escrito com todas as letras na apelação de fls.134/161, pretendendo eximir-se de toda e qualquer responsabilidade quanto à superveniência do fato jurídico danoso, ousou o Réu asseverar que, na espécie dos autos, "o paciente, ao se decidir pela cirurgia, assume submeter-se aos riscos." Enfim, indiferente ao infortúnio do Autor, que mereceu do Réu o mesmo tratamento dispensado ao burro da fábula, aduziu esse último, nas razões recursais, que a indenização, em suma, é indevida porque não é verdadeira a afirmação de que o Autor "esteja inapto para o trabalho", pois "o fato de possuir boa visão monocular o capacita para um número enorme de profissões, principalmente em razão de seu baixo nível de instrução", isso porque "a boa visão binocular é exigida em pouquíssimas atividades."

Enquanto isso, o diretor médico do CENOR, "consultor internacional", "fazendo demonstração e instrução de cirurgias a laser em todo o Brasil e em vários países", como os membros da nobreza da fábula, absolutamente imune às aleivosias de um pobre coitado, que poderia muito bem conformar-se com o dano estético irreparável que acidentalmente lhe sobreveio, por pura fatalidade – afinal é vindita dos deuses ! –, poderá prosseguir com sua extraordinária contribuição à humanidade, praticando cirurgias com excelência de resultados - e sempre com índice "zero" de infecção hospitalar, sem ter de prestar contas a quem quer que seja, especialmente ao Poder Judiciário, pois "a questão infecção é um tema complexo para ser julgado e muito mais ainda para ser entendido por um julgador não médico."

(Note-se que os manuais de medicina advertem, contudo, que não existe índice zero de infecção – v. Antônio Celso Cavalcanti de Albuquerque, Consultor Jurídico do

Conselho Regional de Medicina do Paraná, "Infecção Hospitalar, Gazeta do Povo, Curitiba, 6.9.93.)

Ainda como os príncipes da fábula, entende o Réu que detém o privilégio de que somente deve ser julgado por um "conselho de nobres", todos, decerto, professores doutores em Medicina – só a nobreza é capaz de compreender o altruísmo dos gestos principescos -, jamais por pobres e proletários juizes, criaturas sem qualquer estirpe real, "lendo breve literatura" e, pasmem quanta ousadia, "arvorando-se de médico." No entanto, infelizmente para ele, a Constituição Republicana - o que constitui, no particular, uma das vigas mestras do Estado Democrático de Direito - assegura, peremptoriamente, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (v. art. 5º, inc. XXXV).

10. Fenômeno que tem ocorrido com lamentável frequência é a chamada "infecção hospitalar", fatalidade que com efeito e mercê da pobreza do país atinge aqui índices insuportáveis se confrontados com outros tidos por admissíveis em países desenvolvidos. Nesses, verdadeiramente, altos investimentos controlam a disseminação de vírus e micróbios portados por doentes, a obviar que aqueles internados em seus hospitais e/ou neles tratados - via de regra com sucesso - venham a contraí-los, detonando crises de variadas conseqüências que podem chegar até a morte.

Em ações que envolvem tal problema, o primeiro tópico a ser analisado pelo julgador (primeiro e não único) é o grau de eficiência da Comissão de Controle de Infecção Hospitalar do estabelecimento réu. Se deficiente ou inexistente, firma-se a procedência dos pedidos do paciente lesado.

Hospitais e médicos não podem culpar apenas "o sistema". É mister que efetivamente busquem debelar o mal

- sob pena de o *fumus boni iuris*, nesses eventos, sempre permanecer ao lado da vítima.

Acerca do assunto, sobreleva notar que a Portaria 196, de 14.6.83, do Ministério da Saúde, impõe rigoroso controle da contaminação ambiental de hospitais e casas de saúde, sendo, por isso, obrigatória a constituição e manutenção de CCIH - Comissão de Controle de Infecção Hospitalar - independentemente da entidade mantenedora do nosocômio.

Constituem obrigações principais da referida Comissão :

- a) exercer rígida vigilância epidemiológica do hospital;
- b) elaborar normas técnicas para a prevenção das infecções hospitalares mais ocorrentes;
- c) entregar à direção do estabelecimento relatório dos casos de doença de notificação compulsória às autoridades sanitárias;
- d) inventariar os casos de infecção.

O item dessa Portaria estabelece que a ocorrência de infecção hospitalar, decorrente de inadequado procedimento diagnóstico ou terapêutico, em desconformidade com as normas por ela instituídas, ensejará a imposição, pela autoridade sanitária, das sanções introduzidas pelo art. 5º do Dec. 77.052, de 19.1.76 - autuação do estabelecimento, interdição, comunicação à autoridade policial para instauração de inquérito - dentre outras.

11. De outra parte - **o que é, definitivamente, o mais importante para o desate da lide** -, a Portaria sob comento define, ainda, o que vem a ser "*operação limpa ou asséptica*" - aquelas realizadas em tecidos estéreis ou passíveis de descontaminação, na ausência de processo

infeccioso local ou de falhas técnicas grosseiras - e, no seu Anexo III, inc. I, classifica as infecções hospitalares em dois grupos :

- a) infecção comunitária, não institucional ou não hospitalar, constatada ou em incubação no ato de admissão do paciente e não relacionada com intervenção anterior no mesmo hospital; e
- b) infecção hospitalar propriamente dita, institucional ou nosocomial, qualquer infecção adquirida após a internação do paciente e que se manifeste durante a permanência no hospital ou mesmo após a alta, quando puder ser relacionada com a hospitalização.

12. De se ver, portanto, que é inteiramente desarrazoada a afirmação do Réu de que a infecção derivou de causa endógena (infecção comunitária). *In casu*, a toda evidência, submeteu-se o Autor a uma operação incontra-versamente limpa (asséptica), de vez que realizada em tecido estéril (a córnea do paciente), como atestam, aliás, os compêndios médicos, instalando-se o processo infeccioso, dessarte, somente após a sua internação.

13. Em razão disso, é absolutamente desinfluyente para o sucesso da lide o relatório da Comissão de Controle de Infecção Hospitalar da Secretaria de Saúde do Estado, assim como o é a conclusão do laudo pericial de fls. 159 e 179/180.

O Autor contraiu o processo infeccioso pela ausência, sim, de cuidados e inexecução apropriada de programa de controle da infecção hospitalar por parte do estabelecimento réu. Chega a ser clinicamente irresponsável a afirmação do Réu, igualmente expressa nas razões recursais de fls.134/161, de que, conquanto seja necessário

aferir se o paciente seja portador de infecção (já constatada ou em incubação no ato de admissão e não relacionada com intervenção anterior no mesmo hospital), seria inaceitável exigir das clínicas e hospitais o exame das "partes pudendas de cada paciente."

14. Malgrado isso, como a responsabilidade dos hospitais não está contemplada no art. 1.545, do Cód. Civ., que adota a teoria da responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, aplica-se aos hospitais a teoria objetiva (responsabilização independente de culpa), com a conseqüente inversão do ônus da prova.

AGUIAR DIAS, a propósito, entende que a responsabilidade hospitalar encerra obrigação de resultado, que consiste em assegurar a incolumidade do paciente de tudo quanto seja capaz de lhe produzir dano. Acrescenta que a infecção hospitalar se constitui em falta a esse dever, equivalente ao dever de guarda (*in Da Responsabilidade Civil*, 6ª ed., RJ, Forense, 1979).

Frise-se que, cuidando o caso de cirurgia eminentemente estética, a posição dominante na doutrina é no sentido de que médicos e hospitais, em situações que tais, assumem uma *obrigação de resultado* e não apenas de *meio*, podendo-se invocar, nesse sentido, Sílvio Rodrigues (*Responsabilidade Civil*, p. 258; Aguiar Dias, *op. cit.*, p. 283).

Como enfatiza Teresa Ancona Lopez de Magalhães, "ramo da medicina hoje em dia em franco desenvolvimento é o que diz respeito às operações que visam melhorar a aparência externa de alguém, isto é, tem por objetivo o embelezamento da pessoa humana. São as operações plásticas estéticas ou cosmetológicas. Tais intervenções foram muito combatidas no passado e, hoje, apesar de aceitas, a responsabilidade pelos danos produzidos por

elas é vista com muito maior rigor que nas operações necessárias à saúde ou à vida do doente ("O dano estético", RT, S. Paulo, 1980, pp. 61-62).

Em verdade esse maior rigor vem sendo enfatizado apenas com relação à cirurgia meramente estética, pois a chamada plástica reparadora é considerada tão necessária e imprescindível quanto qualquer outra intervenção cirúrgica, pois tem a mesma finalidade terapêutica que as demais.

E, realmente, assim devem ser entendidas as intervenções dessa natureza.

Diz Miguel Kfoury Neto que "no caso de cirurgia plástica estética ou cosmetológica, que constitui, como visto, obrigação de resultado, a responsabilidade por dano deverá ser apreciada com muito maior rigor" ("A responsabilidade civil do médico", artigo, RT 654/57).

Em sua obra "O dano estético", Teresa Ancona obtém que:

"na verdade, quando alguém, que está muito bem de saúde, procura um médico somente para melhorar algum aspecto seu, que considera desagradável, quer exatamente esse resultado, não apenas que aquele profissional desempenhe seu trabalho com diligência e conhecimento científico, caso contrário, não adiantaria arriscar-se e gastar dinheiro por nada. Em outras palavras, ninguém se submete a uma operação plástica se não for para obter um determinado resultado, isto é, a melhoria de uma situação que pode ser, até aquele momento, motivo de tristezas" (*op. cit.*, p. 62).

Essa, aliás, a *ratio essendi*, o sentido teleológico buscado pela ética médica, dispendo a Lei n.º 3.268, de 30.9.1957, regulamentada pelo Decreto n.º 44.045, de

19.7.58, em seu artigo 51: "São lícitas as intervenções cirúrgicas com finalidade estética, desde que necessárias ou quando o defeito a ser removido ou atenuado seja fator de desajustamento psíquico" (o atual Código de Ética Médica foi posto em vigor pela Resolução n.º 1.246, de 08.01.1988, do Conselho Federal de Medicina, DOU de 26.02.88, p. 1.574).

Em sua obra específica sobre a responsabilidade dos médicos, a autora citada, buscando esclarecer o sentido da chamada "obrigação de resultado", professorou que:

"na obrigação de resultado o devedor, ao contrário, obriga-se a chegar a determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Ou consegue o resultado avençado ou deverá arcar com as conseqüências. É o que se dá, por exemplo, no contrato de empreitada, transporte e no de cirurgia estritamente estética ou cosmetológica. Em outras palavras, na obrigação de meios, a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade" ("Responsabilidade civil dos médicos", cit., p. 320).

Como assinalou Aguiar Dias, a cirurgia estética deve ser apreciada do ponto de vista subjetivo, esclarecendo: "É, decerto, impossível compreender a irresponsabilidade do médico que pratica operação dessa natureza sem a existência de um como que estado de necessidade, apreciável segundo as circunstâncias e na proporção dos riscos que imponha ao paciente. Isto é, embora reconhecida a necessidade da operação, deve o médico recusar-se a ela, se o perigo da intervenção é maior que a vantagem que poderia trazer ao paciente. Sempre e em todos os casos, compete ao médico a prova de que existia esse estado de necessidade e de que a operação, normalmente em-

carada, não oferecia riscos desproporcionados ao fim colimado. Não vale, para nenhum efeito, neste particular, a prova do consentimento do cliente. Na matéria, em que predomina o princípio da integridade do corpo humano, norma de ordem pública, não vale a máxima *volenti non fit injuria*". Mas, ainda que não corresponda ao sucesso esperado, a operação estética pode bem deixar de acarretar a responsabilidade do profissional, desde que:

- a) seja razoavelmente necessária;
- b) o risco a correr seja menor que a vantagem procurada;
- c) seja praticada de acordo com as normas da profissão (op. cit., pp. 309-310, n. 118).

Segundo entendo, com relação às cirurgias plásticas com objetivo meramente estético, cabe fazer distinção, de fundamental importância, entre a cirurgia que apenas não logrou obter o resultado pretendido e contratado entre o médico e seu cliente, daquela na qual a intervenção cirúrgica, além de não atingir esse desiderato, causou um agravamento, ou uma lesão estética na vítima.

No primeiro caso, se o resultado não foi obtido, sem, contudo, agravar a situação do paciente, isto é, mantido o *status quo ante*, caberá ao médico apenas restituir-lhe aquilo que pagou pelo serviço.

Se, contudo, a cirurgia, além de não alcançar o resultado querido, agravou a situação do paciente, criou defeito estético ou agravou aquele existente, além de restituir o que recebeu ou deixar de receber o valor contratado, deverá submeter o paciente a nova cirurgia, visando corrigir o defeito que causou. Evidentemente, se o cliente não quiser, por falta de confiança, que o mesmo profissional proceda à correção, deve-se-lhe facultar o direito de

escolher médico de sua confiança para realizar a intervenção reparadora, custeada pelo cirurgião causador dessa anomalia.

Mas se esse defeito não for passível de correção e tornar-se definitivo e irreparável, o médico causador desse mal, além de devolver o que recebeu, deverá indenizar a vítima pelo dano estético que causou, na proporção do dano e levando em consideração os efeitos que esse defeito possa causar no seu portador, sob o aspecto psicológico, moral, social e profissional.

É o caso dos autos.

Respeitante ao tema, merece reproduzido vigoroso acórdão do TJRS, assim ementado :

"A entidade mantenedora de hospital é responsável civilmente por infecção contraída por pacientes baixados em suas dependências. A entidade mantenedora não presta meros serviços de hotelaria, mas é fornecedora de equipamento e do instrumental cirúrgico; empregadora do corpo de enfermeiras e é credenciador do corpo médico.

Se a infecção não decorreu do ato cirúrgico stricto sensu, isto é, do modus operandi do cirurgião, do chamado erro médico, resultante de culpa do cirurgião no próprio ato operatório, não há como afastar-se a responsabilidade da entidade mantenedora do hospital. O que ocorre, fato público e notório, é que os hospitais, de há muito, se tornaram casas de alta rotatividade de pacientes, dando alta e obrigando os médicos, seus funcionários, a dar alta o mais rápido possível, às vezes para lucros maiores; quase sempre, porém, há de se reconhecer, por necessidade de demanda, essa circunstância, porém, não exime os hospitais da obrigação de só dar alta aos pacientes, mormente em casos de cirurgia de maior risco, inclusive aqueles de risco extremado de infecção.

quando superadas as probabilidades de tal acontecer" (in Adv. - Coad, 52/89, 47.272).

Para desincumbir-me, de vez, desse intento, permito-me reportar, ainda, a acórdão de excelência máxima proferido pela 4ª Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça - a quem compete a uniformização da interpretação do direito federal -, no Recurso Especial n.º 116372/MG (96/0078499-0), da qual foi relator o eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, do qual destacarei e *adoto* as considerações que se seguem :

"Responsabilidade civil. Indenização por danos sofridos em consequência de INFECÇÃO HOSPITALAR. Culpa contratual. Danos moral e estético. Cumulabilidade. Possibilidade. Precedentes. Recurso desprovido.

I - Tratando-se da denominada **INFECÇÃO HOSPITALAR**, há responsabilidade contratual do hospital relativamente à incolumidade do paciente, no que respeita aos meios para adequado tratamento e recuperação, não havendo lugar para alegação da ocorrência de 'caso fortuito', uma vez ser de curial conhecimento que tais moléstias se acham estreitamente ligadas à atividade da instituição, residindo somente no emprego de recursos ou rotinas próprias dessa atividade, a possibilidade de prevenção.

II - Essa responsabilidade somente pode ser excluída quando a causa da moléstia possa ser atribuída a evento específico e determinado.

III - Nos termos em que veio a orientar-se a jurisprudência das turmas que integram a seção de direito privado deste tribunal, as indenizações pelo dano moral e estético podem ser cumuladas se inconfundíveis suas cau-

sas e passíveis de apuração em separado". (STJ – REsp. 116372/MG – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJ 02.02.98, p. 00110)."

16. Creio que, depois de tudo quanto ficou explicitado no corpo deste *decisum*, nada mais há a acrescentar-se. Deveras, força admitir a cumulação entre a indenização por dano moral e material, posto que, na hipótese *in concreto*, dois foram os danos e distintos entre si. Se os danos são dois, duas hão de ser as conseqüências jurídicas (conferir neste mesmo sentido: REsp. 68.491-RJ; REsp. 65393-RJ; e REsp. 40.259-RJ).

Como realçam os doutrinadores, no dano moral o que se penaliza é a culpa de quem o originou, ao tempo em que no dano material a condenação tem o caráter de recomposição objetiva do *status quo ante*; sendo significativo consignar que, *in casu*, o nexo de causalidade entre o atuar desastrado e reprovável do Réu e o evento danoso experimentado pelo Autor está perfeitamente caracterizado.

17. Se o Réu, por acaso, estiver a sentir a presença da peste a solapar as bases de sua lucrativa atividade econômica, não proceda ele como os animais da fábula, sacrificando o pobre burro. A responsabilidade, na hipótese, tanto se explica pelos princípios da teoria subjetiva, quanto pela consideração da teoria da culpa objetiva (risco-proveito), certo que, quem colhe vantagens do exercício de determinada atividade lucrativa, racionalmente deve suportar os encargos dela decorrentes.

18. Isto posto, JULGO PROCEDENTE o pedido inaugural formulado pelo Autor e, em conseqüência, condeno o Réu a lhe pagar, a título de verba reparadora por danos de natureza moral (art. 5º, inc. V, da CF/88) e ma-

terial, a importância global de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), que fixo tomando por parâmetro, para a precisa dosagem do *quantum* necessário à reparação pleiteada, a natureza e extensão do prejuízo, o grau de culpa do ofensor e as qualidades e condições econômicas das partes, devendo tal valor ser corrigido monetariamente à data do efetivo adimplemento e acrescido, ainda, de juros de mora de 6% a.a., tudo a contar do evento, como expresso nas Súmulas nºs 43 e 54 do STJ, correspondentemente.

A parte vencida, em homenagem ao princípio do sucumbimento, arcará, ainda, com o pagamento das custas processuais adiantadas pela parte autora e da verba honorária advocatícia, esta arbitrada em 20% sobre o total da condenação.

19. Para a adoção das providências que se fizerem necessárias, encaminhem-se cópias destes autos ao órgão do Ministério Público e ao Ministério da Saúde.

Custas *ex lege*, já satisfeitas por antecipação.

P.R.I.

Recife, 30 de março de 1999.

Jorge Américo Pereira de Lira
Juiz de Direito

SENTENÇA CÍVEL INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Marupiraja Ramos Ribas
Juiz de Direito

Proc. n.º 262/98

Ação de Indenização Por Danos Morais

Autor: M. C. A.

Ré: B. J. V. Ltda.

Vistos etc...

M. C. A. , devidamente qualificado na inicial de fls.02/05, acompanhada da documentação de fls.06/08, por advogada legalmente habilitada ajuizou Ação de Indenização Por Danos Morais contra a empresa B. J. V. Ltda. , igualmente qualificada nos autos, alegando o autor que no final do ano de 1997, efetuou um pagamento no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais), referente a serviços realizados na empresa ré, sendo o pagamento efetuado por cheque, que foi devolvido sem provisão de fundos.

Alega que na época teria emitido cheques pré-datados, e por antecipação de saques de alguns credores, foi gerado um descontrole em sua conta bancária, e em as-

sim sendo o cheque por ele emitido à empresa ré foi devolvido por insuficiência de fundos.

Continua a sua narrativa o autor, revelando que ao tomar conhecimento da devolução do cheque se dirigiu a empresa ré e o resgatou, sem saber que em razão da devolução do cheque e sem comunicação prévia a ele consumidor, a empresa ré havia incluído o nome dele no SPC (Serviço de Proteção ao Crédito), ferindo assim a determinação do art. 43, parágrafo 2º., do CDC.

Finaliza o autor, que em 19/06/98, pleiteando um cartão de crédito, o mesmo teve a notícia de que estava negativado no SPC, sendo rejeitado o seu cadastro, alegando assim que sofreu grande abalo moral.

Ao contestar o feito, após ser regularmente citada por mandado à fl.12, a empresa ré, por seu advogado legalmente habilitado às fl.16, alegou às fls.13/15, que o autor nunca foi cliente da empresa ré, tendo apenas assumido o pagamento das compras de mercadorias e serviços efetuadas para a Sr.ª Maria Inês de Brito Souza, conforme documentação acostada com a contestação. Informou também que um dos cheques emitidos pelo autor para pagamento da conta da cliente em apreço foi devolvido por falta de fundos por duas vezes, conforme cópia anexada aos autos.

Alegou ainda a contestante, que o autor não era cliente da empresa ré, e em assim nela não tinha cadastro ou qualquer identificação pessoal, que permitisse uma possível comunicação ao mesmo, e sem solução para o cheque devolvido, só restou a esta comunicar ao CDL local a referida ocorrência, afirmando que o cheque foi liquidado no dia 01/04/98, e logo após providenciou a reabilitação do autor junto ao SPC, alegando por fim, que segundo o parágrafo 2º., do art. 43, do CDC, só é possível a

abertura de uma cadastro de informações de cliente com a autorização do consumidor, razão pela qual alegou que jamais poderia ter notificado o autor sobre a inclusão no SPC, já que esse não era cliente da empresa ré.

Ao finalizar sua contestação, a empresa ré diante da indispensável existência de cadastro de informação de consumidor e por assim não existir, pugnou pelo indeferimento da inicial, alegando ser a mesma inepta, por falta de causa de pedir, nos termos do art. 295, inciso VI, parágrafo único, inciso I, do CPC.

Às fls.23/25, o autor refutou a contestação, juntando novos documentos às fls.26/27, sobre os quais se pronunciou a empresa ré às fls.29/30, insistindo no indeferimento da inicial.

Realizada audiência conciliatória, sem sucesso à fl.33, apesar da proposta do autor em receber a importância de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), a título de indenização, valor não aceito pela empresa ré.

Realizada audiência de instrução e julgamento às fls. 34/35, onde não foram ouvidas testemunhas, sendo apenas prestados os depoimentos das partes, em seguida e ao final da instrução, foi tentada a última conciliação entre as partes, tendo a empresa ré ofertado R\$ 1.000,00 (hum mil reais), tendo o autor rejeitado, pois insistia em receber R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Alegações finais em memorial, sendo que o autor às fls.36/38, insistindo na fixação de um valor a título indenizatório por danos morais, em razão da injusta inclusão do seu nome no SPC, sem que houvesse comunicação prévia da empresa ré a esse.

Já a empresa ré ofertou suas alegações finais às fls. 39/40, não mas insistindo na inépcia da inicial, e sim na improcedência do pedido formulado pelo autor, alegan-

do ter adotado o procedimento junto ao SPC, apenas para ser ressarcida de um débito contraído pelo autor.

Era o que se tinha a relatar.

Passo a emitir minha decisão:

Considerações Genéricas e Preliminares:

Causa-me estranheza a alegação da empresa ré, quanto à falta de causa de pedir do autor, na inexistência de autorização desse para formação de um cadastro de cliente, que lhe permitiria notificar o mesmo da inclusão de seu nome no SPC (Sistema de Proteção ao Crédito).

Ora, se o pedido é fundamentado com escopo legal apregoado no parágrafo 2º, do art. 43, da Lei n.º 8.078/90, não se discute a mercê de justificá-lo a existência de cadastro e nem o fato de ser ou não o autor cliente da empresa ré; o que justifica o pedido é a falta de comunicação prévia, não me parecendo que o autor tenha dado causa a essa ausência, pois é interesse da empresa em receber um crédito, mesmo quando originário de terceiro, se asseverando de meios na garantia do recebimento desse crédito.

É por isso que certas empresas não recebem cheques de outra praça e de terceiros, quando esses não são clientes anteriormente cadastrados, pois em geral, é dever das empresas manter um cadastro de cliente ou não, ou seja, meios de controle de todas as suas despesas e créditos.

Na estreita razão do acima aludido, não é inepta a

inicial, podendo, como de fato será apreciado o pedido formulado pelo autor, que se mostra com a aparência do bom direito e encontra-se respaldado em texto legal e vigente.

Outro aspecto, que impediria a apreciação do mérito discutido nos autos, e que sequer foi fruto de apreciação pelas partes, é o fato da existência de um pedido genérico nas Ações de Indenização por Danos Morais.

Na realidade, o autor não indica na inicial quanto deseja ser compensado pelo dano que abalou sua moral, atribui apenas à causa o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e informa que o "quantum" indenizatório deve ser fixado pelo julgador da causa e nos termos do art. 84, da Lei n.º 4117/62.

Em verdade, sobejam razões para que se tenha registrado como um equívoco erroneamente tolerado a ausência de um valor certo por quem deseja ser indenizado por dano moral, conforme lecionou em artigo jurídico recente, o Juiz de Direito do Rio de Janeiro, Dr. Gabriel de Oliveira Zéfiro.

Porém, no curso da lide, e nas audiências realizadas neste Juízo, me parece que tal falha foi diluída pelo próprio autor ao dizer que deseja receber o valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), inclusive insistindo ser este o menor valor que ele tinha como referencial para ser indenizado por dano moral.

Assim sendo, vencidas tais ponderações, entendo que os autos encontram-se em ordem e merece a pretensão do autor ser acolhida, nas razões que se seguem nesta decisão.

Da Lesão e do Direito à Indenização Por Dano Moral:

Em verdade, deve ser observado que a empresa ré não comprovou que fizera a notificação do lançamento do nome do autor, ao apontá-lo no SPC, conforme determina o art. 43, parágrafo 2º, do Código do Consumidor, mesmo originado de débito do autor, ou seja, emissão de cheque sem a devida provisão de fundos.

Não há também como acolher a tese esposada pela empresa ré, que justifica, sem razão de ser, que não notificou o autor porque não tinha autorização do mesmo para fazer um cadastro dele e através desse realizar a comunicação prévia exigida na lei consumerista.

Na realidade, a justificativa é parda, pois, cliente ou não da empresa ré, o autor emitiu um título de crédito, assumindo ou não dívida de terceiro, estabeleceu com a referida empresa uma relação de crédito e a essa caberia manter ou colher informações mínimas do emitente do cheque, que possibilitaria a cobrança do referido título de crédito.

Além da ausência de comunicação prévia ser, sem sombras de dúvidas um fato incontroverso e causador de lesão ao direito do consumidor, quando esse tem seu nome inscrito no SPC, sem saber a origem da inclusão, temos nos autos uma outra situação que justificaria o reconhecimento da lesão à moral do autor e o direito de ser compensado por tal dano, mesmo se não fosse vencida a primeira questão.

Trata-se do tempo em que o nome do autor ficou no SPC, mesmo após o pagamento do cheque emitido e devolvido contra a empresa ré.

No próprio documento acostado nos autos pela empresa ré à fl. 21, é encerrada a discussão dos autos, que

por curiosidade, a solução derradeira foi provocada pela própria ré, pois atesta a documentação que a reabilitação deu-se em 27/06/98, apesar do cheque ter sido quitado em 01/04/98, conforme informou a empresa ré em sua contestação.

Não há dúvidas de que, feito o pagamento do débito, surge a incondicional obrigação da parte credora em comunicar de imediato a baixa, sendo que no caso em tela, o autor após ter ciência por terceiros, foi à presença da empresa ré e exigiu a sua retirada, que devia ter sido feita de imediato, mas só ocorreu quase três meses após a quitação da dívida.

As duas razões impõem o reconhecimento de lesão ao autor, a qual reflete na sua condição moral, que foi abalada, sendo esse merecedor de uma compensação, a qual repare em parte os prejuízos causados pela ação da empresa ré, que não poderia lançar seu nome no SPC, sem antes lhe comunicar, ou não deveria ter deixado lançado o nome do consumidor no SPC, após satisfeito o crédito.

A responsabilidade civil de indenizar o consumidor lesado é um garantia da norma especial que defende os interesses do consumidor e, no caso em tela, a lesão é uma constatação indubitável, recaindo sobre a empresa ré.

Quanto ao valor que sirva para tal compensação, me parece viável que esse tome como base uma proporcionalidade à ofensa, sendo esteio de algumas decisões paular tal valor após análise da condição social do ofendido, da realidade econômica do ofensor e da intensidade do dano.

Muitas vezes, o valor pode ser arbitrado com base na proporcionalidade aplicável da obrigação que gerou a lesão, no caso dos autos, o cheque no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais), foi o causador da peleja, sendo satisfa-

tório que o valor da compensação alcance cem vezes o valor do cheque emitido pelo autor, que após ser devolvido, motivou o lançamento indevido do seu nome no SPC, ou ocasionou após o seu resgate, uma delonga inaceitável do seu nome no referido cadastro.

Assim sendo, tenho por fixar em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), o valor devido pela empresa ré ao autor, a título de compensação por dano moral, registrando por fim, e como mera ilustração da fundamentação empreendida ao caso em tela, recente ementa de decisão assemelhada a esta proferida nos presentes autos, em situação apreciada pelo Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Estado de Pernambuco, a qual revela o seguinte:

“EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PAGAMENTO DE DÍVIDA. SATISFEITO O CRÉDITO, NÃO PODE PERMANECER LANÇADO O NOME DO CONSUMIDOR, NO SPC, INFRINGINDO A NORMA CONSUMERISTA, DEVENDO O “QUANTUM” INDENIZATÓRIO SER PROPORCIONAL À OFENSA. TJPE- Recurso n.º. 00127/1999, origem Juizado Especial Cível - Camaragibe, Rel. Juiz José Ivo de Paula Guimarães. DOE do dia 19/03/99. (grifos nossos) ”

A decisão daquele Colégio Recursal apenas confirma que o esteio jurídico na fundamentação adotada por este Juízo, refletindo o melhor entendimento à respeito de lesões ao consumidor quanto à colocação indevida ou a retirada retardada de seu nome em serviços de proteção ao crédito, prevalecendo a tese de que ambas respaldam o direito ao autor em ser indenizado por tais lesões.

Posto isto e do mais que nos autos constam, Julgo Procedente o pedido formulado pelo autor, para impor

como condenação por dano moral, o dever da empresa ré indenizá-lo no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos dos parágrafos 2º. e 3º., do art. 43, c/c o art. 73, ambos integrantes do Código de Defesa do Consumidor, condenando-se ainda a ré ao pagamento das custas e despesas processuais e finalmente ao pagamento na verba honorária em favor da patrona do autor, a qual arbitro no percentual de 20% sobre o valor da condenação.

P.R.I.

Belo Jardim, 22 de março de 1999.

Marupiraja Ramos Ribas
Juiz de Direito

SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL

Valéria Rúbia Silve Duarte
Juíza de Direito

*Juízo De Direito Da Comarca De Recife
4ª Vara De Família E De Registro Civil*

*Processo Nº 00198030740-7 (1388)
Ação De Retificação De Registro Civil
Requerente: P. B.*

Vistos, etc.

P. B., qualificado na exordial através de advogada legalmente habilitada, ingressou neste Juízo de Direito com AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL, com fulcro no artigo 98 e seguintes da Lei 6015/73, alegando, sinteticamente, que "nasceu no dia 28 de junho de 1935, tendo sido registrado como P. B.; que posteriormente, ao casar, continuou com este nome; que no entanto, não usa o mencionado nome, pois que, o nome que sempre utilizou, desde criança, foi P. T. B.; que aos 16 anos, seu pai, B. T., tirou sua Carteira de Identidade como sendo P. T. B., razão porque sempre pensou ser este o seu nome; que tirou seus documentos como CPF, Título Eleitoral, Carteira de Habilitação e certificado de Conclu-

são de Curso como sendo P. T. B.; que registrou seu filho como sendo V. B., cujo pai é P. T. B.”.

Juntou documentos de fls. 05 a 11, 16, 22 a 26, 29 a 37 e 42 a 46.

Clamou pela ouvida da Representante do Ministério Público e valorou a causa.

Tomado o depoimento do requerente em Audiência designada, esse disse: “que só veio a perceber seu real nome na certidão de nascimento, quando foi se divorciar; que durante toda sua vida assinou pelo nome de P. T. B.; que tem quatro irmãos, todos com o sobrenome T. B.; que o nome de família é B.; que nunca assinou P. B.; que declara sob as penas da lei nunca ter cometido qualquer crime no Brasil ou fora dele. Inquiridas, disseram as testemunhas: C. V. B., “que o requerente sempre foi conhecido como P. T. B.; que já fez inclusive uma negociação com o requerente envolvendo imóvel e este assinou P. T. B.; que conhece o requerente há 25 anos ...”. Janilda Maria Falcão Bastos: “que conhece o requerente há 40 anos; que o requerente sempre foi conhecido por P. T. B.; que já presenciou o requerente assinar P. T. B.; que o requerente tem 4 irmãos, todos com o sobrenome T. B....”.

A Representante do Ministério Público, “*ad cautelam*”, requereu a juntada de antecedentes criminais do requerente, tanto na esfera estadual, como federal, com atendimento conforme fls. já enunciadas. Requereu, também, a juntada do Registro de Nascimento do requerente, que permitiu a emissão da sua Carteira de Identidade, igualmente juntada aos autos. Em face da divergência encontrada entre a certidão de nascimento apontada pelo requerente e aquela remetida pelo Instituto Tavares Buriel, a ilustre Representante do Órgão Ministerial requereu

pela ouvida do Tabelião do Cartório responsável pela expedição de ambas as certidões e apresentação do Livro de Registro. Instado a pronunciar-se a respeito, o Sr. Tabelião apresentou o original do Livro de Registro em Juízo, onde, sem dúvidas surgidas, aponta ser o requerente P. B., tendo como declarante o genitor.

Em seu bem posto parecer, a Representante do Ministério Público opinou pela procedência do pedido.

Tudo apreciado e relatado, **DECIDO**.

Trata-se de um pedido de Retificação de Registro Civil, no qual alega o requerente que foi registrado com um nome, mas que, desde criança usa um outro nome, o que entende ser o verdadeiro, por está ali contido o seu nome de família, usado por seu genitor e irmãos. Alega mais, que usa o nome para o qual requer a retificação, desde os tempos de colégio, bem como em todos os seus documentos, sendo, inclusive, assim conhecido. Tanto é assim, que realizou negócio jurídico e registrou seu filho, utilizando-se do nome que sempre pensou ser o seu. É, portanto, conhecido, no seu “*habitat*” familiar e na sociedade onde se encontra inserido, desde criança, como P. T. B.

A bem da verdade, P. B. existe, apenas, em um documento civil. Inexiste, de fato, P. B.. Inexiste, juridicamente, P. T. B., em face da inexistência de registro civil de nascimento. Aquela apresentada às fls. 55, apesar de, aparentemente, ter sido expedida pelo mesmo Cartório de Registro Civil que expediu a de fls. 5, não apresentou o referido Cartório quando da exibição do Livro de registro em Juízo. A isso explica-se o fato de que ambas as certidões apresentam o mesmo número de fls, mesmo número de registro e mesmo número de livro. Entretanto,

P. T. B. existe perante a Justiça Eleitoral, perante a Secretaria de Segurança Pública de Pernambuco, perante a Receita Federal e perante o 1º Cartório de Registro de Imóveis de Recife. Contra ele nada consta na Justiça Estadual e Federal. À evidência, seu genitor carregava o nome Belian Torós. E em sendo estrangeiro, há a inversão, passando o seu pré-nome a constituir-se sobrenome de seus descendentes, como firmado nos nomes dos irmãos do requerente que, igualmente evidente, são filhos do mesmo pai e da mesma mãe.

A Lei nº 9.708, de 18.11.98 e que trata do "Uso de Apelidos Notórios", pode ser, por analogia e, numa interpretação extensiva, acolhida para apreciação deste pedido. É que a referida lei admite a possibilidade de substituição do prenome por apelidos públicos notórios. E porque não o sobrenome, desde que seja notório e não destoie do sobrenome dos pais e irmãos? Do latim "*notoriū*" a palavra "Notório significa aquilo que é sabido de todos ou de muitos; geralmente conhecido; público"¹. No sentido jurídico, Notório "é o que é sabido ou conhecido pelo público. É o que é de conhecimento de todos; preexiste por si mesmo... Notoriedade, provindo de notório, é "o estado daquilo que preexiste por si mesmo, revelando-se uma verdade irretorquível, que deve ser aceita sem discrepância, porque se mostra tal como é, e deve ser admitida como certa. É a verdade reconhecida pela voz pública".² Dúvida não resta quanto à notoriedade do nome P. T. B., demonstrada pela farta documentação acostada e pela prova testemunhal colhida. Por outro lado, "a alteração permitida do prenome não é apenas com relação ao nome em si, suscetível de expor ao ridículo o seu portador,

¹ Dicionário da Língua Portuguesa

² PLÁCIDO E SILVA, "Dicionário Jurídico, Editora Forense, Vol. III e IV"

mas o nome ligado a circunstâncias particulares, nas quais pode atender-se ao elemento psicológico do interessado".³ Igualmente, por analogia, encontro cobertura no entendimento Jurisprudencial. O fato do requerente vir a Juízo pedir a retificação de seu nome, exalta uma necessidade que, se tolhida a pretensão, pode vir a causar prejuízos materiais, morais e emocionais. Por outro lado, apenas o requerente tem o seu sobrenome distinto daquele apostado em seus quatro irmãos. É de se ressaltar a inexistência de qualquer ato ou fato que denigra o nome de P. T. B., conforme certidões acostadas. Além do mais, admite-se sem controvérsia "A interposição do apelido da genitora (ou do genitor) que não importa em alteração do nome"⁴, que tem sido deferido com liberalidade, para prevenir confusões, mal-entendidos e prejuízos"⁵.

Isto posto e por tudo o mais que dos autos consta, por sentença julgo **PROCEDENTE** o pedido constante na exordial, com arrimo na Lei nº 6.015/73, que trata dos Registros Públicos, em especial o seu art. 109, em razão de que determino: **1.** A retificação do nome P. B. para P. T. B., na Certidão de Nascimento de nº 6.834, às fls. 82-v/83, do Livro nº 41, do Cartório de São José, desta Comarca, permanecendo inalterados os demais dados ali descritos e, **2.** A retificação do nome P. B. para P. T. B., na Certidão de Casamento de nº 55.687, às fls. 19v do Livro nº 158, do Segundo Cartório de Casamentos e Ações Matrimoniais desta Comarca, permanecendo inalterados os demais dados ali descritos.

Expeçam-se os Mandados que se fizerem necessários para o fiel cumprimento desta decisão. Desentranhem-se documentos, se requeridos, com as anotações legais.

³ (RT 291/240). (TJSC-2ª CCE-Ac. Nº4544-4-Rel. Des. Francisco Borges-DJSC 09.02.99)

⁴ Ac. União. Da 2ª Cãm. Civ. Do TJSP. AC 154.751, Rel. Des. Olavo Tabajara.

⁵ Ac. União. Da 2ª Cãm. Civ. Do TJSP. AC 190.311, Rel. Des. Sotírio Neto.

Custas satisfeitas.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Após o cumprimento das formalidades legais, arquivem-se.

Recife, 17 de maio de 1999.

Valéria Rúbia Silva Duarte
Juíza de Direito

Nota

Na Revista da Esmape, v.3 - n.8 - jul/dez. 1998, p. 317 a 333, desconsiderar as notas de rodapé. Elas se referem ao artigo subsequente (p. 335 a 366).



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Rua Dom Bosco, 1308 - Boa Vista - Recife-PE - CEP 50070-070